



4



Dottorato di ricerca in  
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»

Università degli Studi di Ferrara  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Sedi di Ferrara e Rovigo

4

# 1 CONTROLIMITI

## PRIMATO DELLE NORME EUROPEE E DIFESA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

A CURA DI

ALESSANDRO BERNARDI

1 CONTROLIMITI

€ 60,00



Jovene editore  
2017

Dottorato di ricerca in  
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»  
Università degli Studi di Ferrara  
Dipartimento di Giurisprudenza - Sedi di Ferrara e Rovigo

Nell'era dell'europeizzazione del diritto la scienza giuridica è chiamata ad adeguarsi ai radicali mutamenti subiti dal proprio oggetto di indagine. I sistemi dei Paesi membri dell'Unione sono ormai coinvolti in un processo di transnazionalizzazione che li ha trasformati da monadi chiuse a elementi di un più ampio "sistema di sistemi". All'unisono con la caduta delle "frontiere interne", l'azione dei consociati non è più regolata esclusivamente dalle leggi dello Stato, ma è vieppiù condizionata da fonti esterne, in prevalenza di matrice europea.

Sulle ceneri del formalismo dogmatico e del carattere statale del diritto da esso postulato si sta affermando una cultura giuridica che travalica i confini nazionali, costringendo gli studiosi e gli operatori del settore ad affrontare sfide nuove e difficili, ad allargare l'orizzonte d'indagine per farvi rientrare una miriade di fonti di diritto scritto e non scritto di grado gerarchico e cogenza differenti, a rivedere i propri abituali meccanismi interpretativi alla luce di tali fonti e della giurisprudenza delle supreme Corti sovranazionali.

Sorto nel 2014 grazie al sostegno dell'Ateneo di Ferrara e della Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, il Dottorato di ricerca in «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara si prefigge di offrire gli strumenti conoscitivi e metodologici necessari per affrontare con piena consapevolezza le molteplici e complesse problematiche correlate all'evoluzione del diritto in una prospettiva "regionale" caratterizzata dall'interazione di differenti modelli variamente riconducibili alle famiglie del *common law* e del *civil law*, nonché dall'intervento di organizzazioni improntate al metodo sovranazionale o intergovernativo.

La collana del Dottorato di ricerca – che si affianca alle altre due collane del Dipartimento di Giurisprudenza destinate ad accogliere i prodotti scientifici concepiti, rispettivamente, nelle sedi di Ferrara e di Rovigo del Dipartimento stesso – si propone di offrire una degna collocazione sia agli atti dei più importanti convegni, congressi e seminari organizzati nell'ambito delle attività di Dottorato, sia alle tesi dottorali ritenute meritevoli di stampa dal Collegio dei docenti.

# 1 CONTROLIMITI

## PRIMATO DELLE NORME EUROPEE E DIFESA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Atti del Convegno del Dottorato di ricerca  
«Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali»  
del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara  
Ferrara, 7-8 aprile 2016

A CURA DI

ALESSANDRO BERNARDI



Jovene editore  
2017

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2017

ISBN 978-88-243-2438-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) e-mail: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

## INDICE

Presentazione. <i>I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale</i> , di ALESSANDRO BERNARDI .....	p. VII
--	--------

### PARTE PRIMA

#### PRINCIPIO DI ATTRIBUZIONE, PRIMATO DEL DIRITTO UE, PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

JEAN-PAUL JACQUÉ, <i>La Cour de justice de l'Union européenne et la théorie des «contre limites»</i> .....	» 3
ANTONIO RUGGERI, <i>Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)</i> .....	» 19
ENZO CANNIZZARO, <i>Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali</i> .....	» 45
MASSIMO LUCIANI, <i>Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale</i> .....	» 63

### PARTE SECONDA

#### I CONTROLIMITI NEL PANORAMA EUROPEO

HENRI LABAYLE, <i>L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?</i> .....	» 91
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, <i>Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola</i> .....	» 113
JÖRG LUTHER, <i>Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne</i> .....	» 135
MIREILLE DELMAS-MARTY, <i>L'intégration européenne, entre pluralisme, souverainisme et universalisme</i> .....	» 165

PARTE TERZA  
PRIMAZIA DEL DIRITTO UE  
E CONTROLIMITI NEL SISTEMA PENALE

STEFANO MANACORDA, <i>Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco</i> .....	p. 177
VITTORIO MANES, <i>La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti</i> .....	» 203
FRANCESCO VIGANÒ, <i>Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco</i> .....	» 233
FRANCESCO PALAZZO, <i>Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica</i> .....	» 273

INTERVENTI

ROBERTO BIN, <i>Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?</i> .....	» 291
OMAR CHessa, <i>Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco</i> .....	» 301
CRISTIANO CUPELLI, <i>Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale</i> .....	» 331
PIETRO FARAGUNA, <i>Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni</i> .....	» 359
MARCO GAMBARDELLA, <i>Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività</i> .....	» 379
GIUSEPPE MARTINICO, <i>La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo</i> .....	» 407
LORENZO PICOTTI, <i>Riflessioni sul caso Taricco: dalla «virtuosa indignazione» al rilancio del diritto penale europeo</i> .....	» 445
ANTONIO RUGGERI, <i>A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti</i> .....	» 473
CARLO SOTIS, <i>Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco</i> ...	» 495
<i>Gli autori</i> .....	» 515

ALESSANDRO BERNARDI

## *Presentazione*

### I CONTROLIMITI AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E IL LORO DISCUSO RUOLO IN AMBITO PENALE

SOMMARIO: *Premessa*. – SEZIONE PRIMA. *I controlimiti al diritto UE nelle fonti normative, nella giurisprudenza costituzionale ed europea, nel panorama dottrinale*. – 1. La teoria dei controlimiti e i suoi diversi profili. – 2. Il presupposto giustificativo della teoria dei controlimiti al diritto UE. – 3. I molti dubbi connessi alla teoria dei controlimiti, in particolare rispetto al diritto UE. – 4. Silenzi e ambiguità delle fonti normative in materia di controlimiti. – 4.1. I controlimiti nelle Supreme Carte nazionali. – 4.2. I controlimiti nella “Costituzione europea vivente”. – 5. La giurisprudenza sui controlimiti. – 5.1. La giurisprudenza delle Corti costituzionali: evoluzioni, divergenze e convergenze. – 5.2. Primato assoluto del diritto UE e conseguente inesistenza dei controlimiti secondo la Corte di giustizia. Un postulato in via di sgretolamento? – 6. I controlimiti al diritto UE nel panorama dottrinale. – 6.1. Il catalogo dei controlimiti. – 6.2. La funzione dei controlimiti e gli organi legittimati ad applicarli. – 6.3. Il dialogo fra le Corti tramite il procedimento pregiudiziale e i controversi effetti connessi all’eventuale applicazione dei controlimiti. – SEZIONE SECONDA. *Controlimiti e diritto penale europeo*. – 7. Il diritto penale tra concezioni autarchiche e processi di europeizzazione. – 8. “I limiti prima dei controlimiti”: la ritrosia degli Stati europei rispetto alla cessione di quote di competenza “in materia penale” a organizzazioni sovranazionali. – 9. La previsione, l’ampliamento e il potenziamento in via pretoria delle competenze europee “in materia penale”: le resistenze dei Paesi membri al “protagonismo” della Corte di giustizia e la loro rinuncia al controllo *ultra vires*. – 10. La ipotizzata contrarietà ai principi costituzionali di talune fonti normative dell’Unione in materia penale e la ritenuta non necessità del ricorso ai controlimiti. – 11. La giurisprudenza dei giudici nazionali a favore delle interazioni “con effetti peggiorativi” tra fonti penali interne e fonti UE: la sua diversa accoglienza in dottrina e la comunque difficile attivazione dei controlimiti. – 12. L’incidenza *in malam partem* delle pronunce della Corte di giustizia e la crescente “tentazione” dei controlimiti. – 13. Il caso *Taricco* in tema di prescrizione davanti alla Corte di giustizia. – 13.1. Le reazioni dei giudici ordinari alla sentenza *Taricco*: tra disapplicazione della prescrizione, richiesta di attivazione dei controlimiti e ricorso sotterraneo a controlimiti sostanziali per via interpretativa. – 13.2. Il caso *Taricco* nel dibattito dottrinale. Il peso delle opposte concezioni politico-ideologiche e i pochi punti di tendenziale convergenza. – 13.3. I contrasti in dottrina circa il ruolo dei controlimiti nella sentenza *Taricco*. – 13.4. Tra diritto e geologia: il caso *Taricco* e la tettonica delle placche. – 14. In merito ad alcuni recentissimi rinvii pregiudiziali *in malam partem* e ai possibili “terremoti” da essi innescati. – 15. Elogio



dell'ingegneria antisismica e dei possibili stimoli da essa offerti nella configurazione dei controlimiti. – *Considerazioni non conclusive.*

### *Premessa*

I controlimiti, paradossalmente, costituiscono un tema pressoché sconosciuto ai più ma al contempo di gran moda, dopo che una serie di discusse sentenze sia delle Supreme Corti sovranazionali (EDU e soprattutto UE) sia di talune Corti costituzionali nazionali hanno provveduto a rilanciarlo; un tema – come vedremo – aperto a molteplici prospettive destinate verosimilmente a condizionare in misura significativa il diritto vivente nazionale ed europeo. Per queste ragioni, e anche in considerazione del fatto che il Dottorato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara ha come sua specifica e pressoché esclusiva finalità l'approfondimento dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti interni, si è ritenuto quanto mai opportuno che il Convegno inaugurale del suo XXXI ciclo fosse incentrato sui controlimiti al diritto UE.

Non era mia intenzione scrivere una *Presentazione* così lunga. Sono stato indotto a conferirle tali dimensioni dopo aver letto tutte le relazioni e gli interventi che confluiscono negli *Atti* del suddetto Convegno, tenutosi a Ferrara il 7 e 8 aprile 2016. Questa lettura si è tradotta in una lunga cavalcata su un argomento tanto affascinante quanto controverso, che tocca settori del diritto tra loro complementari e al tempo stesso “antagonisti”, e che deborda anche nel campo delle scienze politiche. I contributi congressuali qui riuniti esaltano la natura multidisciplinare dei controlimiti, evidenziando come questi ultimi siano, prima di ogni altra cosa, un luogo di confluenza di saperi: un luogo, dunque, di contrasti, di turbolenze; un luogo dove tutta una serie di “specialismi” si intrecciano tra loro e si ibridizzano, dove conoscenze eterogenee vengono a mescolarsi in dosi diverse da un autore all'altro dando vita – proprio come accade in chimica – a composti dalle caratteristiche oltremodo differenti.

Ho dunque dovuto prendere atto del fatto che le tesi sostenute dai singoli relatori e interventori sono le più disparate, accomunate solo nell'affrontare questioni spesso ‘difficili’ non foss'altro perché, appunto, ‘di confine’ e quindi almeno in parte lontane dalle ordinarie competenze della massima parte degli operatori del diritto. Ora, poiché vorrei sperare – o quantomeno illudermi – che questo libro non costituisca un oggetto per soli iniziati, ho cercato di mettermi nei panni di un lettore-giurista che voglia avvicinarsi per la prima volta ad un tema ormai definitivamente uscito dalla teca delle nozioni puramente teoriche e delle astratte speculazioni, per divenire occasione di scontri nelle aule di giustizia; di scontri accaniti e ricchi di ricadute pratiche a largo spettro, particolar-

mente evidenti nell'ambito del diritto penale processuale e sostanziale dopo che le recenti sentenze *Melloni* e *Taricco* della Corte di giustizia (ma altre, ancora non si sa quanto consimili, sono attese in tempi brevi) hanno dimostrato di poter incidere pesantemente su istituti portanti dell'ordinamento nazionale.

Questo scritto introduttivo l'ho quindi concepito come un qualcosa a cavallo tra il manualetto e la carta geografica: come un manualetto almeno nelle intenzioni destinato a condensare alcune nozioni essenziali in materia di controlimiti, e segnatamente di controlimiti al diritto UE; come una carta geografica volta, sempre nelle intenzioni, a rintracciare le fonti legislative e giurisprudenziali relative ai controlimiti, nonché a orientarsi tra le molteplici tesi dottrinarie via via elaborate al riguardo, concernenti non solo ma specialmente i futuri, possibili riflessi della sentenza *Taricco* sull'ordinamento italiano.

Più in generale, e molto ottimisticamente, vorrei che questa *Presentazione* potesse svolgere il ruolo di un piccolo salvagente capace – bene o male – di agevolare quanti si accingono a nuotare nelle perigliose acque dei controlimiti, fluttuanti alle Colonne d'Ercole del diritto.

#### SEZIONE PRIMA

### I CONTROLIMITI AL DIRITTO UE NELLE FONTI NORMATIVE, NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ED EUROPEA, NEL PANORAMA DOTTRINALE

#### 1. *I plurimi volti della teoria dei controlimiti*

La teoria dei controlimiti, di cui è possibile rinvenire i primi prodromi delle sue moderne versioni<sup>1</sup> oltre cinquant'anni fa, muove dal postulato secondo il quale i principi supremi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale dello Stato sono intangibili, e come tali sottratti ad ogni possibile "aggressione" di origine sia interna sia esterna. Ovvio quindi che tale teoria costituisca l'estremo rimedio per evitare che la progressiva erosione della sovranità nazionale connessa alla crescita ed evoluzione delle organizzazioni sovranazionali europee – in origine CECA, CEEA e CEE, ora UE – possa implicare il sacrificio dei suddetti

---

<sup>1</sup> In merito all'esistenza di clausole costituzionali assai precedenti al secondo dopoguerra e riconducibili nella sfera concettuale dei controlimiti cfr., in particolare e da ultimo, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 46, nt. 53.

principi e diritti. In base alla teoria in oggetto, infatti, questi ultimi prevalgono sul diritto europeo, in quanto nessun vincolo di fedeltà ai Trattati può obbligare gli Stati UE a recepire o applicare norme capaci di rinviare il nucleo essenziale del proprio patrimonio costituzionale.

Sommariamente abbozzata per la prima volta dalla Corte costituzionale italiana con specifico riferimento, appunto, al diritto delle Comunità europee<sup>2</sup>, la teoria in questione ha assunto nel tempo molteplici articolazioni e sviluppi, che ne hanno messo in luce tutte le potenzialità. Così, nel nostro contesto nazionale si sono via via venute chiarendo le fonti rispetto alle quali la Corte ritiene possibile far valere quelle che, in un primo momento, vennero definite “controlimitazioni”<sup>3</sup>: non solo le fonti sovranazionali<sup>4</sup>, ma anche quelle concordatarie<sup>5</sup>, quelle internazionali consuetudinarie<sup>6</sup> e più in generale – come in questo volume puntualmente ci ricorda Giuseppe Martinico<sup>7</sup> – tutte quelle di origine “esterna” a partire dalla CEDU<sup>8</sup>. Oltre alle fonti esterne, poi, nel nostro ordina-

<sup>2</sup> Si allude, beninteso, alla sent. 27 dicembre 1965 n. 98, *Acciaierie San Michele c. CECA*, la quale, inaugurando il cammino comunitario della Corte, parla di diritti inviolabili preparando la distinzione tra norme costituzionali destinate a soccombere a norme sovranazionali e diritti inviolabili chiamati ancora a prevalere sulle suddette norme.

<sup>3</sup> Cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2416.

<sup>4</sup> Oggetto, in particolare, della celeberrima sentenza n. 183 del 1973, *Frontini*. In tale sentenza la nostra Corte costituzionale afferma che “in base all’art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all’art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”. La sentenza è stata radiografata da un gran numero di commentatori: cfr., per tutti, P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2406 ss.; R. MONACO, *La legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, 315 ss.; G. PANICO, *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza della C. Cost. n. 183 del 1973*, in *Riv. dir. eur.*, 1974, 201 ss. Cfr. altresì, per tutte, sent. n. 170 del 1984; sent. 232 del 1989; sent. 169 del 1991; sent. n. 73 del 2001; ord. 454 del 2006; sent. 284 del 2007, sent. 102 del 2008; sent. 222 e 288 del 2010.

<sup>5</sup> Corte cost., sent. 30, 31 del 1970; sent. n. 18 del 1982. Quest’ultima, invero, è la prima pronuncia di accoglimento, con la quale grazie ai controlimiti si sbarrò l’ingresso nel nostro ordinamento a una norma concordataria.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. 48 del 1979; sent. 238 del 2014.

<sup>7</sup> *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in questo *Volume*, par. 1.

<sup>8</sup> Per le quali, peraltro, riguardo all’ordinamento italiano tutte le fonti costituzionali si ergono a controlimiti. Pur nella consapevolezza che le fonti internazionali non implicano al-

mento le stesse fonti interne di rango primario appaiono soggette a limitazioni<sup>9</sup>, cosicché persino le leggi costituzionali e quelle di revisione costituzionale incontrerebbero taluni, più o meno estesi, limiti assoluti ricavabili dalla Suprema Carta<sup>10</sup>; limiti concernenti, appunto, i principi e i diritti riconducibili al nucleo intangibile dell'ordinamento costituzionale.

Anche nel più generale contesto europeo la teoria dei controlimiti ha conosciuto crescenti fortune, venendo rapidamente accolta e precisata dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>11</sup>, per poi essere via via recepita – sia pure in tempi diversi e con diverse sfumature – da larga parte delle Corti costituzionali dei Paesi UE<sup>12</sup>. La teoria in questione ha poi trovato le medesime fortune a livello dottrinario, finendo col porsi al centro di un dibattito interdisciplinare sempre più appassionato e generalizzato.

Ancora, il fascino suscitato dall'idea stessa di un nucleo di principi e diritti destinato a marchiare indebilmente ogni ordinamento giuridico, unitamente all'affermarsi nel nostro continente di ordinamenti a carattere inter- o sovra-nazionale volti a enucleare un proprio catalogo di principi e diritti fondamentali<sup>13</sup>, ha fatto sì che ai controlimiti di matrice co-

---

cuna limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost., la stessa dottrina italiana sottolinea come la teoria dei controlimiti trovi applicazione anche nei rapporti tra Costituzione/Corte costituzionali da un lato e CEDU/Corte EDU dall'altro (cfr., ad esempio, la bibliografia riportata sempre da G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., par. 1, nt. 10 e 11). Va comunque sottolineato che negli ordinamenti di taluni Paesi membri dell'Unione la distinzione italiana tra controlimiti alle fonti sovranazionali e controlimiti alle fonti internazionali pattizie è sconosciuta (o, addirittura, si presenta invertita) (cfr., *infra*, sub par. 3, nt. 35).

<sup>9</sup> Corte cost., sent. 1146 del 1988, in merito alla quale cfr. S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570 ss.

<sup>10</sup> Cfr., con varietà di accenti, C. MORTATI, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 379; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 101 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 117; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, 18; M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2002; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 41 ss.

<sup>11</sup> Con riferimento sia ai controlimiti c.d. *extra moenia* (si allude, in particolare, alla notissima giurisprudenza *Solange* inaugurata nel 1974) sia ai controlimiti c.d. *intra moenia* (infatti, a partire dalla sent. *Abhörurteil* del 1970, in *BVerfGE* 30, 1, il *Bundesverfassungsgericht* si è pronunciato a più riprese sulla questione relativa alla eventuale illegittimità delle leggi di revisione costituzionale). Sulla teoria dei controlimiti così come sviluppata nel sistema tedesco cfr., *infra*, sub par. 5.1.

<sup>12</sup> Cfr., *infra*, sub par. 5.1.

<sup>13</sup> In merito alla “proliferazione di cataloghi di diritti fondamentali” all'interno dello “spazio giuridico europeo” e ai problemi posti da tale fenomeno cfr., per tutti, E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 23; *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.

stituzionale azionati dalle Corti nazionali si siano affiancate “controlimitazioni” di origine convenzionale fatte valere dalla Corte EDU<sup>14</sup>, ovvero di origine eurounitaria fatte valere dalla Corte di giustizia<sup>15</sup>; le une e le al-

<sup>14</sup> Circa la possibilità che gli Stati UE vengano giudicati responsabili sia in caso di violazione di norme CEDU da parte di direttive attuate, sia in caso di mancato impedimento degli effetti scaturenti da atti UE direttamente applicabili cfr., in particolare, la sentenza della Corte EDU 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*. In tale sentenza è stato affermato che gli Stati UE, pur essendo in linea di principio tenuti al rispetto dei loro obblighi di fonte europea, restano comunque responsabili in caso di violazione degli obblighi derivanti dalla CEDU. Come è stato puntualmente rilevato, la Corte sembra qui riproporre in versione riveduta e corretta la teoria dei controlimiti di matrice national-costituzionale. Cfr., in particolare, G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: 'Solange' Yet Again?*, in *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*, a cura di P.-M. Dupuy, B. Fassbinder, M.N. Shaw e K.-P. Sommermann, Kehl-Strasbourg-Arlington, 2006, 517 ss.; L. IAPICHINO, *La teoria dei controlimiti nel bilanciamento tra lotta al terrorismo e tutela dei diritti*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nelle guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo e M.C. Vitucci, Napoli, 2009, 153, nt. 39; J.-P. JACQUÉ, *Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence 'Solange II' de la Cour des droits de l'homme?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2005, 756 ss.

Peraltro, già nella sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, la Corte EDU ha affermato che la “fedeltà” quasi letterale di una norma nazionale attuativa di una direttiva CE non inibisce il sindacato da parte della medesima Corte in base all'art. 7 CEDU. In caso contrario, infatti, gli Stati, devolvendo le loro competenze a organizzazioni internazionali le cui norme non sono sottoposte al controllo della Corte EDU, potrebbero facilmente ignorare o comunque aggirare gli obblighi sanciti dalla CEDU (*ivi*, punto 98). Cfr. U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, 97. Sull'ammissibilità di ricorsi siffatti ai giudici di Strasburgo cfr. anche sent. 4 luglio 2001, *Guérin Automobiles c. i 15 Stati dell'Unione Europea*; sent. 23 maggio 2002, *Segi e altri e Gestoras Pro-Amnistia C. Germania, Austria, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Regno Unito e Svezia*.

<sup>15</sup> Infatti la Corte di giustizia ha fatto ricorso ai propri principi e diritti fondamentali per neutralizzare taluni strumenti normativi in tema di terrorismo svuotati di talune delle più elementari garanzie proprie degli ordinamenti democratici. Più precisamente la suddetta Corte ha parzialmente annullato le fonti UE attuative delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in tema di sanzioni individuali a carico dei sospetti terroristi di fatto impossibilitati a dimostrare l'infondatezza delle accuse loro mosse. Nel fare ciò, la Corte di giustizia ha affermato che nessuna norma, quale che sia l'organo da cui proviene, può sottrarsi al controllo europeo di legittimità fondato, appunto, sui principi e diritti fondamentali UE. Cfr. sent. 3 settembre 2008, cause riunite c 402/05 e c 415/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*. In merito a tale pronuncia cfr., all'interno di una bibliografia sterminata, P. PUSTORINO, *Le liste di terroristi nella giurisprudenza comunitaria: la Corte di giustizia rovescia la posizione del Tribunale di primo grado*, in *La tutela dei diritti umani nella lotta e nelle guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo e M.C. Vitucci, Napoli, 2009, 115 ss.; E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 1075 ss.; A. GIANELLI, *L'“autonomia” del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 1078 ss.;

tre utilizzate per opporsi a fonti UE e a fonti ONU lesive di principi e diritti fondamentali riconosciuti, rispettivamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto primario dell'Unione.

Insomma, lungo tutto l'arco della sua ormai lunga (e certo non conclusa) esistenza, la teoria dei controlimiti è stata affermata con forza da molte Corti costituzionali<sup>16</sup>; è stata mutuata, come si è appena detto, dalle due Supreme Corti europee; è stata esplorata da parte della dottrina, in particolare ma non solo costituzionalistica, comunitaristica, internazionalistica e penalistica; è stata richiamata con riferimento a molteplici casi in cui si è ritenuto che il nucleo inviolabile dell'ordinamento giuridico di volta in volta coinvolto fosse in rapporto di più o meno vistosa tensione con fonti di rango primario a carattere internazionale, sovranazionale e persino interno.

Resta comunque il fatto che la teoria in questione continua ancor oggi ad avere quale oggetto privilegiato le antinomie tra fonti costituzionali nazionali e fonti UE. Infatti, è attorno a tali antinomie che divampano le polemiche più accese; polemiche in Italia divenute particolarmente incandescenti a seguito della già ricordata e ormai celeberrima sentenza *Taricco*<sup>17</sup>, con la quale la Corte di giustizia è giunta a imporre, a certe condizioni, la disapplicazione *in malam partem* di talune norme del codice penale italiano in materia di prescrizione.

## 2. *Il presupposto giustificativo della teoria dei controlimiti al diritto UE*

Di primo acchito, può risultare sorprendente constatare che la teoria dei controlimiti trovi tuttora (anzi, ora più che mai) nel diritto dell'Unione il luogo privilegiato all'interno del quale poter operare in funzione di salvaguardia dei principi e diritti fondamentali sanciti dalle Costituzioni dei singoli Paesi membri e implementati dalla giurisprudenza delle relative Corti nazionali. Si potrebbe infatti presumere che le fonti

---

H. LABAYLE, *Le controle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme: les black lists de l'Union dans le prétoire de la Cour de justice*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2009, 231 ss.; P.J. CARDWELL, D. FRENCH, N. WHITE, *European Court of Justice, Yassin Abdullah Kadi and Ali Barakaat International Foundation v. Council and Commission (Joined Cases C-402/05 P and C-415/05P) Judgment of 3 September 2008*, in *ICLQ*, 2009, 229 ss.; P. PALCHETTI, *Può il giudice comunitario sindacare la validità internazionale di una risoluzione del Consiglio di sicurezza?*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 1085 ss.

<sup>16</sup>E, per vero, a volte anche da organi giurisdizionali incompetenti a maneggiarla. In Italia, un esempio emblematico al riguardo è stato offerto dalla sent. Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, *Federfarma*, oggetto in dottrina di molteplici note critiche, e inoltre "stoppata" dalla Corte costituzionale (ord. 28 dicembre 2006, n. 454).

<sup>17</sup>Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*.

UE, se legittime, debbano risultare necessariamente in sintonia con l'insieme dei principi e diritti riconosciuti dai sistemi costituzionali nazionali. Come noto, infatti, ormai da tempo i principi e diritti fondamentali previsti dall'ordinamento giuridico UE, alla luce dei quali vagliare la legittimità delle norme europee e delle relative norme nazionali di trasposizione, non sono più solo quelli esplicitamente previsti dai Trattati, ma sono anche quelli "di diritto non scritto" e quelli inclusi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea introdotta col Trattato di Nizza del 2000 al fine di offrire maggiore visibilità a tali principi/diritti, e in seguito pienamente giuridicizzata con la ratifica nel 2009 del Trattato di Lisbona. Sempre come noto, il riconoscimento a partire dalla fine degli anni '60 del secolo scorso dei succitati "principi di diritto non scritto" ad opera della Corte di giustizia<sup>18</sup> ha trovato la sua ragion d'essere nella esigenza di colmare le lacune dei Trattati in tema di garanzie essenziali, al fine di veder legittimato in via definitiva il primato del diritto comunitario (ormai, diritto UE) sul diritto interno<sup>19</sup>. A tale scopo – vale a dire, appunto, al fine di assicurare i Paesi membri circa il fatto che il riconoscimento da parte loro del primato del diritto europeo non li avrebbe esposti all'obbligo di recepire strumenti normativi di origine esterna capaci di stravolgere il nucleo garantista delle proprie Costituzioni – la stessa Corte di giustizia ha presto precisato che il catalogo di principi in materia di diritti fondamentali implicitamente recepiti e tutelati dal diritto europeo primario è assai ampio. In esso devono infatti considerarsi ricompresi sia tutti i principi e diritti fondamentali previsti dalle Carte internazionali cui unanimemente aderiscono i Paesi membri dell'Unione<sup>20</sup>, sia i principi e diritti fondamentali facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni a tali Paesi<sup>21</sup>, individuate dalla Corte stessa attraverso indagini di tipo comparativo.

---

<sup>18</sup> Corte di giustizia, sent. 12 novembre 1969, causa 29/1969, *Stauder*. In base a tale sentenza "i diritti fondamentali (...) fanno parte dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza".

<sup>19</sup> Sul punto cfr., sinteticamente e per tutti, G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1992, 434 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 26 ss.

<sup>20</sup> Per un completo elenco delle fonti internazionali utilizzate in sede di individuazione dei diritti fondamentali accolti in ambito comunitario e della relativa giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., in particolare, F. PICOD, *Les sources*, in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, a cura di F. Sudre e H. Labayle, Bruxelles, 2000, in particolare 146 ss. Nella prassi, il testo di diritto internazionale di gran lunga più utilizzato a tale riguardo è la CEDU; di tanto in tanto nella giurisprudenza della Corte UE si rinvergono comunque richiami anche al Patto sui diritti civili e politici, al Patto sui diritti economici, sociali e culturali e alla Carta sociale europea.

<sup>21</sup> Cfr. sent. 14 maggio 1974, causa 4/1973, *Nold*.

Ora, appare intuitivo che i principi e diritti fondamentali previsti dalle Carte internazionali ratificate dai Paesi UE possano non ricomprendere tutti i principi e diritti fondamentali inclusi nelle Costituzioni nazionali, e men che meno possano ricomprenderli nel loro massimo sviluppo interpretativo di volta in volta loro attribuito nei singoli ordinamenti costituzionali nazionali. Ma è possibile dire altrettanto per quanto concerne i principi e diritti fondamentali facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni? La questione non risulta del tutto pacifica, e una risposta richiede dunque qualche considerazione preliminare.

Al riguardo, va innanzitutto osservato che i criteri teoricamente utilizzabili dalla Corte di giustizia per ricavare in via comparativa i principi e diritti fondamentali comuni implicitamente previsti a livello europeo sono assai eterogenei: con la conseguenza che, a seconda del criterio utilizzato, diverso sarà il catalogo di tali principi/diritti e diverso il grado di sviluppo di ciascuno di essi. In particolare, in base al criterio del *maximum standard*, a ciascuno dei principi e diritti fondamentali deve essere assicurato, all'interno delle fonti UE, il più alto livello di sviluppo e protezione ad esso riconosciuto confrontando tra loro tutti i sistemi costituzionali dei Paesi membri<sup>22</sup>. In base invece al criterio *dell'orientamento prevalente*, tali principi e diritti sarebbero riconosciuti a livello UE nei limiti della "tendenza prevalente negli Stati membri"<sup>23</sup>. Ancora, in base al

---

<sup>22</sup> Cfr., per tutti e con diversità di accenti, M.A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, 411 ss.; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 624 ss.; V. GREMENTIERI, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1979, 5; L. MARCOUX, *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne*, in *Rev. intern. dr. comp.*, 1983, 716 ss.; F. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1970, 61 ss.; G.L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 734 ss.

<sup>23</sup> A sua volta, il criterio dell'orientamento prevalente tende a ramificarsi in una pluralità di sotto-criteri in base ai quali l'elemento della "prevalenza" si ricava, volta a volta, su basi meramente numeriche ovvero qualitative, capaci cioè di tener conto del particolare "prestigio" di taluni ordinamenti nazionali e del livello di sviluppo dei singoli diritti in essi raggiunto. Un ulteriore sotto-criterio (che accomuna il criterio dell'orientamento prevalente a quello del *maximum standard*) ricava lo sviluppo ottimale di ogni singolo principio e diritto fondamentale sulla base dell'individuazione, oltre che dello *standard* massimo o dell'orientamento prevalente, degli obiettivi specifici dei Trattati (cfr., *amplius*, M.A. DAUSES, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, cit., 412, e bibliografia riportata a 413, nt. 35. Quest'ultimo sotto-criterio appare anche diretto a riaffermare il principio di unità del diritto europeo, compromesso dalla diretta derivazione statutale dei due succitati criteri, e presenta a sua volta profili di convergenza col criterio della *better law*, qui



criterio della *better law*, nell'ambito dei molteplici sviluppi dati dai singoli sistemi costituzionali ai principi generali e ai diritti fondamentali, occorrerebbe privilegiare lo sviluppo più in linea con le peculiari esigenze dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea (dunque con la struttura e gli obiettivi di tale ordinamento)<sup>24</sup>. Infine, in base al criterio del *minimum standard*<sup>25</sup>, la tutela dei diritti fondamentali risulterebbe circoscritta a quelli rinvenibili all'interno di tutti i sistemi costituzionali dei Paesi membri e nei limiti del loro "comune" sviluppo.

Ora, appare di tutta evidenza che dei quattro menzionati criteri utilizzabili per ricavare in via comparativa i principi e diritti fondamentali riconosciuti in ambito UE a partire dalle tradizioni costituzionali comuni, solo il primo risulta idoneo, se accolto, a impedire in radice che un qualsivoglia principio o diritto fondamentale possa essere oggetto, in sede nazionale, di forme di implementazione improntate a un livello garantistico più elevato di quello assicurato in sede UE. Ora, il criterio del *maximum standard* appare all'evidenza il più corretto sul piano teorico<sup>26</sup>

---

di seguito esposto. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara - Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 181 ss.

<sup>24</sup> Cfr. per tutti, limitatamente alla dottrina italiana e con diverse sfumature, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 553 ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 579 e bibliografia *ivi* riportata; G. GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, cit., 626, con ulteriori riferimenti bibliografici; P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1997, 260 ss.; E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 176 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Da ultimo, sulla straordinaria "duttilità e flessibilità della Corte di giustizia sia in sede di enunciazione dei principi generali sia in sede di rilevazione degli stessi" cfr. la lucida analisi S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 3 ss. (citazione, 30). L'a. esamina, in particolare, la tendenza della Corte a precisare di volta in volta la portata dei principi/diritti in questione "al fine di adeguarne il significato alle specifiche esigenze dei singoli casi concreti sottoposti al suo esame" (20).

<sup>25</sup> Criterio, questo, peraltro mai preso seriamente in considerazione né dalla Corte di giustizia né dalla dottrina, in quanto incapace di assicurare i Paesi membri circa il fatto che la legittimità delle norme europee di diritto derivato sia vagliata alla luce di principi e diritti fondamentali adeguatamente sviluppati.

<sup>26</sup> Questo criterio si basa infatti sulla teoria c.d. del "trasferimento", secondo la quale il legislatore interno, quando ratifica i Trattati con legge ordinaria (come accade nella massima parte dei casi), vincola le fonti UE al rispetto dei diritti fondamentali di matrice costituzionale, in quanto ogni deroga in relazione a questi ultimi richiederebbe il ricorso in sede di ratifica a una legge costituzionale. Ora, è facile capire come l'accoglimento della teoria del trasferimento imponga, quanto meno sul piano logico, di considerare illegittimo ogni fonte UE contrastante non solo con i diritti fondamentali comuni alla maggioranza delle Costituzioni,

e il più efficace sul piano politico<sup>27</sup>, ed inoltre sembra del tutto coerente col criterio – attentamente vagliato in questo *Volume* da Enzo Cannizzaro<sup>28</sup> – della “protezione più estesa” previsto agli artt. 52.3 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea quale criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi giuridici concorrenti in tema di tutela dei diritti fondamentali, come appunto sono il sistema di ciascuno Stato membro e il sistema dell’Unione.

Peccato però che il criterio del *maximum standard* risulti spesso di difficile se non impossibile applicazione pratica, innanzitutto per la difficoltà di conciliare in ambito UE la tutela sempre e comunque al più alto livello di principi generali a volte tra loro confliggenti, nonché di diritti fondamentali (individuali e collettivi, civili e politici, economici e sociali) talora in rapporto di reciproca tensione<sup>29</sup>. Al riguardo, si può in sostanza affermare che appare un traguardo nei fatti inattuabile quello di conferire a qualsivoglia principio/diritto di matrice europea un perimetro massimo sottratto al meccanismo del bilanciamento con altri principi/diritti. Del pari, risulta pressoché inevitabile che la compressione di un dato principio/diritto da parte di altri principi/diritti incontri differenti momenti di equilibrio dall’uno all’altro Paese UE<sup>30</sup>: così, ad esempio, il punto di equilibrio tra diritto alla riservatezza e principio di trasparenza, ovvero tra libertà di espressione e tutela della personalità potrà essere di-

---

ma anche con ogni ulteriore diritto fondamentale previsto da poche, o addirittura da una sola Costituzione. Tale teoria comporta altresì che la valutazione della legittimità delle fonti UE sia fatta sulla base del più alto grado di sviluppo assunto da ciascun diritto fondamentale in uno o più sistemi costituzionali, e non invece sulla base di una media ricavabile da una indagine comparatistica. In merito a tale teoria cfr. già G. L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle comunità europee*, cit., 733.

<sup>27</sup> In quanto è l’unico ad assicurare una totale aderenza delle fonti UE ai principi generali e diritti fondamentali così come riconosciuti in ciascuno dei sistemi costituzionali dei Paesi membri, evitando così l’insorgere di questioni concernenti i delicati rapporti tra fonti costituzionali nazionali e fonti UE.

<sup>28</sup> Cfr. *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, par. 2.

<sup>29</sup> In argomento cfr. A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, cit., 182 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici. Più recentemente, sulla “trappola del massimo standard e del vizio di forzare in giudizi di tipo quantitativo scelte assiologiche e di valore che sfuggono del tutto a logiche gerarchiche o quantitative” cfr. M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 30; L. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, 671 ss.

<sup>30</sup> Ma anche, più radicalmente, dall’uno all’altro dei casi concreti in cui i principi/diritti in questione sono chiamati a bilanciarsi tra loro: cfr., da ultimo, R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Scritti in onore di Luigi Costato*, Napoli, 2014, 77 ss.

verso nei singoli Paesi membri<sup>31</sup>, con conseguente impossibilità di individuare “tradizioni costituzionali comuni” capaci di soddisfare appieno le esigenze di tutti<sup>32</sup>.

Del resto, è risaputo che i criteri comparativi di fatto più utilizzati dalla Corte di giustizia per l’implementazione in ambito UE dei principi e diritti fondamentali ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni sono quello dell’*orientamento prevalente* e quello della *better law*<sup>33</sup>. Tali criteri, per l’appunto, non possono garantire che il livello di sviluppo di tali principi e diritti non risulti mai inferiore a quello recepito nell’ordinamento costituzionale di un dato Paese membro<sup>34</sup>; ed infatti – benché sia doveroso riconoscere gli sforzi del legislatore dell’Unione per dotare i propri atti di contenuti, almeno in linea di massima, quanto più possibile in armonia con le Costituzioni nazionali<sup>35</sup> – può accadere ed è accaduto che la trasposizione/attuazione di norme europee nel diritto nazionale finisca col sacrificare i massimi sviluppi conferiti in sede legislativa e/o interpretativa a taluni principi e diritti fondamentali di singoli Paesi membri.

In sostanza, quindi, sembra doversi ammettere che una norma UE possa risultare conforme ai principi e diritti previsti dal sistema giuridico dell’Unione e al contempo non conforme all’insieme dei principi e diritti riconosciuti in un dato sistema costituzionale nazionale. Questa ammissione, a sua volta, costituisce il presupposto logico in base al quale affermare – almeno in prima battuta – la plausibilità della teoria dei controlli in relazione al diritto UE.

---

<sup>31</sup> Così come, del resto, questo punto di equilibrio potrà essere diverso all’interno del sistema CEDU e del sistema UE; addirittura, potrà essere diverso financo all’interno dello stesso sistema nazionale, sia diacronicamente sia persino – in taluni Paesi federali – sincronicamente.

<sup>32</sup> Cfr. sul punto, J.-P. JACQUÉ, *La Cour de justice de l’Union européenne et la théorie des «contre limites»*, in questo *Volume*, par. IV.

<sup>33</sup> Al riguardo cfr., volendo, cfr. A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, in *Annali dell’Università di Ferrara - Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, 71 ss.

<sup>34</sup> Anzi, come già ho avuto modo di rilevare a più riprese, i suddetti criteri non assicurano sempre e comunque il rispetto dei diritti fondamentali così come sviluppati nei singoli sistemi costituzionali, consentendo talora, in sede europea, una significativa erosione del livello di tutela garantito ai diritti in questione negli ordinamenti giuridici nazionali più avanzati. Di conseguenza, tali criteri si prestano a favorire un aumento esponenziale dei rischi di contenzioso tra gli Stati più garantisti e l’Unione per mancato rispetto da parte delle fonti europee dei summenzionati principi/diritti fondamentali, quantomeno in relazione al loro massimo livello di sviluppo. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, “*Riserva di legge*” e fonti europee in materia penale, cit., 72 e 75; ID., *L’uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 81.

<sup>35</sup> In una prospettiva “ottimistica”, volta a sottolineare sia l’estrema difficoltà che i diritti fondamentali nazionali vengano violati dal diritto UE, sia di riflesso la pratica inutilità dei controllimiti, cfr. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 848 ss.

### 3. *I molti dubbi connessi alla teoria dei controlimiti, in particolare rispetto al diritto UE*

Orbene, tutto ciò premesso, occorre subito sottolineare che, nonostante il suo crescente successo e la sua progressiva diffusione, la teoria dei controlimiti presenta tutta una serie di *questioni controverse* e di *aspetti problematici*. Tra le suddette *questioni* vanno qui ricordate: la presunta, intrinseca incongruità del concetto di controlimiti (sottolineata, in particolare, da quanti reputano vano il tentativo di trovare fonti sovraordinate alle stesse fonti costituzionali<sup>36</sup> o comunque di individuare, in seno alle Supreme Carte nazionali, taluni principi e diritti del tutto intangibili in quanto fondamentali e dunque – almeno secondo certi modelli e concezioni costituzionali – sottratti a qualsivoglia forma di revisione<sup>37</sup> e financo di bilanciamento)<sup>38</sup>; la ambiguità e indeterminatezza dell'essenza dei controlimiti<sup>39</sup> (dove l'uso, alternativo o cumulativo, di una molteplicità di espressioni non si sa bene sin quanto interscambiabili tra loro)<sup>40</sup>; l'assoluta mancanza di chiarezza in merito al catalogo dei controlimiti, esposto a variazioni anche assai significative sia a livello giurisprudenziale (non solo da un Paese all'altro, ma anche – all'interno dello stesso Paese – a seconda del tipo di fonti rispetto alle quali azionare i controlimiti<sup>41</sup>), sia ancor più a livello dottrinale.

<sup>36</sup> Cfr., al riguardo, le osservazioni di H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, in questo *Volume*, par. II, lett. A), b).

<sup>37</sup> Cfr. ad esempio, rispetto al sistema costituzionale francese, O. CAYLA, *L'obscure théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable*, in *L'architecture du droit, Mélanges Michel Troper*, Paris, 2006, 260.

<sup>38</sup> Sul punto cfr., da ultimo, O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in questo *Volume*, par. 1, il quale – senza peraltro aderire a tale tesi – ricorda come vi sia “chi considera dogmaticamente infondato il tentativo di enucleare dei ‘principi supremi’ (quale limite assoluto alla revisione costituzionale)”.

<sup>39</sup> Cfr., per tutti, T.F. GIUPPONI, *Diritto comunitario, esercizio della funzione giurisdizionale e ruolo della Corte costituzionale*, in *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, a cura di L.S. Rossi, G. Di Federico, Napoli, 2008, 151 ss.; nonché, in questo *Volume*, J. LUTHER, *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, par. 2; H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, cit., par. II.

<sup>40</sup> L'elenco di queste espressioni è invero lungo: diritti fondamentali, principi supremi, principi fondamentali, principi essenziali, principi costitutivi, valori essenziali, identità costituzionale, regole e principi inerenti all'identità costituzionale, norme identitarie, nucleo duro dell'ordinamento costituzionale, nucleo di identità dell'ordinamento, e così via.

<sup>41</sup> Come noto e già ricordato (*supra*, *sub* par. 1, nt. 8), in Italia e in altri paesi UE il catalogo dei controlimiti opponibili alle norme UE è assai più circoscritto di quello (composto dall'insieme delle norme di rango costituzionale) opponibili alle norme CEDU. Vero è peral-

Quanto poi agli *aspetti problematici* della teoria dei controlimiti basterà qui sottolineare la tanto vistosa quanto scomoda conflittualità insita nell'idea stessa dei controlimiti, che implica una contrapposizione tra organi all'interno dei quali è difficile individuare una gerarchia capace di attribuire l'“ultima parola” a uno di essi (questa conflittualità, in particolare, appare destinata ad acuirsi all'estremo nei controlimiti c.d. *intra moenia*, che vedono contrapposti il potere legislativo nazionale nella sua più alta espressione e i relativi giudici delle leggi)<sup>42</sup>.

Nello specifico ambito dei controlimiti al diritto dell'Unione, le *questioni* e i *problemi* or ora ricordati si ripresentano con varietà di declinazioni, e ad essi se ne aggiungono di ulteriori. Così, ad esempio, per quanto concerne la intrinseca conflittualità evocata dalla teoria dei controlimiti, questa si ripropone in modo evidente anche in sede UE, stante che la suddetta teoria, come noto, “costituisce uno dei punti di maggior attrito (...) nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali”<sup>43</sup>. A sua volta, tale conflittualità ha pesanti riflessi sulla stessa legittimazione dei controlimiti. Basti pensare al fatto che, come si avrà modo di meglio precisare in seguito, anche in Stati come l'Italia – in cui la giurisprudenza della Corte costituzionale è univoca nel riconoscere i controlimiti limitandoli però ai principi supremi e ai diritti fondamentali – vi è chi, aderendo a concezioni moniste di stampo eurocentrico, ritiene che il principio del primato del diritto UE anche in ma-

---

tro che in altri Stati membri, e in genere nei Paesi dell'Europa orientale si registra un fenomeno diametralmente opposto, le relative Supreme Corti dimostrandosi, per varie ragioni, più inclini a conformare il diritto interno alla luce dei principi e diritti CEDU anziché alla luce di quelli UE. In argomento cfr., diffusamente e per tutti, O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss.; ID., *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010; ID., *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis à vis il processo di integrazione europea*, in *www.diritticomparati.it*, 15 novembre 2012.

<sup>42</sup> Sottolineando l'estrema problematicità di un ricorso da parte delle Supreme Corti nazionali ai controlimiti nei confronti di fonti interne varate con le procedure rafforzate proprie delle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, evidenzia la minore difficoltà delle suddette Corti ad utilizzare i principi supremi per paralizzare la vigenza di fonti di origine esterna P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 193-194. Peraltro, la storia dei controlimiti al diritto UE sembra rivelare, come si vedrà in seguito, *sub* par. 5.1, una pressoché analoga, estrema difficoltà di concreta utilizzazione.

<sup>43</sup> M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., 24. Cfr. altresì, per tutti, M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 91 ss.; A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1311, per i quali “la relazione tra *primauté* (europea) e controlimiti (nazionali) è rimasta uno dei nervi scoperti della costruzione comunitaria”.

teria di principi e diritti fondamentali non debba soffrire eccezioni nei settori normativi di competenza del diritto dell'Unione<sup>44</sup> e dunque dubita della ammissibilità di eventuali controlimiti in tale ambito; mentre all'opposto vi è chi – muovendo da posizioni marcatamente dualiste e Stato-centriche – giunge a ritenere che tutta la Costituzione debba fungere da controlimite al diritto UE, o che quantomeno, come sostiene Omar Chessa, debbano assolvere a tale funzione tutte le norme costituzionali a contenuto sostanziale<sup>45</sup>. Ma l'accesa conflittualità insita nei controlimiti può anche indurre a concludere nel senso che, al di là di ogni visione monista o dualista, non valga mai la pena utilizzare a livello di Unione europea uno strumento così divisivo, e che dunque convenga sempre alle Corti nazionali assumere un atteggiamento conciliativo, volto a riconoscere “a fin di pace” – sempre e comunque – la (peraltro in precedenza denegata)<sup>46</sup> equivalenza di tutela offerta in sede nazionale ed europea<sup>47</sup> ai principi e diritti espressivi dell'identità costituzionale, o comunque a far ritenere che il livello di scollamento tra lo sviluppo conferito a un dato principio/diritto in ambito interno e in ambito eurounitario non sia tale da meritare l'attivazione dei controlimiti<sup>48</sup>.

Per altro verso – anticipando argomenti che in seguito verranno ripresi e precisati – vi è chi mette in discussione quantomeno l'attualità di tale teoria nella sua concezione tradizionale. Infatti, per una parte della dottrina<sup>49</sup> e financo per non marginali settori della giurisprudenza, la c.d. “europeizzazione dei controlimiti” avviatasi col Trattato di Maastricht e proseguita coi Trattati di Amsterdam e soprattutto di Lisbona<sup>50</sup> dovrebbe davvero favorire un sufficiente rispetto da parte dell'Unione dei principi e diritti fondamentali di matrice nazionale, rendendo così superflua la tu-

---

<sup>44</sup> E che dunque il *maximum standard* di sviluppo dei principi e diritti fondamentali di matrice nazionale dovrebbe essere sacrificato sull'altare dell'Unione europea, quantomeno sinché la stessa partecipazione a quest'ultima non debba essere messa in discussione. In argomento cfr., esemplificativamente, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari-Roma, 2005, 136; non dissimilmente cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., par. 5.

<sup>45</sup> Cfr., in particolare, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., par. 3.

<sup>46</sup> Cfr. *supra*, sub par. 2, *in fine*.

<sup>47</sup> Cfr., con specifico riferimento all'esperienza del *Conseil Constitutionnel* francese, H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, cit., par. II, lett. B).

<sup>48</sup> Cfr., *infra*, sub par. 5.1.

<sup>49</sup> Cfr., esemplificativamente, D. BAILLY, *La notion d'identité constitutionnelle de l'Etat membre de l'Union européenne, étude de droit constitutionnel européen*, Thèse, Montpellier, 2014, 314.

<sup>50</sup> Cfr., *infra*, sub par. 4.2.

tela di questi ultimi da parte dei Paesi membri<sup>51</sup>; ovvero, in una diversa prospettiva, avrebbe finito col privilegiare le ragioni dell'integrazione rispetto a quelle del mantenimento, anche virtuoso, delle differenze<sup>52</sup>; ovvero ancora, in una ulteriore prospettiva, diversa ma convergente, avrebbe comunque finito con l'attribuire alla Corte di giustizia il monopolio dei controlimiti, segnando così la fine della loro attivazione da parte di organi nazionali, inibendo la loro originaria funzione di salvaguardia delle peculiarità proprie dei fondamentali principi e diritti iscritti nei sistemi costituzionali nazionali e aprendo la strada a un processo di standardizzazione di tali principi e diritti su scala europea<sup>53</sup>.

Infine, merita di essere ricordato che taluni dei meccanismi procedurali concepiti per rendere operativi in ambito UE i controlimiti da parte delle supreme Corti nazionali appaiono improbabili o comunque estremamente macchinosi (basti pensare al meccanismo consistente nel sottoporre a sindacato costituzionale la legge di esecuzione del Trattato)<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> Questa tesi, invero, è stata bollata di semplicismo da E. LAMARQUE, *Las relaciones entre los órdenes nacional, supranacional e internacional en la tutela de los derechos*, testo dattiloscritto presentato al Seminario annuale italo-spagnolo-brasiliano *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona, 17-18 ottobre 2013, 31. Epperò, come ricordato da F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in questo *Volume*, par. 2, lo stesso Primo Presidente della Corte di Cassazione, inaugurando l'anno giudiziario 2013 "riteneva che la "tesi dottrinale" dei controlimiti potesse ritenersi "ormai superata (o almeno attenuata), soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale, nel quale la stessa Corte di Lussemburgo ha elevato i diritti fondamentali a principi generali dell'ordinamento dell'Unione, assicurandone una efficace e rigorosa tutela, ma anche perché è lo stesso sistema giuridico dell'Unione nel suo complesso ad offrire agli ordinamenti nazionali crescenti garanzie relativamente alla tutela di principi e in generale dei valori costituzionali degli Stati membri".

<sup>52</sup> Cfr. Cass. civ., sez. trib. n. 23418 del 2010. In base a tale sentenza la "teoria dei controlimiti, se trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso (...) oggi sembra in netta contraddizione con il concetto stesso di integrazione (...) al punto che il conflitto tra diritto comunitario e quello statale non sembra più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato". Cfr., altresì, in termini pressoché identici, Cass. civ., sez. trib., n. 7659 del 2012. In argomento cfr. volendo, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 82-83, nt. 233.

<sup>53</sup> Cfr. S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in [www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/19-21\\_11\\_09\\_Cassese.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/19-21_11_09_Cassese.pdf), 5. Secondo questo a. "non sono le Corti nazionali, ma la Corte europea di giustizia a dover accertare e far valere i limiti. E, quindi, non vi saranno più tanti contro-limiti quante sono le corti nazionali, ma un sistema uniforme di limiti".

<sup>54</sup> Sulle perplessità sollevate da tale soluzione, quantomeno ove la norma europea in discussione promani da una fonte di diritto derivato, cfr., per tutti, A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/ordinamentieuropei>, 8 ss.;

Indubbiamente, tutte le questioni e i problemi sin qui elencati concorrono ad attribuire alla teoria dei controllimiti al diritto dell'Unione una cifra sfuggente cui – come vedremo qui di seguito – né le Costituzioni e i Trattati, né le giurisprudenze nazionali o europea, né men che meno la dottrina riescono a porre rimedio. È però altrettanto indubbio che tali questioni e problemi non compromettono il fascino e la vitalità della teoria in oggetto, testimoniati dal vieppiù acuto interesse manifestato in relazione ad essa da parte tanto dei pratici quanto dei teorici.

#### 4. *Silenzi e ambiguità delle fonti normative in materia di controllimiti*

Il tema dei controllimiti costituisce un esempio emblematico di quanto sottolineato con forza da una parte della dottrina<sup>55</sup>: che cioè i sistemi costituzionali, al loro interno e nei rapporti con gli altri sistemi giuridici, tendono a lasciare irrisolte anche questioni basilari, quando esse risultano troppo spinose e problematiche; e che questi silenzi, reticenze, elusioni (in particolare, sul tema centrale della sovranità, su chi abbia davvero l'ultima parola tra legislatori e giudici, tra organi nazionali o sovranazionali) sono funzionali a non esasperare conflitti latenti, sperando che essi permangano tali. Tutto ciò vale, a ben vedere, sia per i tradizionali sistemi costituzionali nazionali, sia per quel particolare sistema *lato sensu* costituzionale delineato dai Trattati europei<sup>56</sup>. Resta il fatto che, a

F. SORRENTINO, *La Costituzione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Parte generale, tomo I, Milano, 2007, 35.

<sup>55</sup> Cfr., per tutti, M. FOLEY, *The Silence of Constitutions*, London-New York, 1989; R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 373.

<sup>56</sup> Anche dopo il fallimento del Trattato costituzionale europeo del 2004 e l'eliminazione nel Trattato di Lisbona di ogni esplicito riferimento alla natura costituzionale dell'Unione, sembra senz'altro legittimo parlare, all'unisono con quanto da tempo sostenuto da una larghissima parte della dottrina, di un "processo *costituente*" di rango europeo" (S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008, 13) ovvero, ancor più esplicitamente di una "Costituzione europea". Cfr., tra gli altri, anche se con varietà di sfumature correlate alla pluralità di significati assunti dal termine "Costituzione" in prospettiva europea (quali "Costituzione *sui generis*", "quasi-Costituzione", "processo o sviluppo costituzionale", "costituzione vivente", ecc.) P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1999, 15; P. BADURA, *Costituzione e diritto costituzionale in Europa*, in *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, a cura di E. Castorina, Torino, 2007, 7 ss.; S. BARTOLE, *La Costituzione europea vivente*, Trieste, 2008; G. DE VERGOTTINI, voce *Costituzione europea*, in *Enc. dir., Ann.*, 1, 2007, 445 ss.; M. F. COMMICHAU, *Nationales verfassungsrecht und Europäische Gemeinschaftsverfassung*, Baden-Baden, 1995, 127; H. I. IPSEN, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee, P. Kirchhof, vol. VII, Heidelberg, 1992, 771; A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO,



volte, il riserbo o la prudenza dimostrata al riguardo dalle Supreme Carte nazionali e dai Trattati europei si rivelano insufficienti a impedire scontri destinati, in un modo o nell'altro, a emergere prepotentemente.

#### 4.1. *I controlimiti nelle Supreme Carte nazionali*

In estrema sintesi si può dire che le Costituzioni dei Paesi UE, nel trattare la questione dei rapporti tra fonti interne e fonti esterne<sup>57</sup>, il più delle volte hanno progressivamente accolto al loro interno clausole di vario tipo in merito alla preminenza *del diritto consuetudinario* e dei trattati internazionali, ovvero in merito all'appartenenza dello Stato a organizzazioni sovranazionali. Eppure – come sottolineato all'unisono da Henri Labayle<sup>58</sup> e da Francisco Balaguer Callejon<sup>59</sup> con specifico riferimento ai sistemi francese e spagnolo – le suddette Costituzioni si guardano bene dal precisare, o comunque non riescono compiutamente a chiarire, se le fonti internazionali e sovranazionali siano o meno in posizione di supremazia rispetto alle norme costituzionali, ovvero quali tra queste ultime norme si sottraggano a tale supremazia. Questo stato di cose, come intuibile e come meglio vedremo in seguito, lascia all'interprete la facoltà di prospettare con grande libertà le soluzioni più diverse in ordine a quali siano le norme preminenti.

Del resto, *mutatis mutandis*, un analogo fenomeno si riscontra relativamente alla questione “interna” dei limiti alla revisione costituzionale. In questo caso, a dire il vero, accade con una certa frequenza che le Costituzioni nazionali siano del tutto silenti, non prevedendo limiti espliciti alla revisione e lasciando così interamente il peso di ogni decisione sul punto alle relative Corti. Altre volte, poi, le Costituzioni contengono al riguardo norme vaghe o estremamente succinte e dunque, per così dire, naturalmente votate a forme di ortopedia ermeneutica in chiave ampliativa<sup>60</sup>. In altri casi, invece, le Supreme Carte prevedono dettagliati elen-

---

L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2010, cap. I; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 451.

<sup>57</sup> In argomento cfr., da ultimo e limitatamente all'Italia, P. MORI, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano, 2015, 522.

<sup>58</sup> *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, cit., par. I.

<sup>59</sup> *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, in questo Volume, par. 1.

<sup>60</sup> È il caso, appunto, dell'art. 139 della Costituzione italiana. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale*, Padova, 2002; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., in particolare 36 ss.

chi di limiti<sup>61</sup>, almeno ad una prima lettura inidonei a lasciare significativi margini di manovra ai giudici delle leggi. Ma, occorre sottolinearlo, persino in questi casi l'interprete è riuscito a ritagliarsi spazi di intervento caratterizzati da insospettabili margini di creatività, finendo di fatto ad avere l'ultima parola in merito all'ambito di operatività dei suddetti limiti<sup>62</sup> e financo in merito alla loro concreta ammissibilità<sup>63</sup>.

Sempre in estrema sintesi, sembra di poter dire che gli ordinamenti costituzionali nazionali oscillino tra la tentazione di offrire, attraverso una chiarificazione e regolamentazione dei controlimiti, risposte preventive in ordine alle questioni ultime attinenti alla ripartizione della sovranità e la opposta tentazione di non chiarire anticipatamente tali questioni, nella consapevolezza che i controlimiti entrano in gioco solo in relazione a situazioni estremamente spinose, per le quali ogni soluzione preconfezionata potrebbe rivelarsi una trappola mortale. Il prevalente, persistente carattere *flou* che i controlimiti rivelano in sede di diritto vivente dimostra, peraltro, quale tra le due opposte tentazioni sia quella vincente: all'evidenza, le delicatissime esigenze dei casi concreti in cui i controlimiti vengono evocati inducono a far sì che, in un modo o nell'altro, siano i giudici della singola controversia ad avere l'ultima parola, largamente condizionata dalle particolari e assai mutevoli componenti *lato sensu* politiche insite nei casi in questione.

#### 4.2. I controlimiti nella "Costituzione europea vivente"

Come si sa, per lungo tempo i Trattati relativi alle organizzazioni sovranazionali via via create a livello continentale hanno osservato un as-

---

<sup>61</sup> Come nel caso dell'art. 79.3 della Carta tedesca (il quale non consente modifiche alla Legge Fondamentale in relazione, in particolare, ai principi enunciati agli articoli 1 e 20 della suddetta Legge); ovvero come nel caso dell'art. V della Costituzione degli Stati Uniti. Entrambi i succitati articoli costituiscono esempi emblematici di quelle "clausole di eternità" rinvenibili da tempo in talune Costituzioni di ogni parte del mondo.

<sup>62</sup> Così, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in merito all'art. 79.3 si caratterizza per il problematico tentativo di far coesistere l'estensione per via interpretativa del catalogo dei principi e diritti sottratti a revisione con forme di accentuato *self restraint* volte a impedire che, nei fatti, si possa giungere a dichiarare incostituzionale una legge di revisione della legge fondamentale. Sul punto cfr., limitatamente ai contributi in lingua italiana, E. GROSSO, J. LUTHER, *Revisione e giurisdizione costituzionale*, in "Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2006, 281 ss.

<sup>63</sup> Così, nonostante il succitato art. V della Costituzione degli Stati Uniti preveda puntuali ipotesi di sbarramento agli emendamenti costituzionali, per una parte della dottrina statunitense l'incostituzionalità di tali emendamenti sarebbe da escludersi: cfr. M. TUSHNET, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford, 2009, 239.

sordante silenzio in ordine al principio del primato e agli eventuali limiti incontrati dal diritto europeo nel riplasmare gli ordinamenti giuridici dei Paesi membri riguardo agli ambiti normativi in cui tali ordinamenti avevano attribuito una competenza esclusiva o concorrente alle suddette organizzazioni. Sempre come noto, questo silenzio è stato colmato dalla giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia, sulla quale si avrà modo di ritornare nel prosieguo di questa *Presentazione*<sup>64</sup>. Qui basterà ricordare che, come noto, il principio del primato resta tuttora ignoto ai Trattati, anche se, ai sensi della *Dichiarazione* (n. 17) *relativa al primato*, allegata all'Atto finale che ha adottato il Trattato di Lisbona, "Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia".

Quanto invece ai limiti all'incidenza del diritto europeo sugli ordinamenti giuridici nazionali, il silenzio sul punto dei primi Trattati ha incominciato a incrinarsi col Trattato di Maastricht. È infatti dal 1992, in un momento storico segnato dalla rapida crescita della costruzione europea, che nel diritto primario UE hanno fatto la loro comparsa norme pensate per garantire la salvaguardia dei principi e diritti fondamentali propri dei Paesi membri. Tali norme, in definitiva, si proponevano di trasporre a livello di diritto scritto la già menzionata giurisprudenza della Corte di giustizia che sanciva l'esistenza, nell'ordinamento europeo, di "principi di diritto non scritto" inclusivi dei principi e diritti fondamentali previsti dalle convenzioni ratificate dai Paesi UE, ovvero ricavabili dalle tradizioni costituzionali comuni a tali Paesi<sup>65</sup>.

Così, l'art. F del Trattato di Maastricht, affermava, in particolare, che "1. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Cfr. *infra*, *sub* par. 5.2.

<sup>65</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 2.

<sup>66</sup> A sua volta – sia pure solo in relazione allo specifico settore relativo alla "cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni" di cui agli artt. K ss. – l'art. K.2 precisava che "1. I settori contemplati dall'articolo K.1 vengono trattati nel rispetto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), e della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, tenendo conto della protezione che gli Stati membri concedono alle persone perseguitate per motivi politici". Si trattava, peraltro, di una norma di "terzo pilastro", come tale insuscettibile di controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia e dunque dotata di una vincolatività solo teorica.

Ora, va rilevato che l'effettiva portata di tale articolo è subito apparsa tutt'altro che pacifica, non solo per le già ricordate, diverse estensioni attribuibili al concetto di "tradizioni costituzionali comuni"<sup>67</sup>, ma anche per ulteriori, complesse ragioni qui impossibili da esporre esaurientemente. Basterà allora ricordare che, secondo una autorevole dottrina, "in termini di gerarchia normativa, l'art. F non integra[va] i diritti fondamentali nella 'Carta costituzionale alla base di una comunità di diritto'", situandoli solo "al livello che era loro attribuito in virtù della giurisprudenza della Corte [di giustizia] quali fonti non scritte del diritto comunitario", e dunque conferendo loro "una posizione intermedia tra il diritto primario e il diritto derivato"<sup>68</sup>. In sostanza, secondo questa linea di pensiero, la salvaguardia delle tradizioni costituzionali comuni in sede europea operava soltanto rispetto alle norme contenute in regolamenti e direttive ma non rispetto alle norme di diritto originario e alle loro possibili, future modifiche.

Il quadro normativo mutava a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1.8 del Trattato di Amsterdam al succitato art. F, divenuto poi l'art. 6 della versione consolidata del TUE successiva al Trattato di Nizza. In base a tale norma "1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...), e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

Certamente, come è facile rilevare, nella sua evoluzione la clausola sulla salvaguardia delle identità nazionali si era venuta significativamente arricchendo in modo da meglio valorizzare il tema della tutela dei diritti fondamentali e da meglio proteggere a livello UE quel pluralismo costituzionale inevitabilmente correlato alla presenza in seno all'Unione di un numero sempre crescente di Paesi membri. In questo senso, la suddetta clausola poteva essere sempre più facilmente considerata espressiva della tendenza delle istituzioni europee ad accettare i controlimiti di fonte costituzionale sino a traghettarli all'interno dei Trattati. I quesiti di fondo sollevati all'epoca del varo dell'art. F TUE peraltro permanevano, ed anzi i sempre più ricchi e variegati contributi dottrinali al riguardo, concepiti e pubblicati in tutta Europa, contribuivano per certi versi ad aggrovigliare ulteriormente la matassa.

---

<sup>67</sup> Cfr., ancora, *supra*, *sub* par. 2, ntt. 22-25.

<sup>68</sup> D. SIMON, *Article F Commentaire*, in *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, a cura di V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon, Paris, 1995, 86.

Un ulteriore, oltremodo significativo passo nella direzione della progressiva incorporazione dei controlimiti nel diritto UE<sup>69</sup> viene dapprima tentato dal Trattato costituzionale europeo<sup>70</sup>, e infine realizzato dal Trattato di Lisbona, grazie al quale le fonti primarie dell'Unione sono state oggetto di una profonda revisione<sup>71</sup>. In particolare, l'art. 4.2 TUE prevede il principio del rispetto da parte dell'Unione dell'identità nazionale degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale" e nelle loro "funzioni essenziali"<sup>72</sup>. Il tema dei controlimiti riemerge comunque in ulteriori norme dei Trattati: vale a dire sia nell'art. 6.3 TUE, in base al quale "i diritti fondamentali (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"<sup>73</sup>; sia nell'art. 67.1 TFUE ove, nel quadro della realizzazione di "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" in ambito UE, viene affermato il "rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Infine, anche l'art. 53 della ormai pienamente

---

<sup>69</sup> In merito a tale incorporazione cfr., diffusamente e per tutti, D. TEGA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea tra Carta di Nizza e costituzioni nazionali: una poltrona per due?*, in *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, cit., 182 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012.

<sup>70</sup> Il quale all'art. I-5.1 sembrava recepire appieno la teoria dei controlimiti, disponendo che "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale". Sul punto cfr., per tutti, T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, in *ASTRID - Rassegna*, n. 13 del 2005, 1 ss., <http://www.astrid-online.it>; M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in *Sovereignty in Transition*, a cura di N. Walker, Oxford, 2003, 501 ss.

<sup>71</sup> In argomento cfr., ad esempio, B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.*, 2012, 152 ss.

<sup>72</sup> In merito a tale norma cfr., ad esempio, F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo "spettro" di Viking e Lavall*, in [http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vecchio\\_2.doc](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vecchio_2.doc). Cfr. altresì, sia pure con riferimento (non già all'attuale art. 4.2 TUE, ma) all'art. I-5 dell'abortito Trattato costituzionale europeo del 2004, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>73</sup> Circa la genesi di tale norma cfr., in particolare, T. LOBELLO, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali nell'UE: evoluzione storico-giuridica*, in *L'ordinamento europeo, I. I principi dell'Unione Europea*, a cura di S. Mangiameli, Milano 2006, 111 ss. Cfr., altresì, B. NASCIMBENE, C. SANNA, *Articolo 6*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 49 ss.

giuridicizzata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – secondo il quale “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, (?) dalle costituzioni degli Stati membri” – sancirebbe l'avvenuta incorporazione dei controlimiti nel diritto dell'Unione.

Come è facile rilevare, quindi, alla progressiva espansione delle competenze dell'Unione e al parallelo incremento della capacità del diritto europeo di incidere sugli ordinamenti nazionali ha corrisposto la vieppiù avvertita necessità per i Paesi membri di salvaguardare – attraverso apposite clausole inscritte in fonti UE di diritto primario – la loro “identità nazionale” e di affermare l'esistenza di un nucleo di principi e diritti costituzionali inderogabile<sup>74</sup>, come tale inscalfibile dalle norme varate dall'Unione<sup>75</sup>.

Ma vi è di più: la lettura in combinato delle succitate norme del Trattato di riforma e della stessa Carta dei diritti fondamentali UE ingenera il legittimo sospetto che la teoria dei controlimiti si sia ormai radicata nel diritto originario dell'Unione sino al punto di divenirne elemento imprescindibile<sup>76</sup>. In questo senso, i principi e diritti fondamentali di origine nazionale non si limiterebbero a trasformarsi da fonti europee di diritto non scritto a fonti europee di diritto scritto, nonché da norme intermedie tra il diritto primario e il diritto derivato<sup>77</sup> a norme a tutti gli effetti di diritto primario; tali principi e diritti finirebbero, cioè, con l'assurgere addirittura a elementi sottratti a ogni eventuale revisione della “Costituzione europea vivente”<sup>78</sup>, divenendo una sorta di “controlimiti a rovescio”. “A rovescio”, in quanto non sarebbero equiparabili ai tradizionali controlimiti (i quali consistono appunto in limiti alla revisione della Costituzione nazionale concepiti in chiave “autarchica”, vale a dire in esclusiva funzione di salvaguardia del nucleo duro di tale Costitu-

---

<sup>74</sup> Cfr., in particolare, M. CARTABIA, *art. 4, par. 2*, in *Trattati sull'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2014, 26.

<sup>75</sup> Al riguardo, merita forse di essere precisato che, se solo l'art. 4.2 TUE può considerarsi come una “clausola di identità nazionale” in senso stretto, in una più lata accezione tutte le norme di diritto primario europeo sopra elencate possono considerarsi “clausole di identità nazionale”. Nel prosieguo della trattazione, quantomeno, questa espressione sarà spesso utilizzata in senso lato.

<sup>76</sup> Per un implicito avallo di questa tesi cfr. A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, in questo *Volume*, par. 4, nt. 32.

<sup>77</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 68.

<sup>78</sup> In merito alla quale cfr., in particolare, S. BARTOLE, *La Costituzione europea vivente*, cit.

zione); essi sarebbero finalizzati, invece, a tutelare “nuclei duri” almeno apparentemente “esterni”, concernenti cioè i fondamentali assetti politico-costituzionali dei Paesi membri.

A ben vedere, però, i suddetti controlimiti risultano “a rovescio” solo in parte, l’Unione europea essendo un “*sistema di sistemi*”<sup>79</sup> tale per cui il nucleo duro dei *secondi* si rivela anche, al contempo, nucleo duro del *primo*; con il risultato che le succitate, variegiate clausole in tema di “identità e tradizioni costituzionali nazionali” rinvenibili nei Trattati e nella Carta europea dei diritti appaiono dirette a salvaguardare, al contempo, l’essenziale fondamento identitario sia dei Paesi membri dell’Unione sia dell’Unione stessa.

Resta il fatto che risulta tutt’altro che agevole individuare il nucleo fondamentale di “identità nazionale” dei Paesi membri, anche perché le clausole al riguardo previste nel diritto primario dell’Unione, in precedenza ricordate, sono passibili di letture assai diverse tra loro. Senza contare, poi, che alle suddette clausole si affiancano quelle più o meno esplicitamente sancite dalle Costituzioni nazionali, e che dunque a rendere ancor più aleatorio il concetto di “identità nazionale” concorre il fatto che esso è destinato a essere concretizzato da parte sia della Corte di giustizia sia delle Corti costituzionali nazionali; Corti, queste ultime, le quali oltretutto configurano spesso tale concetto in modo assai diverso dall’una all’altra anche per il fatto che – come già ricordato<sup>80</sup> – alcune Carte Supreme contengono “clausole di eternità” non rinvenibili in altre Carte sorelle, ovvero assai diverse da quelle previste dalle carte in questione.

##### 5. *La giurisprudenza sui controlimiti al diritto UE*

L’esame delle fonti nazionali in tema di controlimiti in precedenza sinteticamente rievocate<sup>81</sup> consente di affermare che tali fonti, nella loro anche accentuata diversità, presentano un solo dato indiscutibilmente in comune: quello di favorire o almeno di permettere, da parte delle Corti costituzionali dei Paesi UE, sviluppi interpretativi improntati a una larga discrezionalità. Tanto è vero che già in seno alle singole Corti nazionali è possibile talora cogliere momenti di evidente discontinuità e incoerenza,

---

<sup>79</sup> Cfr., in particolare, L.F.M. BESSELINK, *A Composite European Constitution. Een Samengestelde Europese Constitutie*, Groningen, 2007; A. RUGGERI, *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; ID., CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”, in *www.diritticomparati.it*, 19 aprile 2013.

<sup>80</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 4.1.

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 4.1.

in ogni caso destinati a divenire ancora più palesi in sede di raffronto tra le diverse giurisprudenze costituzionali: anche se poi, come si avrà modo di rilevare, allontanando il punto di osservazione dalle specifiche, contingenti vicende nazionali e collocandolo in modo tale da consentirgli di abbracciare spazi temporali e geografici più ampi, sembra possibile individuare forme generalizzate di evoluzione caratterizzate da una qualche consonanza.

Sostanzialmente diverse risultano, comunque, le conclusioni che possono essere tratte dall'esame delle succitate fonti europee e della relativa giurisprudenza della Corte di giustizia: come sarà infatti facile rilevare, alla vistosissima evolutività di tali fonti fa riscontro una giurisprudenza da vari decenni sostanzialmente stabile nelle sue prese di posizione. Anche se invero, come vedremo, da ultimo questo "blocco giurisprudenziale" sembrerebbe esposto a possibili incrinature, forse preannunciate da talune affermazioni di avvocati generali e da taluni silenzi della Corte di giustizia<sup>82</sup>.

### 5.1. *La giurisprudenza delle Corti costituzionali: evoluzioni, divergenze e convergenze*

Esula dai fini di questa *Presentazione* un articolato esame delle molteplici giurisprudenze dei Paesi UE in tema di controlimiti, con i loro sviluppi, convergenze e divergenze. Men che meno sarà possibile andare al di là di qualche rapido cenno in merito alle tendenze dei giudici comuni a realizzare una sorta di sindacato diffuso (scoperto o sottotraccia) sui controlimiti<sup>83</sup>. Muovendo dal presupposto che il tema in questione sia di competenza delle Corti costituzionali (e, a tutto concedere, della Corte di giustizia), qui basterà ricordare che, una decina di anni fa, una puntuale ricognizione effettuata da una attenta studiosa italiana portava a distinguere tra: *a*) Paesi che, senza eccezione alcuna, negano la prevalenza del diritto dell'Unione sulla Costituzione nazionale; *b*) Paesi che, in linea di

---

<sup>82</sup> Cfr., *infra*, sub par. 5.2.

<sup>83</sup> Limitatamente all'Italia, circa la tendenza dei giudici comuni ad arrogarsi il compito di decidere direttamente in materia di controlimiti, bypassando così la Corte costituzionale, cfr. la già ricordata sent. *Federfarma* del Consiglio di Stato; ma cfr. anche Cass. pen., sez. VI, sent. 16542/2006, *Cusini*; nonché, da ultimo, Cass., sez. III, 7 giugno-24 ottobre 2016, sent. 44584/2016. In dottrina cfr. sul punto, con varietà di accenti e anche per ulteriori riferimenti dottrinali, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9; nonché M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in questo *Volume*, par. 4; A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in questo *Volume*, par. 4.



principio, non ammettono tale prevalenza, ma nei quali, attraverso procedure a carattere rinforzato (vale a dire attraverso riforme costituzionali implicanti l'adeguamento al diritto europeo) tale prevalenza finisce col trovare attuazione; c) Paesi che, per via legislativa o giurisprudenziale, fissano limiti al primato del diritto UE sulle fonti costituzionali, ponendo appunto controlimiti alle limitazioni della sovranità nazionale derivanti dalla ratifica dei Trattati; d) Paesi nei quali il principio del primato è accettato senza riserva alcuna<sup>84</sup>.

In questo ultimo decennio, per vero, molta acqua è passata sotto i ponti, stante che la persistente evolutività del processo di costruzione europea ha favorito, in molti Stati, notevoli mutamenti giurisprudenziali in materia di controlimiti, di cui è possibile cogliere traccia in ulteriori, più aggiornate studi comparatistici<sup>85</sup>.

In ogni caso, per quanto specificamente concerne l'Italia, questi mutamenti si sono concentrati nella prima fase della costruzione europea. La nostra giurisprudenza costituzionale, dopo un periodo iniziale contrassegnato da profondi ripensamenti<sup>86</sup>, si è infatti da lungo tempo saldamente attestata su posizioni che ci collocano tra i Paesi rientranti nel terzo dei quattro succitati sottogruppi. Più precisamente la Corte italiana, dopo avere in un primo momento affermato il rango di mera legge ordinaria di ogni fonte UE (primaria o derivata)<sup>87</sup>, a seguito della immediata replica della Corte di giustizia<sup>88</sup> e delle vivaci critiche della dottrina, ha finito con l'ammettere la primazia del diritto europeo<sup>89</sup>: pre-

---

<sup>84</sup> Cfr. T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, cit., 1 ss.

<sup>85</sup> Cfr., in particolare e da ultimo, M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the 'Cooperative Relationship' between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(1), 2016, 157 s. L'a. colloca i Paesi UE in tre distinti gruppi, a seconda che: presentino una assenza di sviluppi significativi in merito alle varie forme di controlimiti (concernenti, in particolare, il controllo c.d. *ultra vires* – in merito al quale cfr., *infra*, sub nt. 102 – e il controllo di identità costituzionale); non contestino a livello né legislativo né giurisprudenziale il principio del primato delle fonti europee sulle fonti costituzionali nazionali; prevedano taluni elementi del controllo *ultra vires* per la presenza di talune clausole di eternità o perché la Costituzione si pone esplicitamente al di sopra del diritto dell'Unione, anche se – in taluni di questi Paesi – solo limitatamente agli atti di diritto derivato.

<sup>86</sup> Cfr., per esempio, U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in [www.europeanrights.eu/public/commenti/villeni\\_testo.doc](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/villeni_testo.doc), 3.

<sup>87</sup> Sent. n. 14 del 24 febbraio 1964, *Costa c. Enel*. In tale sentenza, infatti, la Corte costituzionale aveva affermato che l'art. 11 Cost. non aveva conferito alla legge ordinaria esecutiva del Trattato un'efficacia superiore a quella ad essa tradizionalmente propria, cosicché le norme europee assumevano, appunto, rango di legge ordinaria.

<sup>88</sup> Sent. 15 luglio 1964, causa C 6/64, *Costa c. Enel*.

<sup>89</sup> Corte cost., sent. 27 dicembre 1973, *Frontini*. In tale sentenza, come precisato da P. MORI, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, cit., 542 "la Consulta

cisando però che tale diritto non è direttamente efficace<sup>90</sup> e sottolineando – prima fra tutte le Corti sorelle europee – che la primazia non è illimitata, ma è destinata a venir meno rispetto ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona. Ed anche quando, dopo la energica presa di posizione della Corte UE in ordine all’efficacia diretta delle fonti europee<sup>91</sup>, la Consulta ha riconosciuto al giudice comune il “potere-dovere dei giudici nazionali di dare immediata applicazione alle norme del diritto UE direttamente applicabili”<sup>92</sup>, e dunque la possibilità per questi ultimi di disapplicare le norme interne con esse incompatibili, la Consulta stessa ha poi a più riprese confermato la teoria dei controlimiti<sup>93</sup> così come da essa elaborata nei primi anni ’70 del secolo scorso.

Già la giurisprudenza costituzionale francese, però – nonostante la vistosa influenza esercitata su di essa proprio dalla giurisprudenza della Corte italiana<sup>94</sup> – mostra segni di una evolutività protrattasi anche in tempi alquanto recenti. Infatti il *Conseil constitutionnel*, dopo avere nel 2004 dichiarato che l’incompatibilità del diritto derivato UE “con qualsiasi disposizione della costituzione determina la possibilità per il legislatore francese di non adempiere all’obbligo di attuazione del diritto co-

---

prende atto che ‘esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, – non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati –, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento’, con ciò riconoscendo il principio della diretta applicabilità dei regolamenti e quindi implicitamente della loro supremazia”.

<sup>90</sup> Infatti, sempre nella sentenza *Frontini*, la nostra Corte cost. fa “discendere dalla supremazia del diritto UE l’incostituzionalità per violazione dell’art. 11 Cost. della legge in contrasto con un precedente regolamento europeo; con la conseguenza che, in presenza di un contrasto tra norme europee e norme di legge, ‘il giudice è tenuto a sollevare la questione della loro legittimità costituzionale’ (Corte cost. sentenza 232/1975). Questo orientamento, condizionando l’applicazione del regolamento europeo all’eventualità che un giudice di merito sollevasse la questione di legittimità costituzionale della norma di legge successiva, di fatto frapponeva un ostacolo all’applicabilità diretta del regolamento stesso”: P. MORI, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, cit., 542.

<sup>91</sup> Sent. 9 marzo 1978, causa C 106/77, *Simmenthal*.

<sup>92</sup> Sent. 170 del 1984, *Granital*, cit.

<sup>93</sup> Cfr., la giurisprudenza riportata *supra*, *sub* par. 1, ntt. 4 e 16.

<sup>94</sup> Come evidenziato da H. LABAYLE, *L’identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l’Union européenne?*, cit., par. I, lett. B), a), il quale sottolinea che “questa riserva [di costituzionalità] del Consiglio [costituzionale] si sarebbe ispirata ‘direttamente, financo nella sua formulazione, alla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 232 del 13 avril 1989, Société FRAGD’”. L’a. riprende qui testualmente quanto riportato in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2008-564 DC*, 19 giugno 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, 89.

munitario”<sup>95</sup>, ha subito dopo precisato che tale obbligo viene meno solo in caso di incompatibilità delle fonti di diritto derivato con “le norme della Costituzione inerenti alle sue fondamentali strutture politiche e costituzionali”<sup>96</sup>, per poi ulteriormente correggere e precisare a più riprese il suo pensiero<sup>97</sup>. Analogamente alla nostra Corte, comunque, il *Conseil* non giunge mai a chiarire del tutto quali siano effettivamente queste “fondamentali strutture politiche e costituzionali” elevabili a controlli-limite, riconoscendosi dunque, volta per volta, ampia discrezionalità nella loro individuazione.

Peraltro, sembra di poter dire che da quest’ultimo punto di vista gli approdi della giurisprudenza costituzionale francese risultano largamente condivisi da ulteriori giurisprudenze sorelle; in particolare, non paiono dissimili da quelli della parallela giurisprudenza spagnola, anch’essa – come esplicitamente ammesso da Francisco Balaguer Callejón<sup>98</sup> – sviluppata prendendo a modello quella italiana. Infatti anche al di là dei Pirenei la definizione di quello che può essere considerato come parte integrante della “identità costituzionale” di uno Stato resta sostanzialmente avvolto nel mistero<sup>99</sup>.

Quanto alla giurisprudenza costituzionale tedesca concernente i controlli al diritto dell’Unione<sup>100</sup>, il suo innegabile primato su molte giurisprudenze costituzionali europee è figlio di vari fattori, primo fra tutti la capacità del *Bundesverfassungsgericht* di approfondire la tematica

<sup>95</sup> Così, con riferimento alle sentt. n. 2004-496 del 10 giugno e n. 2004-497 del 1° luglio 2004, T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, cit., 10.

<sup>96</sup> Così, con riferimento alla sent. 2004-505 DC del 9 novembre 2004 sul *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, H. LABAYLE, *L’identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l’Union européenne?*, cit., par. I, lett. A).

<sup>97</sup> Cfr., ancora, H. LABAYLE, *ivi*.

<sup>98</sup> *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell’esperienza spagnola*, cit., par. 4.

<sup>99</sup> Cfr., ancora, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell’esperienza spagnola*, cit., par. 5. Analogamente cfr., a titolo esemplificativo e con riferimento alla Corte costituzionale della Repubblica ceca, sent. 26 novembre 2008, Pl ÚS 19/08 *Treaty of Lisbon I*, in [www.usoud.cz/en/decisions/20081126-pl-us-1908-treaty-of-lisbon-i](http://www.usoud.cz/en/decisions/20081126-pl-us-1908-treaty-of-lisbon-i); sent. 3 novembre 2009, Pl ÚS 29/09, *Treaty of Lisbon II*, in [www.usoud.cz/en/decisions/20091103-pl-us-2909-treaty-of-lisbon-ii-1](http://www.usoud.cz/en/decisions/20091103-pl-us-2909-treaty-of-lisbon-ii-1). In dottrina L. TICHY, T. DUMBROVSKY, *The Czech Constitution and EU Integration*, in *Member States’ Constitutions and EU Integration*, a cura di S. Griller, M. Claes, L. Papadopoulou, Oxford, 2016, e in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2615617](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615617).

<sup>100</sup> In merito alla quale cfr., *amplius* e per tutti, R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, Baden-Baden, 2014; nonché, da ultimo, P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlli-limite*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.

generale dei diversi meccanismi concettuali attraverso cui opporsi agli eccessi integrazionisti del processo di costruzione europea. Al riguardo, infatti, tale organo ha progressivamente affinato tre distinte eccezioni, che risultano azionabili, rispettivamente, in caso di violazione dei diritti fondamentali di matrice costituzionale<sup>101</sup>, di incompetenza di un atto normativo dell'Unione (il c.d. *Ultra-Vires-Kontrolle*)<sup>102</sup> e di violazione dell'identità costituzionale<sup>103</sup> in caso di irruzione del diritto europeo in ambiti normativi sottratti alla revisione costituzionale ai sensi dell'art. 79.3 della Legge Fondamentale.

Ciò precisato, va subito detto che la giurisprudenza costituzionale tedesca sui controlimiti *al diritto dell'Unione* dimostra una evolutività per vero non manifestata nell'ambito dei controlimiti c.d. *intra moenia*. Non è certo questa la sede per dilungarsi sulle arcinote sentenze *Solange I*<sup>104</sup>, *Solange II*<sup>105</sup>, *Maastricht*<sup>106</sup>, *Bananen*<sup>107</sup>, *Lissabon*<sup>108</sup>, *Mangold*<sup>109</sup>, per finire con le recenti sentenze del 15 dicembre 2015 in tema di mandato d'arresto europeo<sup>110</sup> e del 21 giugno 2016 relativa al piano anti-crisi OMT della BCE<sup>111</sup>; sentenze nelle quali è possibile rinvenire, di volta in volta, sempre nuove massime tese prima a enucleare lo strumento dei controlimiti e poi a vieppiù precisare, all'interno di questi ultimi le tre succitate eccezioni. Men che meno è questa la sede per raffrontare nei dettagli tali sentenze in tema di controlimiti alle fonti europee con le pronunce prese dal medesimo organo in merito ai limiti alla revisione costituzionale. Ci si li-

<sup>101</sup> Fondamentalmente, è questo l'approdo della c.d. giurisprudenza *Solange*: Cfr. *BVerfG*, sent. 29 maggio 1974, *Solange I*, in *BVerfGE* 37, 271; sent. 22 ottobre 1986, *Solange II*, in *BVerfGE*, 73, 339 ss.

<sup>102</sup> Si tratta di un controllo "già prefigurato sia pure implicitamente nella sentenza *Maastricht*, laddove dichiarava inapplicabili in Germania gli Atti europei esorbitanti dalle funzioni attribuite" (cfr. §237). Nella sentenza *Lissabon* "il Tribunale lo riconosce espressamente e ne precisa i presupposti, limitandolo ai casi di 'evidenti sconfinamenti' (*ersichtliche Grenzüberschreitungen*) nell'esercizio delle competenze da parte dell'Unione, e di inesistenza di un rimedio giuridico a livello europeo": A. ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in <http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/ordinamentieuropei/Anzon01.pdf>, 10.

<sup>103</sup> Cfr., in particolare, sent. 30 giugno 2009, *Lissabon*, in *BVerfGE* 123, 267, § 240.

<sup>104</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 101.

<sup>105</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 101.

<sup>106</sup> Sent. 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155.

<sup>107</sup> Sent. 7 giugno 2000, in *BVerfGE* 102, 147.

<sup>108</sup> Sent. 30 giugno 2009, in *BVerfGE* 123, 267.

<sup>109</sup> Sent. 6 luglio 2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 533.

<sup>110</sup> *BVerfG*, 2 BvR 2735/14.

<sup>111</sup> In [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621\\_2bvr272813.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/06/rs20160621_2bvr272813.html).

mieterà allora a rilevare che mentre la giurisprudenza tedesca sui controlimiti *intra moenia* dimostra da sempre di voler restringere all'estremo i limiti alle modifiche apportabili alla Legge Fondamentale ad opera di fonti interne, la parallela giurisprudenza sui controlimiti *extra moenia* – pur nelle sue oscillazioni, nel suo alternare toni minacciosi a toni concilianti nei confronti dell'Unione<sup>112</sup> – rivela al fondo una progressiva tendenza al potenziamento (almeno sul piano teorico) delle summenzionate eccezioni. Tale potenziamento si realizza, per vero, non solo attraverso l'estensione per via interpretativa dei limiti alle modifiche costituzionali di derivazione europea previsti dal combinato disposto degli artt. 23 e 79.3 GG; ma anche attraverso la ferma opposizione alla progressiva estensione – operata dalla Corte di giustizia a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso – degli ambiti normativi interni da ritenersi “attuativi del diritto dell'Unione” e come tali valutabili alla luce dei principi e diritti fondamentali UE<sup>113</sup> anziché dei principi e diritti fondamentali dei singoli Paesi membri<sup>114</sup>. In definitiva, uno sguardo complessivo

<sup>112</sup> Emblematico, la riguardo, risulta il raffronto tra la succitata sentenza *Lissabon* (la quale valorizza i controlimiti sino ad una sorta di “inversione del primato”: cfr., per tutti e con particolare attenzione al profilo dei controlimiti, P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 2010, 75 ss.; F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, in <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/28623>) e la altrettanto succitata sentenza *Mangold* (assai più aperta alla ragioni del diritto europeo: cfr. esemplificativamente R. CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*, in *Foro it.*, 2010, IV, 533 ss.).

<sup>113</sup> Al riguardo, va sottolineato che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente dilatato il concetto di “attuazione del diritto dell'Unione” di cui all'art. 5.1 CDFUE sino a considerare attuativa del diritto UE la normativa nazionale volta non solo a trasporre il diritto in questione (per esempio, a trasporre una direttiva o a dare attuazione sanzionatoria a un regolamento contenente precetti privi di sanzioni amministrative UE), ma anche semplicemente a incidere su ambiti regolati dalle fonti UE (cfr., tra le altre, sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, cit.; sent. 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Annibaldi*; da ultimo Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*). Circa i dubbi in merito all'ambito applicativo dei principi/diritti sovranazionali cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 57 ss.; S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 3, 247-249.

<sup>114</sup> Emblematica, al riguardo, il contrasto insorto tra Corte di giustizia e BVerfG a seguito della sentenza *Fransson* citata alla nt. precedente. Infatti, con la sent. 24 aprile 2013, *Antiterrordateigesetz*, in [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de), il BVerfG ipotizza che la valorizzazione in sede ermeneutica dei suddetti effetti estensivi evocati dalla sentenza *Fransson* possa implicare il riconoscimento di una violazione del principio di attribuzione da parte della Corte di giustizia, con conseguente conflitto con la Legge fondamentale tedesca e relativa necessità di mettere in pratica l'*Ultra-Vires-Kontrolle*. Cfr. F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes. Botta e risposta tra la Corte di Giustizia EU (caso Åkerberg Fransson) e la Corte Costituzionale*

sulla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in tema di controlimiti finisce con lo smentire la coincidenza tra *limiti interni* e *controlimiti esterni* esplicitamente prevista all'art. 23 della Legge Fondamentale<sup>115</sup>, assoggettando i secondi a processi evolutivi di matrice ermeneutica del tutto sconosciuti ai primi<sup>116</sup>.

Al pari e ancor più di quanto già avvenuto con riferimento agli approdi della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di controlimiti al diritto UE, i paralleli approdi della giurisprudenza tedesca sono stati ripresi in modo più o meno pedissequo dalle giurisprudenze sorelle di taluni Paesi dell'Unione. Come puntualmente ricordato da Jörg Luther, nella succitata sentenza del 15 dicembre 2015 la Corte di Karlsruhe ha potuto così affermare che “Il numero largamente prevalente delle Corti costituzionali e supreme degli altri Stati membri condivide per il loro ambito di competenza l'opinione del *Bundesverfassungsgericht* che il primato (di applicazione) del diritto UE non vige senza limiti (*nicht unbegrenzt*), subendo limitazioni da parte del diritto (costituzionale) nazionale”<sup>117</sup>.

Questa affermazione, per vero, appare forse eccessivamente ottimistica, visto che le suddette Corti costituzionali (nella sentenza in questione minuziosamente elencate assieme a tutte le relative pronunce in tema di controlimiti) non superano le dieci. Del resto, tale sentenza è stata criticata in modo alquanto deciso da una parte della dottrina tedesca, la quale ritiene oltretutto che il succitato elenco di pronunce in essa contenuto sia scarsamente attendibile in quanto da un lato incline a ricomprendere decisioni non sempre espressive di posizioni realmente affini a quelle della Corte di Karlsruhe, dall'altro lato non aggiornato alle più recenti posizioni assunte da talune delle Corti sorelle citate, e comunque silente sulla maggioranza delle Corti costituzionali dei Paesi UE<sup>118</sup>.

---

tedesca sull'applicazione della Carta EU dei Diritti Fondamentali, in [www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=124](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=124); Id., *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson - From the spring/summer 2013 Solange collection: reverse consistent interpretation*, 3 maggio 2013, in <http://www.diritticomparati.it/2013/05/my-entry.html>.

<sup>115</sup> In base al quale “(...) per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge Fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma”.

<sup>116</sup> Cfr., sul punto, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., in particolare 51 ss.

<sup>117</sup> *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, cit., par. 5.

<sup>118</sup> Cfr. M. CLAES, *The Validity and Primacy of EU Law and the 'Cooperative Relationship' between National Constitutional Courts and the Court of Justice of the European Union*, cit., 157.

È peraltro vero che su scala europea negli ultimi anni è possibile rilevare, in linea con il *trend* registrato in Germania, sempre più frequenti ed energiche prese di posizione da parte delle giurisprudenze costituzionali di alcuni Paesi membri dell'Unione in merito alla possibilità di azionare i controlimiti nelle loro diverse espressioni per paralizzare l'efficacia in ambito interno delle fonti UE o delle pronunce della Corte di giustizia<sup>119</sup>.

Questa nuova attenzione alle eventuali risorse offerte dai controlimiti nella prospettiva di proteggere dal diritto dell'Unione le linee portanti degli ordinamenti nazionali – per di più, secondo talune Corti, anche al di là del “nucleo duro” delle rispettive Costituzioni – potrebbe in un primo momento apparire sorprendente. Se infatti, come ricorda Enzo Cannizzaro<sup>120</sup>, nei primi decenni della costruzione europea la teoria dei controlimiti si giustificava innanzitutto alla luce dell'assenza pressoché totale, almeno a livello di diritto scritto<sup>121</sup>, di meccanismi *lato sensu* costituzionali finalizzati alla tutela dei principi e diritti fondamentali nell'ambito della (allora) Comunità europea, l'attuale situazione di progressiva affermazione e “costituzionalizzazione” di tali principi e diritti in seno all'Unione dovrebbe semmai implicare il superamento di tale teoria, o quantomeno un graduale affievolimento dell'interesse ad essa riservato.

Con ogni probabilità, allora, è lecito pensare che il succitato, recente attivismo giudiziario delle Corti di taluni Paesi membri nell'ambito dei controlimiti al diritto dell'Unione abbia alla sua radice ragioni che finiscono col prevalere sulle eventuali rassicurazioni offerte dal rafforzamento in sede UE dei principi e diritti fondamentali. E, in effetti, nell'attuale momento storico, ragioni di questo tipo non sembrano affatto mancare, potendosi anzi agevolmente rilevare tutta una serie di concause convergenti nell'opporci a un possibile monopolio da parte della Corte di giustizia dei principi e diritti fondamentali, sia pure limitato ai settori del diritto interno “attuativi del diritto dell'Unione”. Tra tali concause, almeno quattro meritano qui di essere sottolineate.

*In primo luogo*, in gran parte della pubblica opinione è possibile cogliere un sentimento di sfiducia nella capacità degli ordinamenti non statali (specie di quello internazionale, ma anche di quelli a carattere regio-

---

<sup>119</sup> Cr., ad esempio, H. LABAYLE, *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, cit., par. I, lett. B), che ricorda come dal 2004 al 2015 in una quindicina di decisioni il Consiglio costituzionale francese abbia sottolineato l'esistenza del controlimite consistente nella “*identité constitutionnelle de la France*”, senza peraltro fare concretamente uso di tale strumento.

<sup>120</sup> Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali, cit., par. 4.

<sup>121</sup> Cfr. *supra*, sub par. 2.

nale) di assicurare, attraverso i loro peculiari meccanismi di garanzia, il rispetto dei principi e diritti fondamentali, con conseguente ripiegamento e valorizzazione delle “risorse interne” di matrice costituzionale.

*In secondo luogo*, nel più circoscritto contesto europeo, è tangibile la progressiva sensazione di paura e insicurezza condivisa da molti cittadini dei Paesi UE; sensazione che – come ricorda Francesco Palazzo<sup>122</sup> – a prescindere dalle sue assai eterogenee cause favorisce una sorta di irrazionale diffidenza verso le soluzioni comuni offerte dall’Unione, con conseguente riemersione delle pulsioni autarchico-nazionaliste di cui i controlimiti sono pur sempre espressione.

*In terzo luogo*, è innegabile che il processo di costruzione europea abbia comportato l’intensificazione di fonti e arresti di origine sovranazionale destinati a interagire con fonti/arresti di matrice nazionale<sup>123</sup> non solo ma specialmente con riferimento ai relativi principi e diritti fondamentali di natura interna, talora ponendosi in più o meno vistoso contrasto con questi ultimi<sup>124</sup>. Più precisamente, tale fenomeno di contrapposizione va ricondotto alla proliferazione di testi normativi UE che hanno per specifico oggetto (o che comunque si improntano a) principi e diritti fondamentali dell’Unione non sempre, come si è visto, perfettamente coincidenti con quelli dei Paesi membri<sup>125</sup>; nonché al parallelo, progressivo ampliamento delle materie di competenza dell’Unione concernenti “settori della vita sociale particolarmente ‘sensibili’ e suscettibili di coinvolgere i diritti fondamentali”<sup>126</sup>, ampliamento reso ancor più macroscopico dalla già ricordata dilatazione per via interpretativa delle aree normative sottoposte al vaglio dei principi/diritti UE<sup>127</sup>.

*In quarto luogo*, è altrettanto innegabile la prepotente entrata in scena, negli ultimi anni, della Corte di giustizia nel campo dei principi e diritti fondamentali<sup>128</sup>, col conseguente appropriarsi financo del nucleo

---

<sup>122</sup> *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 3.

<sup>123</sup> In particolare, sulla progressiva irruzione dei diritti dell’uomo nell’ambito dell’attività dei giudici di Lussemburgo cfr. G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *www.cortecostituzionale.it*, 25 maggio 2012, 7.

<sup>124</sup> Sulla tendenza del diritto europeo a porsi con crescente frequenza in contrasto coi diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni nazionali cfr. già U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, cit., 19.

<sup>125</sup> Cfr. *supra*, sub par. 2.

<sup>126</sup> Cfr. U. DRAETTA, *Diritto dell’Unione europea e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, in particolare 17 ss.

<sup>127</sup> Cfr. *supra*, sub nt. 113.

<sup>128</sup> Tra gli autori favorevoli al potenziamento della tradizionale teoria dei controlimiti quale contrappeso al suddetto fenomeno basti qui ricordare G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel “processo costituente europeo”*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*,



duro dei principi e diritti nazionali nel quadro di quella progressiva “europeizzazione dei controlimiti” che troverebbe la sua più recente espressione nei già ricordati artt. 4.2 e 6.3 TUE, 67 TFUE, e 53 CDFUE<sup>129</sup>. Ciò se da un lato può consentire alla Corte di Lussemburgo di tener conto delle specificità costituzionali nazionali al fine di autorizzare un singolo Stato a derogare al diritto dell’Unione<sup>130</sup>, dall’altro lato comporta, come anche in seguito si avrà modo di verificare, il costante rischio che i principi/diritti fondamentali nazionali vengano ‘diluiti’ dalla suddetta Corte attraverso giudizi di bilanciamento con principi di matrice strettamente eurounitaria destinati a prevalere sui primi<sup>131</sup>.

Orbene, se appare indiscutibile che i fattori or ora descritti possano indurre almeno una parte delle Corti nazionali a guardare con crescente interesse ai controlimiti e al loro utilizzo nei confronti del diritto dell’Unione, occorre però riconoscere che nei rapporti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia la logica del dialogo – a volte anche aspro, ma sempre teso a trovare un accordo – ha sinora comunque prevalso su ogni volontà di scontro, risparmiando alle fonti dell’Unione quanto toccato in sorte a quelle fonti concordatarie<sup>132</sup> e internazionali consuetudinarie<sup>133</sup> nei cui confronti, per l’appunto, la nostra Corte costituzionale non si è limitata a minacciare, ma ha concretamente opposto i controlimiti per sbarrarne l’ingresso nell’ordinamento giuridico italiano<sup>134</sup>. A prevalere, in

---

2002, in particolare 37; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico*, 2002, 556 ss. Più di recente, sottolinea come “la presenza di un elenco di diritti europei giuridicamente vincolante avrebbe gonfiato e reso egemone il ruolo della Corte di Giustizia in questo campo, con conseguente possibile tendenza a uniformare a livello europeo i bilanciamenti tra diritti e a schiacciare le posizioni eventualmente diverse degli ordinamenti nazionali” E. LAMARQUE, *Las relaciones entre los órdenes nacional, supranacional e internacional en la tutela de los derechos*, cit., 31.

<sup>129</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 4.2.

<sup>130</sup> Cfr., ad esempio, sent. 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*.

<sup>131</sup> Emblematicamente cfr., al riguardo, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. In tale sentenza la Corte di giustizia sottopone il principio di difesa del latitante, sviluppato all’estremo dalla Costituzione spagnola e supportato dal principio sancito dall’art. 53 CDFUE a un bilanciamento con i principi UE del primato, dell’unità e dell’effettività del diritto dell’Unione, ai quali viene infine riconosciuta la prevalenza.

<sup>132</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 18 del 1982, cit.

<sup>133</sup> Si allude, beninteso, alla notissima ancorché assai discussa Corte cost., sent. n. 238 del 2014. Sulla “inesistenza” di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali sancita dalla Corte in tale sentenza cfr., da ultimo, A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, cit., par. 2.

<sup>134</sup> Cfr. per tutti e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 11 ss. e 82 ss.

definitiva, è stato proprio l'approccio ai controlimiti al diritto dell'Unione che contraddistingue sia la Consulta sia la Corte di Karlsruhe, e che sembra supportato dalla consapevolezza di quanto potrebbe essere devastante per le sorti dell'Unione innescare un conflitto tra Corti nazionali e Corte sovranazionale. Invero la Corte italiana – sia pure in periodi storici caratterizzati da un ben minore impatto delle fonti sovranazionali sui principi/diritti nazionali – ha sempre considerato la “eventualità di un giudizio di costituzionalità relativo agli effetti prodotti da singole norme europee come (...) una eventualità ‘difficile [da] configurare anche in astratto’<sup>135</sup> o addirittura ‘sommamente improbabile’<sup>136</sup>”<sup>137</sup>; la Corte tedesca, a sua volta, anche in tempi recentissimi ha lasciato chiaramente intendere che il ricorso ai controlimiti debba essere concepito in modo molto restrittivo e circoscritto, così da non mettere in pericolo l'applicazione uniforme del diritto UE. Più precisamente, come sottolineato da Jörg Luther<sup>138</sup>, nella concezione del *Bundesverfassungsgericht* l'arma delle diverse eccezioni rientranti nel concetto in senso ampio di controlimiti andrebbe impugnata in sintonia col principio del *favor juris Europae* (*Europarechtsfreundlichkeit*)<sup>139</sup>, vale a dire “in modo amichevole”, dunque con estrema cautela e comunque senza mai utilizzarla prima di aver fatto di tutto per sciogliere il conflitto, anche attraverso un abile impiego dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Come è infatti noto, attraverso tale strumento – di cui ormai tutte le Corti costituzionali europee hanno appreso, sia pure con lentezza e riluttanza, a far uso<sup>140</sup> – può essere instaurato un proficuo dialogo diretto tra giudici nazionali ed europei<sup>141</sup>; dialogo che può rivelarsi particolarmente fecondo in relazione

<sup>135</sup> Sentenza n. 182 del 1973, *Frontini*, cit.

<sup>136</sup> Sentenza n. 232 del 1986, *Fragd*, *Considerato in diritto*, par. 3.1.

<sup>137</sup> E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., par. 5.

<sup>138</sup> *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, cit., par. 5.

<sup>139</sup> In merito al quale cfr., diffusamente, M.A. ASERO, *Brevi note sulla Europarechtsfreundlichkeit del Tribunale costituzionale tedesco e la dottrina dei controlimiti della Corte costituzionale ceca nella sentenza sulle pensioni slovacche*, in *KorEuropa*, n. 3, 29 giugno 2015.

<sup>140</sup> Limitatamente all'Italia cfr. Corte cost., ord. n. 103 del 2008 (la quale peraltro circoscriveva l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale in relazione ai soli giudizi in via principale); ord. n. 207 del 2013 (in cui si riconosce l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale); limitatamente alla Spagna cfr. *Tribunal Constitucional*, dec. 9 giugno 2011; limitatamente alla Francia cfr. *Conseil constitutionnel*, dec. n. 2013-314P QPC, 4 aprile 2013, M. Jérémy F.; limitatamente alla Germania dec. 7 febbraio 2014, OMT. Per una utile, seppur non aggiornatissima, rassegna di diritto comparato al riguardo cfr. *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P. Passaglia, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>141</sup> Cfr., ad esempio, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale ita-*

ai principi/diritti fondamentali<sup>142</sup> così come, più in generale, in relazione alle ulteriori diverse forme di controlimiti progressivamente emerse nelle giurisprudenze costituzionali dei Paesi UE.

Vero è però che il “*gentlemen agreement* tra Corte di giustizia e Corti europee”<sup>143</sup>, volto a salvaguardare, al contempo, il rispetto delle identità costituzionali nazionali e il primato del diritto dell’Unione, è stato bruscamente interrotto dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca<sup>144</sup>, la quale attraverso il controllo *ultra vires* ha dichiarato che non darà attuazione a una sentenza della Corte di giustizia<sup>145</sup> in quanto ritenuta esorbitante rispetto alle competenze cedute all’Unione.

Con ogni probabilità, questa molto criticata sentenza dei giudici cechi<sup>146</sup> – pronunciata senza nemmeno previamente adire in via pregiudiziale la Corte di Lussemburgo al fine di spiegare le particolari ragioni del caso *sub iudice* ed eventualmente invocare i principi di identità costituzionale previsti dai Trattati e della Carta europea dei diritti, onde cercare di evitare una stretta applicazione del diritto dell’Unione in relazione al caso in oggetto – è figlia di talune particolari situazioni createsi con la divisione della Cecoslovacchia in Repubblica Ceca e Slovacchia; ma è figlia

---

*liana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 99 ss.; P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 143 ss.

<sup>142</sup> Cfr., in particolare, G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit., 4. Cfr. altresì, tra gli altri, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, n. 01/2011, 25 novembre 2010, 10 ss.; G. MARTINICO, *Il trattamento nazionale dei diritti europei: Cedu e diritto comunitario nell’applicazione dei giudici nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 731 ss.; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli, 2005, 1, 29.

<sup>143</sup> M.A. ASERO, *Brevi note sulla Europarechtsfreundlichkeit del Tribunale costituzionale tedesco e la dottrina dei controlimiti della Corte costituzionale ceca nella sentenza sulle pensioni slovacche*, cit., par. 1.

<sup>144</sup> Sent. 31 gennaio 2012 - PI US 5/12.

<sup>145</sup> Sent. 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Landtová*.

<sup>146</sup> Cfr., emblematicamente J. KOMAREK, *Playing With Matches: The Czech Constitutional Court’s Ultra Vires Revolution*, in *Verfassungsblog*, 22 febbraio 2012, il quale ricorda come secondo alcuni “dare *Solange* nelle loro [dei giudici cechi] mani è stato come lasciare giocare i bambini con i fiammiferi”. Cfr. altresì, per tutti, M. A. ASERO, *Brevi note sulla Europarechtsfreundlichkeit del Tribunale costituzionale tedesco e la dottrina dei controlimiti della Corte costituzionale ceca nella sentenza sulle pensioni slovacche*, cit.; P. MENGOSI, *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei principi fondamentali degli Stati membri*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 561 ss.; O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell’Est “vis-à-vis” il processo di integrazione europea*, cit.; T. SALVINO, *La teoria dei controlimiti a Brno: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale ceca che dichiara “ultra vires” una decisione della Corte di Giustizia*, in *diritticomparati.it*, 6 marzo 2012; ID., *Ultra-vires-kontrolle visto dall’est: l’attuazione “degenerativa” della dottrina tedesca*, in *www.diritticomparati.it*, 13 dicembre 2012.

anche, più in generale, delle sopra ricordate concause ‘antagoniste’ a un eventuale monopolio da parte della Corte di giustizia dei principi e diritti fondamentali, nonché della riluttanza dei Paesi dell’Est Europa a sottostare nuovamente a quelle forme di sovranità limitata che l’Unione presuppone e da cui la Repubblica ceca credeva forse di essersi definitivamente affrancata con la caduta della cortina di ferro<sup>147</sup>.

Solo il tempo dirà se questa riluttanza recepita dalla Corte ceca si trasmetterà ad altre Corti costituzionali, così da determinare quell’“effetto domino” paventato, tra gli altri, da Francesco Viganò<sup>148</sup>; oppure se la sentenza in oggetto rimarrà l’eccezione alla regola di concepire i controlimiti al diritto dell’Unione come “un’arma pensata per non dover mai essere usata”, come un “argomento retorico” utilizzato all’interno di una discussione cooperativa e non oppositiva. L’unica cosa certa è che il destino dei controlimiti resta nelle mani delle Corti costituzionali nazionali, ma anche in quelle della Corte di giustizia. È infatti ovvio che anche quest’ultima, quando è chiamata a dialogare in tema di principi e diritti fondamentali coi Paesi membri dell’Unione, dovrebbe tendere per quanto possibile a non entrare in aspro conflitto con questi ultimi, valutando in particolare il loro “grado di accettazione” rispetto agli sviluppi conferiti dalle istanze sovranazionali a principi/diritti destinati a incidere sui sistemi giuridici nazionali<sup>149</sup>; nonché, se del caso, utilizzando le clausole di identità costituzionale attualmente contenute nei Trattati<sup>150</sup> per consentire a taluni Paesi membri, sia pure previo bilanciamento di tali clausole coi principi UE e in particolare col principio del primato<sup>151</sup>, di sottrarsi agli impegni sanciti da norme di diritto europeo. Si tratta, allora, di verificare quale sia la configurazione data dalla Corte di giustizia al principio del primato, vagliando se il succedersi dei Trattati abbia contribuito alla sua evoluzione.

---

<sup>147</sup> Questa riluttanza, in particolare, sembra dimostrata dal “minimalismo” che in genere caratterizza, nelle Costituzioni dei Paesi dell’Est, le cc.dd. clausole europee aggiunte in sede di adesione all’Unione. Clausole nelle quali, come è stato osservato, “non emerge (...) la natura *sui generis* del diritto dell’Unione europea rispetto a quella del diritto internazionale”: O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell’Est “vis-à-vis” il processo di integrazione europea*, cit.

<sup>148</sup> Il caso *Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in questo Volume, par. 2, lett. a).

<sup>149</sup> Al riguardo cfr., *mutatis mutandis*, A. BERNARDI, *Dogmatica penale, “giuridismo”, fonti sovranazionali*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, in corso di pubblicazione, par. 6.

<sup>150</sup> Cfr. *supra*, sub par. 4.2.

<sup>151</sup> E anche col principio di proporzionalità. Come ricordato da J.-P. JACQUÉ, *La Cour de justice de l’Union européenne et la théorie des «contre limites»*, cit., par. IV, 1), nelle sentt. 16 aprile 2013, C-202/11, *Anton Las* e 21 giugno 2016, C-15/15, *New Valmar BVBA*, la Corte di giustizia ha ritenuto che tale principio non sia stato rispettato.

5.2. *Primato assoluto del diritto UE e conseguente inesistenza dei controlimiti secondo la Corte di giustizia. Un postulato in via di sgretolamento?*

Un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di controlimiti è assai più agevole del parallelo (e nel precedente paragrafo appena accennato) esame delle relative giurisprudenze costituzionali nazionali.

È infatti risaputo che Corte di giustizia sostiene da sempre la concezione “monista” in base alla quale i diritti nazionali e il diritto europeo fanno parte di un unico sistema giuridico al cui interno le fonti sovranazionali risultano sempre e comunque in posizione di primato<sup>152</sup>. Riprendendo le parole di Jean Paul Jacqué, “La giurisprudenza della Corte [UE] è inequivoca per quanto concerne il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale, ivi compreso il diritto costituzionale, così da opporsi al ricorso in ambito nazionale ai controlimiti, non previsti dal diritto dell’Unione”<sup>153</sup>.

In effetti, sul fatto che per la Corte di Lussemburgo la primazia del diritto europeo si estenda al nucleo duro delle identità costituzionali dei Paesi membri (vale a dire, per usare la terminologia italiana, ai principi supremi e ai diritti fondamentali dei relativi ordinamenti), già la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>154</sup> non lasciava margine a dubbi. In base ad essa, “...il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto comunitario né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato”. Questo concetto verrà in seguito ribadito senza tentennamenti<sup>155</sup>, ovviamente in piena sintonia con il Tribunale di primo grado UE, il quale ha escluso che la Corte costituzionale italiana possa “non dare applicazione agli atti comunitari incompatibili con i diritti fondamentali contenuti nella costituzione nazionale in quanto il diritto comunitario, secondo una giurisprudenza consolidata, prevale sul diritto nazionale”<sup>156</sup>.

Vero è peraltro che le più volte ricordate clausole di identità costitu-

---

<sup>152</sup> Cfr. la già ricordata sent. 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*.

<sup>153</sup> *La Cour de justice de l’Union européenne et la théorie des «contre limites»*, cit., par. II.

<sup>154</sup> Corte di giustizia, sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70.

<sup>155</sup> Cfr., per tutte, sent. del 17 ottobre 1989, cause 97/87, 98/87, 99/87, *Dow Chemical Iberica e altri c. Commissione*; sent. 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*; Sentenza 23 aprile 2005, cause riunite C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*; sent. 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*.

<sup>156</sup> Ord. 2 aprile 2004, T-231/02, *Gonnelli e AIFO c. Commissione*, punto 57.

zionale progressivamente inscritte nei Trattati permettono ormai di tener conto di talune fondamentali peculiarità degli ordinamenti dei Paesi UE, consentendo a questi ultimi di derogare – a certe condizioni – agli impegni derivanti dal diritto UE. Tuttavia, accesa è la disputa circa l'organo giurisdizionale deputato a vagliare le suddette clausole: attualmente – con le precisazioni che si faranno in seguito – la Corte di giustizia continua a considerare che spetti a lei, e non alle Corti costituzionali dei singoli Paesi membri, vagliare le eccezioni di identità costituzionale bilanciandole coi contrapposti principi/diritti UE; viceversa talune Corti costituzionali, e in particolare quella tedesca, ritengono che proprio alla luce dell'art. 4.2 TUE e delle altre “clausole di identità” sancite dal diritto primario dell'Unione, spetti a loro avere l'ultima parola al riguardo<sup>157</sup>.

In ogni caso, forte delle sue concordanti pronunce di impronta monista, e del fatto che tradizionalmente le reazioni delle Corti costituzionali dei Paesi membri non sono andate al di là della mera affermazione di principio circa l'esistenza dei controlimiti, la Corte di Lussemburgo è apparsa agli occhi di larga parte della dottrina – sia pure, per vero, solo in alcuni sporadici casi – poco sensibile alla necessità di gestire con cautela il principio del primato. Come se il “*fintantoché*” (*solange*) che condizionava la cessazione dell'esercizio della giurisdizione del Tribunale costituzionale tedesco (e delle Corti sorelle mutuatarie della sua giurisprudenza in tema di controlimiti) sulla applicabilità del diritto europeo fosse stata letta alla stregua di un'apertura di credito definitiva; come se cioè la suddetta “*congiunzione temporale*” avesse perso il suo connotato di precarietà, così da indurre a ritenere che le suddette Corti avessero aderito a una concezione dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali da esse in realtà mai condivisa, e men che meno in questo momento storico, contrassegnato come detto da una intrinseca debolezza dell'Unione, da una caduta di quei generalizzati consensi che sino al primo decennio del nuovo secolo ne avevano accompagnato la progressiva crescita.

Il rischio è allora quello che, onde evitare una incondizionata “tirannica” affermazione” del principio del primato<sup>158</sup>, le suddette Corti possano essere indotte ad arginarne le conseguenze eventualmente discendenti dai singoli casi concreti sottoposti ai giudici di Lussemburgo:

---

<sup>157</sup> Cfr., in particolare, *BVerfG*, 15 dicembre 2015, par. 40 ss.

<sup>158</sup> È l'espressione usata da Antonio Ruggeri in *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, cit., par. 4, nt. 38. L'a. tende a riscontrare questa forma di “tirannia”, in particolare, nelle sentenze della Corte di giustizia *Melloni* (26 febbraio 2013, causa C-399/11) e *Taricco* (cfr. *supra*, *sub* par. 1, nt. 17), sulle quale si avrà modo di ritornare in seguito.

non più solo evocando l'astratta esistenza dei controlimiti, ma facendone concretamente uso. Questo è appunto accaduto, nel peggiore dei modi, in occasione della già ricordata sentenza della Corte costituzionale ceca del 2012<sup>159</sup>; questo si è rischiato accadesse con la summenzionata sentenza del 15 dicembre 2015 della Corte di Karlsruhe<sup>160</sup> in tema di mandato di arresto europeo<sup>161</sup>; questo, infine, taluni pensano o addirittura auspicano possa accadere in Italia in relazione alla ormai prossima sentenza della Corte costituzionale relativa al caso *Taricco*<sup>162</sup>.

Per evitare che il “dialogo tra le Corti” degeneri in aperto conflitto occorrerà molta saggezza e prudenza da parte di tutti: sia da parte delle Corti nazionali, che non dovrebbero elevare a bandiera imprescindibile del proprio ordinamento singole, specifiche evoluzioni di taluni principi e diritti sostanzialmente esorbitanti il nucleo duro della propria Carta Suprema<sup>163</sup>; sia da parte della Corte di giustizia, alla quale la convinzione della assoluta vincolatività delle proprie statuizioni dovrebbe infondere non pregiudicatezza, ma semmai prudenza.

Equilibrio e senso della misura sono, insomma, le doti essenziali richieste alle Corti nazionali e alla Corte di giustizia: le prime sono chiamate a individuare i tratti imprescindibili dei loro sistemi costituzionali e a vegliare a che questi (e questi soli) non vengano stravolti dal diritto dell'Unione così come interpretato a Lussemburgo; la seconda chiamata a operare quella delicatissima operazione consistente nel bilanciamento tra il principio del rispetto delle identità costituzionali nelle sue diverse declinazioni (come visto, ormai da tempo assurdo anch'esso a principio generale del diritto dell'Unione) e taluni tradizionali principi dell'ordinamento UE a carattere più specificamente ‘comunitaristico’, quali quelli di proporzionalità, del primato, dell'unità e dell'effetto diretto del diritto UE, della leale cooperazione dei Paesi membri. Attraverso queste operazioni, tra loro potenzialmente confliggenti, di individuazione del nucleo

---

<sup>159</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 144 e 146.

<sup>160</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 110.

<sup>161</sup> In effetti, in tale sentenza il *Bundesverfassungsgericht* avrebbe verosimilmente fatto ricorso ai controlimiti nel caso in cui non fosse riuscito a leggere la normativa UE sul MAE conformemente alle esigenze della propria giurisprudenza sul controllo di identità costituzionale.

<sup>162</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 1, nt. 17.

<sup>163</sup> Il che significa, essenzialmente, non utilizzare i controlimiti per realizzare una sorta di “inversione del primato”, così come invece – secondo una attenta dottrina – sarebbe accaduto nell'ambito della sentenza *Lissabon* del Tribunale costituzionale tedesco. Sul punto cfr., in particolare, P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, cit., 75 ss.; F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, cit.

residuo di sovranità statale e di bilanciamento tra principi interni ed europei, infatti, le Corti nazionali e la Corte di giustizia contribuiscono all'evoluzione del sistema giuridico UE nel tendenziale rispetto sia di strutture e diritti fondamentali nazionali anch'essi in perenne evoluzione, sia delle esigenze dell'Unione, non sempre perfettamente collimanti con quelle dei singoli Paesi membri.

Parafrasando Roberto Bin<sup>164</sup>, la vera sfida sembra allora essere quella di far sì che le Corti nazionali e la Corte di giustizia dismettano i panni di "Dei gelosi" nel custodire i lineamenti originari dei propri ordinamenti, per accettare di aprirsi alle reciproche fonti onde, come sostiene Antonio Ruggeri, "attingere quanto di meglio [tali fonti] sono in grado di offrire al servizio dei diritti"<sup>165</sup>. Per quanto concerne l'Unione europea, un segnale di apertura in tal senso può forse rinvenirsi già nelle conclusioni che – come ricorda Henri Labayle<sup>166</sup> – l'avvocato generale Miguel Poiares Maduro presentò oltre dieci anni fa alla Corte di giustizia nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione effettuato dal tribunale di Genova<sup>167</sup>. In queste conclusioni, infatti, l'avvocato generale è parso abbandonare le posizioni più intransigenti della Corte di giustizia, sino a sostenere che spetta ai giudici costituzionali nazionali definire le peculiarità dell'ordinamento interno riconducibili al concetto di "identità costituzionale" degli Stati membri<sup>168</sup>. Attualmente, emergono indizi dai quali sembra possibile desumere che la stessa Corte di giustizia, dopo la rigida posizione assunta con la sentenza *Melloni*<sup>169</sup>, sia attenta a non insistere troppo sulla teoria monista e sulla assolutezza del primato delle fonti UE. Un segnale di questo tipo può forse cogliersi nel fatto che la

<sup>164</sup> *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, cit., 363.

<sup>165</sup> *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, cit., par. 5.

<sup>166</sup> *L'identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l'Union européenne?*, cit., par. I, lett. B).

<sup>167</sup> Conclusioni 20 settembre 2005, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, par. 40.

<sup>168</sup> Così, testualmente, il succitato par. 40: "Indubbiamente, alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici costituzionali, deve riconoscersi la responsabilità di definire la natura delle caratteristiche nazionali particolari che possono giustificare tale differenza di trattamento. Esse si trovano difatti nella posizione migliore per definire l'identità costituzionale degli Stati membri che l'Unione europea si è imposto di rispettare".

<sup>169</sup> Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Tale sentenza è stata ritenuta da una parte della dottrina non sufficientemente capace di "prendere in considerazione le ragioni dell'altro" [cioè del sistema costituzionale spagnolo]: A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in A. RUGGERI, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. XVII, *Studi dell'anno 2013*, Torino, 2014, 88.



suddetta Corte, trincerandosi dietro a una dichiarazione di irricevibilità, non abbia risposto a un ricorso nel quale il giudice del rinvio<sup>170</sup> le chiedeva esplicitamente se il principio del primato si estendesse anche ai fondamentali principi costituzionali nazionali<sup>171</sup>.

In conclusione, dall'esame delle giurisprudenze delle Corti nazionali e della Corte dell'Unione, quello che sembra progressivamente delinearsi è un originale percorso circolare nel quale, in un generale contesto caratterizzato dalla perenne provvisorietà del processo di integrazione europea, nessuna Corte può dirsi assolutamente certa di avere l'ultima parola.

## 6. *I controlimiti al diritto UE nel panorama dottrinale*

Si è già avuto modo di ricordare brevemente le incertezze e i contrasti correlati alla teoria dei controlimiti non solo ma specialmente quando richiamata con riferimento al diritto UE; di sottolineare le sue variegate forme di recepimento nelle fonti normative dei singoli Stati membri e dell'Unione stessa; di descrivere – sia pure per sommi capi – la diversa accoglienza ad essa riservata dalle giurisprudenze costituzionali ed europea.

Di tanto in tanto, nel corso dell'esposizione, hanno fatto capolino anche le controversie dottrinali che il tema in questione solleva e che qui verranno brevemente riprese. Occorre infatti premettere che in dottrina non esiste nessun aspetto della teoria in oggetto sul quale sia possibile riscontrare una anche minima uniformità di punti di vista. Circa la esistenza o meno dei controlimiti, circa il loro eventuale carattere essenzialmente teorico<sup>172</sup>, normativo o pratico, circa la loro evoluzione, natura e funzione, circa i soggetti chiamati a utilizzarli<sup>173</sup>, gli studi scientifici non

---

<sup>170</sup> Nel caso di specie, il Tribunale di Bolzano.

<sup>171</sup> Corte di giustizia, sent. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, par. 44. “Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se il principio di primazia del diritto dell'Unione imponga al giudice nazionale di applicare le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di efficacia diretta, disapplicando qualsiasi norma di diritto interno che sia in contrasto con esse, anche se tale norma nazionale sia stata adottata in attuazione dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato membro interessato”.

<sup>172</sup> Sulla ‘infelicità’ del ricorso all'espressione “teoria” con riferimento ai controlimiti, cfr. F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 3.

<sup>173</sup> Se cioè il controllo dei controlimiti “competa ai soli organi nazionali (e, per questa ipotesi, a quali: solo ai tribunali costituzionali? Anche ai giudici comuni? Ora agli uni ed ora agli altri, a seconda dei casi?)” – così A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in *www.diritti-*

riescono a fornire nessuna certezza; anzi, osservati nel loro insieme, altro non fanno se non moltiplicare ed enfatizzare le divisioni già riscontrate a livello normativo e giurisprudenziale.

Forse, l'unica cosa in comune alle numerose e assai diverse concezioni dottrinali sui controlimiti è quella di non conoscere frontiere, di essere cioè trasversalmente presenti in pressoché tutti i Paesi UE. Certamente, non si vuole negare che il complessivo assetto costituzionale di ciascuno Stato possa condizionare il dibattito domestico in argomento; ma resta il fatto che anche in Paesi ove né nella Costituzione né nella giurisprudenza costituzionale i controlimiti trovano accoglienza<sup>174</sup> esistono sostenitori accaniti della opportunità di introdurli in funzione di contenimento degli effetti del diritto europeo sul sistema nazionale; e che persino nei Paesi padri della teoria dei controlimiti sono sempre esistite frange non marginali della dottrina favorevoli al primato assoluto e incondizionato del diritto europeo<sup>175</sup>, primato assoluto di cui la stessa “europeizzazione dei controlimiti” parrebbe, in questa ottica, espressione.

Di primo acchito, quindi, verrebbe fatto di ritenere che a condizionare le tesi di volta in volta accolte non sia tanto il Paese in cui dette tesi si dibattono, quanto piuttosto il settore scientifico di appartenenza degli studiosi in lizza. Al riguardo, parrebbe inevitabile che i cultori del diritto costituzionale e i cultori del diritto europeo abbiano, in argomento, posizioni diverse o addirittura contrapposte; e che gli studiosi afferenti ai settori del diritto d'impronta più spiccatamente statale (primo fra tutti il diritto penale) abbiano un approccio ai controlimiti differente da quello proprio degli studiosi di materie per loro natura più aperte ai processi di europeizzazione e internazionalizzazione (come il diritto commerciale, il diritto agrario, il diritto industriale).

Eppure, a ben vedere, neppure questo è completamente vero: un po' in tutta Europa possono infatti rinvenirsi costituzionalisti rassegnati alla (o, persino, convinti assertori della) esistenza di una Costituzione sovranazionale e al primato incondizionato del diritto europeo; così come esistono europeisti fermi nel ritenere che anche in settori normativi de-

---

*comparati.it*, 5 ottobre 2012 – ovvero competa anche, o esclusivamente, alla Corte di giustizia. Circa la criticabile competenza al riguardo dei giudici comuni cfr., in particolare, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, cit., 9. In merito alla eventuale “manipolazione per via d'interpretazione, abilmente mascherata, per canali sotterranei della giurisprudenza sovranazionale (...) al momento della [sua] implementazione in ambito interno, specie per mano dei giudici comuni”, con conseguente criptica gestione da parte di questi ultimi dei controlimiti. cfr. A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, cit., par. 4.

<sup>174</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 4.1 e 5.1, nt. 83 e 84.

<sup>175</sup> Cfr., limitatamente all'Italia, *supra*, *sub* par. 3, nt. 44.

mandati alla competenza dell'Unione permangano ambiti intangibili riservati alla sovranità statale. A maggior ragione, poi, vi sono penalisti decisi sostenitori di un'eupeizzazione del diritto criminale priva di controlimiti costituzionali o destinata a mantenere questi ultimi nell'ambito degli strumenti meramente virtuali e studiosi di materie particolarmente votate a processi di armonizzazione propensi a un uso alquanto disinvolto di tale strumento.

Appurata dunque l'estrema eterogeneità delle tesi germinate attorno alla teoria dei controlimiti, qui ci si limiterà a focalizzare – senza mai entrare nei dettagli – talune questioni particolarmente problematiche concernenti il catalogo dei controlimiti, la funzione di questi ultimi, gli organi legittimati a utilizzarli e gli effetti derivanti dal loro utilizzo.

### 6.1. *Il catalogo dei controlimiti*

Come sottolineato da Francesco Palazzo, “i controlimiti sono il risultato di un processo dinamico condizionato da molteplici fattori storicamente mutevoli”, tra i quali anche, se non innanzitutto, i “rapporti politico-culturali tra Europa e Stati nella tensione tra forze centripete e forze centrifughe”<sup>176</sup>.

Consapevoli di ciò – già lo si è ricordato – le Costituzioni nazionali e le relative Corti costituzionali in linea di massima si guardano bene dal dettare una precisa lista dei controlimiti; semmai, sulle orme della Legge fondamentale tedesca e della Corte di Karlsruhe, ne individuano varie tipologie tra loro segnate da diversità più o meno profonde<sup>177</sup>. Anche in questo caso, comunque, la discrezionalità delle Corti nazionali permane elevatissima, così da poter modellare liberamente i controlimiti alle ragioni del caso concreto e alle contingenze del momento storico; tant'è che si è visto come proprio il *Bundesverfassungsgericht* riesca ad aggirare in modo agevole gli steccati almeno apparentemente posti dalla Legge Fondamentale in merito al catalogo dei controlimiti<sup>178</sup>.

Ebbene, questo complessivo stato di cose, unitamente ai dubbi favoriti dalla “atipicità” dell'Unione, lasciano la dottrina sostanzialmente libera di ricostruire l'ambito dei controlimiti alla luce della specifica cul-

---

<sup>176</sup> *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 3.

<sup>177</sup> In particolare, con specifico riferimento alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, non può farsi a meno di rilevare che mentre le eccezioni relative alla violazione rispettivamente dei diritti fondamentali e dell'identità costituzionale presentano il dato comune di porsi a salvaguardia di elementi imprescindibili dalla Carta Fondamentale, l'eccezione degli *ultra vires* è concepita per porre rimedio alla inosservanza del principio di attribuzione.

<sup>178</sup> Cfr. *supra*, sub par. 5.1.

tura giuridica e delle intime convinzioni dei singoli studiosi. Per restare all'Italia, che vi è chi – come Enzo Cannizzaro – ritiene ormai superata la concezione tradizionale dei controlimiti al diritto UE<sup>179</sup>; chi – come Francesco Viganò<sup>180</sup> – muovendo dall'idea che la costruzione europea sia un bene prezioso da preservare/rafforzare e che i diritti fondamentali vadano tutelati soprattutto *attraverso* e non *contro* l'Europa, è sostanzialmente convinto della bontà della cautela sinora dimostrata dalla nostra Corte costituzionale; chi – come Antonio Ruggieri – distingue tra controlimiti in senso formale e controlimiti in senso sostanziale, questi ultimi fatti valere per vie sotterranee a carattere manipolatorio o *lato sensu* interpretativo<sup>181</sup>. E poi vi è anche chi – come Massimo Luciani – per via ermeneutica si ingegna a indebolire “il primato del diritto comunitario sulle semplici norme costituzionali”<sup>182</sup> e auspica una Corte costituzionale per nulla restia a mostrare i muscoli per preservare l'identità costituzionale dello Stato<sup>183</sup>; chi – come Omar Chessa<sup>184</sup> – con scopi verosimilmente non troppo dissimili si impegna in costruzioni dogmatiche tese (già lo si è ricordato) a elevare a controlimiti tutte le norme costituzionali a carattere sostanziale<sup>185</sup>; chi, pur meno vistosamente, pare propenso – come Vittorio Manes – a estendere i controlimiti inglobando in essi principi e diritti verosimilmente non rientranti nel nocciolo duro del patrimonio costituzionale<sup>186</sup>.

Certamente, ove si muova dal presupposto secondo cui la garanzia dei principi e diritti di fonte costituzionale costituisce un dato tendenzialmente non modificabile, sarà agevole sostenere che il processo di integrazione europea non debba mai implicare un abbassamento del livello di tutela di tali principi/diritti e dei relativi corollari, con conseguente valorizzazione all'estremo dei controlimiti; viceversa, ove si ritenga che

---

<sup>179</sup> *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., in particolare parr. 4 ss. Cfr. altresì, *supra*, sub par. 3, nt. 53.

<sup>180</sup> *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., *passim*.

<sup>181</sup> *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, cit., par. 4.

<sup>182</sup> *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, cit., 10-11.

<sup>183</sup> *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., *passim*.

<sup>184</sup> Cfr. *supra*, sub par. 3.

<sup>185</sup> Cfr. *supra*, sub par. 3, nt. 45.

<sup>186</sup> *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, in particolare 75. Cfr. altresì, per tutti, V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont.* - *Riv. trim.*, 2012, n. 2, 169.

l'Unione tuteli complessivamente i principi e diritti in modo non meno efficace di quanto facciano i Paesi membri, e che comunque "per il bene dell'Europa" sia opportuno rinunciare per quanto possibile alle peculiarità nazionaliste dei suddetti principi e diritti, non sarà difficile aderire ad una visione quantomeno oltremodo residuale dei controlimiti.

In ogni caso, però, l'estrema articolazione dei diversi punti di vista rende assai difficile procedere a schematizzazioni esaustive. Si può, infatti, essere europeisti convinti e al contempo "ammettere anche l'applicazione di norme nazionali, in deroga al diritto UE" non solo ove esse "rappresentino elementi essenziali della peculiare struttura costituzionale statale", ma altresì "ove rechino livelli più elevati di protezione dei diritti"<sup>187</sup>; così come si può essere intimamente convinti del primato della Costituzione nazionale e dell'irrinunciabile ruolo dei controlimiti e al contempo guardare con estremo sospetto a una loro concreta attivazione, considerata alla stregua di una dichiarazione di guerra dagli esiti imprevedibili<sup>188</sup>. Ma a questo punto, inevitabilmente, il discorso si sposta dal catalogo dei controlimiti alla loro funzione, a sua volta strettamente connessa al modo con cui essi vengono maneggiati, agli organi deputati al loro utilizzo e agli effetti ad essi riconosciuti.

## 6.2. *La funzione dei controlimiti e gli organi legittimati ad applicarli*

Sempre Francesco Palazzo<sup>189</sup> mette in rilievo la duplice visione e funzione dei controlimiti, stante che questi ultimi possono, in estrema sintesi, essere invocati e utilizzati in prospettiva sia "statica" sia "dinamica"<sup>190</sup>.

La prospettiva "statica" concepisce i controlimiti come strumenti di difesa a oltranza del patrimonio costituzionale dei Paesi UE dalle possibili "aggressioni" di un diritto europeo avvertito come insensibile alle

---

<sup>187</sup> A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2. Cfr. altresì, con un certo parallelismo, A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, cit., par. 4.

<sup>188</sup> Cfr., in tal senso, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in questo *Volume*, par. 4, per il quale i controlimiti sono una misura "da minacciare sempre ma attivare mai". Cfr. altresì, per tutti, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., 29.

<sup>189</sup> *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 3.

<sup>190</sup> In una prospettiva non dissimile cfr., per tutti, T. KONSTADINIDES, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order Within the Framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, gennaio 2011, 195 ss.

clausole di identità nazionale contenute nel suo diritto primario; clausole concepite, sempre in questa prospettiva “statica”, come vere e proprie “clausole di rinazionalizzazione” del sindacato sugli atti comunitari<sup>191</sup>.

Per contro, la prospettiva “dinamica” dei controlimiti concepisce questi ultimi come mezzi per consentire agli Stati membri di dialogare – con varietà di toni e specialmente tramite il rinvio pregiudiziale – con l’Unione, in vista del raggiungimento di una soluzione di compromesso che possa da entrambe le parti essere considerata accettabile. In questa seconda prospettiva, già la “minaccia dei controlimiti” – se effettuata in vista appunto della salvaguardia del nocciolo identitario dei Paesi membri, ma con spirito collaborativo e aperto alle ragioni sottostanti al processo di integrazione europea – dovrebbe essere effettuata solo in casi estremi; casi, quindi, meritevoli di essere presi in considerazione dalla Corte di giustizia<sup>192</sup>, così da indurla a bilanciare ragionevolmente, anche alla luce delle situazioni concrete sottoposte alla sua attenzione, i principi/diritti nazionali e quelli dell’Unione. Sempre in questa prospettiva, quindi, solo nel caso estremo in cui nessun accordo si dimostri possibile, le Corti nazionali potrebbero passare dalla minaccia al concreto utilizzo dei controlimiti per opporsi al primato del diritto europeo paralizzandone il suo ingresso nell’ordinamento interno: nella consapevolezza, però, che questo gesto estremo segnerebbe una rottura<sup>193</sup>, inibendo quel virtuoso processo di reciproco ravvicinamento finalizzato a far evolvere, al contempo, i sistemi nazionali e quello europeo in una prospettiva di comune, armoniosa crescita.

Un esame della dottrina europea, di cui questo volume offre un fedele spaccato, consente agevolmente di verificare le divisioni che esistono

---

<sup>191</sup> Così, sia pure con specifico riferimento all’art. 53 CDFUE, G. DE AMICIS, *All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato d’arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il “caso Melloni”*. Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di giustizia, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013, 23.

<sup>192</sup> Merita di essere ricordato che prima del Trattato di Lisbona (e prima della ord. 103/2008 con cui per la prima volta la Corte costituzionale italiana ha assunto il ruolo di giudice del rinvio alla Corte di giustizia ai sensi dello – allora vigente – art. 234 TCE) un’auto-revole dottrina aveva affermato essere indubbio “che la CGCE si dimostrerebbe assai sensibile alle implicazioni, sulle Costituzioni degli Stati membri, delle questioni interpretative ad essa sottoposte, soprattutto se sollevate da una Corte costituzionale”: A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, cit., con rinvii (nt. 35) ad analoghe affermazioni di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 129; D. GRIMM, *La Cour européenne de justice et les juridictions nationales, vues sous l’angle du droit constitutionnel allemand*, in [www.conseilconstitutionnel.fr/cabiers/ccc4/ccc4grim.htm](http://www.conseilconstitutionnel.fr/cabiers/ccc4/ccc4grim.htm), 6.

<sup>193</sup> Una rottura, peraltro, più o meno profonda a seconda degli effetti riconosciuti all’attivazione dei controlimiti; effetti che verranno ricordati nel prosieguo di questo stesso paragrafo.

al suo interno tra fautori più o meno accesi delle concezioni “statico-difensiva” ovvero “dinamico-dialogica” or ora ricordate. Tuttavia, la seconda concezione sembra senz’altro preferibile alla prima<sup>194</sup>, la quale appare appunto volta non a cercare un’intesa, ma a salvaguardare sempre e comunque i principi/diritti fondamentali a carattere domestico; e a salvaguardarli, non di rado, anche al di là del loro “nucleo irrinunciabile”, facendoli sistematicamente prevalere sulle fonti UE risultanti non in piena sintonia con essi. In effetti, sottrarre i suddetti principi/diritti di origine nazionale ad ogni bilanciamento in nome di un astratto ideale difensivo di “massima tutela” significherebbe trasformarli in strumenti espressivi di un patriottismo costituzionale dimentico del fatto che in ambito UE “l’apertura all’altro” costituisce un “vero e proprio principio di struttura delle relazioni interordinamentali”<sup>195</sup>; dimentico, insomma, del fatto che la costruzione europea avviene al prezzo di continue, reciproche concessioni necessarie al perseguimento di un comune, generalizzato progresso. Senza contare che un siffatto atteggiamento avrebbe come conseguenza la polverizzazione degli *standard* di tutela applicabili in relazione a ciascun principio/diritto fondamentale operante nei singoli Paesi membri limitatamente agli ambiti normativi interni “attuativi del diritto dell’Unione”<sup>196</sup>. Si addiverrebbe così alla sconfitta della costruzione europea proprio in relazione al suo momento più qualificante, quello consistente appunto nella elaborazione/applicazione di principi e diritti fondamentali comuni. In buona sostanza, quindi, aderire alla concezione difensiva dei controlimiti significa essere, almeno tendenzialmente, contro l’Unione europea così come concepita già dai suoi padri fondatori; cioè contro la costruzione *in progress* di una organizzazione sovranazionale nell’ambito della quale, oggi, “non può più esservi la sovranità indiscussa, solitaria, della Costituzione [nazionale] quale *fons fontium*, unico punto da cui l’intero sistema positivo si tiene”<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Cfr., diffusamente, F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., in particolare par. 5; G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., par. 1: “Vale la pena qui chiarire un altro punto su cui si tornerà in sede di trattazione: i controlimiti e i conflitti in generale non devono essere concepiti in chiave meramente difensiva/oppositiva, al contrario (...) possono fungere da incentivo per cooperare”.

<sup>195</sup> A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, cit., in particolare 403.

<sup>196</sup> In merito all’estensione dei suddetti ambiti normativi cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 112.

<sup>197</sup> S. GAMBINO, *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 1057.

Tutto quanto sin qui detto vale ovviamente solo se – pur nella consapevolezza che, con l'evolversi dei Trattati e la progressiva “europeizzazione dei controlimiti”<sup>198</sup>, la relativa teoria deve essere profondamente ripensata<sup>199</sup> – con Cristiano Cupelli e con la dottrina maggioritaria si accolga la tesi secondo la quale i controlimiti mantengono (in tutto o almeno in parte) la loro originaria dimensione “nazionalistica”<sup>200</sup>; si accolga, dunque, la tesi secondo la quale i controlimiti continuano a rimanere nella disponibilità delle Corti costituzionali nazionali<sup>201</sup>, così da poter essere utilizzati – a seconda delle diverse concezioni accolte, in prospettiva per l'appunto “statica” ovvero “dinamica” – per sottrarre i tratti fondamentali dell'ordinamento interno alla incondizionata supremazia delle fonti UE e dei suoi interpreti “centralizzati”<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 3, nt. 50 e par. 5.1, nt. 128.

<sup>199</sup> Sul punto cfr., in particolare, F. VECCHIO, *Primato del diritto europeo e identità costituzionali: le implicazioni dogmatiche dell'europeizzazione dei controlimiti*, Roma, 2011. Cfr. altresì, tra i tanti, B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, cit., 152 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, nonché in *www.forumcostituzionale.it*; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, cit., 848 ss.

<sup>200</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in questo *Volume*, par. 6: “L'europeizzazione dei controlimiti (...) potrebbe altresì attivare ulteriori rimedi, tanto in sede normativa quanto giurisdizionale, consentendo la tutela massima dei diritti e delle libertà derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri dinanzi ad eventuali ‘abbassamenti, ad opera di interventi normativi europei, dello standard delle garanzie stabilite dal diritto nazionale’” (S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 928).

<sup>201</sup> Con la precisazione, però, che la rigida contrapposizione tra competenza dei giudici interni ovvero della Corte di giustizia in tema di controlimiti sembra trovare una sorta di momento di sintesi nel caso in cui i primi (anche se giudici costituzionali) ricorrano in via interpretativa alla seconda: ricorso non già finalizzato a ottenere informazioni in ordine al reale significato di una norma UE di cui si sospetta il contrasto coi principi e diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale rimesso al loro apprezzamento, ma effettuato per sapere se, in nome del principio del rispetto delle proprie fondamentali tradizioni costituzionali, gli organi nazionali possano o meno sottrarsi ai vincoli loro imposti da una fonte normativa dell'Unione da essi ritenuta contraria a queste tradizioni.

<sup>202</sup> Cfr., al riguardo, con varietà di accenti, le osservazioni di B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona: tra riserva di competenze statali e “controlimiti europeizzati”*, cit., 154 ss.; O. POLLICINO, *Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie*, cit.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, cit., 207 ss. Ciò significa ribadire una lettura del principio del primato del diritto europeo “costituzionalmente orientata” in prospettiva do-



Si è peraltro in precedenza ricordato<sup>203</sup> che, per una parte della dottrina oltreché per la Corte di giustizia, i controlimiti coinciderebbero ormai con le clausole di identità nazionale previste nei Trattati e nella Carta europea dei diritti, con conseguente mutamento degli organi deputati ad azionarli: non più (o non tanto) le Corti nazionali, quanto essenzialmente la Corte di giustizia<sup>204</sup>, unico organo deputato all'interpretazione e alla salvaguardia del diritto dell'Unione.

Ebbene, anche in questo caso si riproporrebbe, sia pure con “effetto specchio”, l'alternativa tra una “concezione statico-difensiva” e una “concezione dinamico-dialogica” dei controlimiti. In base alla prima concezione, la “europeizzazione dei controlimiti” costituirebbe una preziosa occasione per assoggettare le clausole di identità nazionale a processi interpretativi e di bilanciamento<sup>205</sup> effettuati esclusivamente a difesa delle istanze integratrici dell'Unione, così da determinare – sia pure nei soli settori normativi di competenza UE – un processo “centripeto” di standardizzazione su scala europea dei principi e diritti fondamentali dei Paesi membri; processo rispetto al quale questi ultimi non potrebbero in nessun modo opporsi, avendo appunto accettato, con la ratifica dei Trattati, che sia la Corte di giustizia l'organo deputato all'implementazione delle suddette clausole.

---

mestica: cfr., in particolare, M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *www.giustamm.it*, 10; A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, cit. Cfr., altresì, da ultimo, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in questo Volume, par. 7; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., par. 4, per il quale “l'art. 4.2 del TUE si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti”; nonché, sia pure in toni più sfumati, F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 2.

<sup>203</sup> Cfr., anche in questo caso, *supra*, sub par. 3, nt. 50 e par. 5.1, nt. 128.

<sup>204</sup> Cfr., peraltro con prese di posizione non coincidenti, S. GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 6, 20 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, cit.; ID., *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Quad. eur.*, 2010, n. 19, 12-13. In questo senso cfr. altresì G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, cit., 849 ss.; D. TEGA, *L'attualità della teoria dei controlimiti dopo il Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, a cura di A.M. Carmona Contreras, Cizur Menor, par. 1, e bibliografia riportata alla nt. 7; R. CAPONI, *Addio ai “controlimiti” (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione tra le corti)*, Relazione al II Workshop di diritto internazionale e dell'Unione (Venezia, 8-9 aprile 2011, in particolare 10 ss.

<sup>205</sup> Sulla distinzione tra interpretazione e bilanciamento cfr., fondamentalmente, R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

In base alla seconda concezione, viceversa, la suddetta “europeizzazione” affiderebbe sì i controlimiti alle cure dei giudici di Lussemburgo, ma al contempo imporrebbe a questi ultimi di prestare maggiore attenzione a quelle istanze identitarie degli Stati membri ormai iscritte nel diritto primario dell’Unione, onde conciliare quanto più possibile il processo di costruzione europea con la salvaguardia del nucleo imprescindibile degli ordinamenti nazionali.

Ancora una volta, comunque, per il bene non solo dei Paesi membri ma della stessa Unione, la preferenza dovrebbe andare alla concezione “dinamico-dialogica”. Ove infatti i giudici di Lussemburgo fossero fondamentalmente disinteressati alla salvaguardia dei particolarismi propri del nucleo imprescindibile dei sistemi costituzionali nazionali e si dimostrassero sordi di fronte al “pericolo di una riduzione delle diversità e del pluralismo”<sup>206</sup>, nei Paesi membri risulterebbero più che prevedibili fenomeni di rigetto d’impronta spiccatamente nazionalista. Più esplicitamente, una forzata soluzione per via centralizzata delle tensioni fra tradizioni costituzionali nazionali e fonti sopranazionali volta sistematicamente a privilegiare le seconde sulle prime porterebbe verosimilmente – in barba a ogni processo di vera o presunta “europeizzazione dei controlimiti” – non solo a una loro riappropriazione da parte delle Corti costituzionali, ma addirittura a un loro utilizzo proprio in quella prospettiva autarchico-defensionista che (quantomeno per i sostenitori dell’avvenuta devoluzione alla Corte di giustizia dei controlimiti) i Trattati si erano prefissi di disinnescare attraverso, appunto, la progressiva previsione al loro interno di clausole d’identità nazionale.

Ove invece la Corte di giustizia, pur nel perseguimento dei suoi obiettivi comunitaristici, si dimostrasse attenta ai segnali contenuti nei Trattati e nella CDFUE in ordine all’importanza di preservare il nucleo identitario ultimo degli Stati membri, i “controlimiti affidati alla Corte di giustizia” incontrerebbero minori ostacoli da parte delle Corti costituzionali e potrebbero proficuamente costituire un “elemento di integrazione fra gli ordinamenti”<sup>207</sup>, vale a dire tra i singoli ordinamenti nazionali e l’ordinamento dell’Unione. In tal modo, forse e col tempo, si potrebbe arrivare persino alla abdicazione del momento più alto del costituzionalismo nazionale, costituito appunto dalla tutela dei diritti fondamentali

---

<sup>206</sup> S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, cit., 6.

<sup>207</sup> Cfr. – sia pure con riferimento alle norme del Trattato costituzionale europeo del 2004 in tema di limiti costituzionali nazionali alla *primauté*, poi riprese dagli artt. 4.2 TUE e 67.1 TFUE – A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, cit., 2. Cfr., altresì, con specifico riferimento all’assetto normativo successivo al Trattato di Lisbona, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, cit., 6.

da parte dei giudici delle leggi; anche se, invero, per ora proprio queste ultimi sembrano essere i soggetti più idonei a dialogare coi giudici di Lussemburgo, negoziando con loro il modo migliore per appianare le tensioni e smussare le differenze.

### 6.3. *Il dialogo fra le Corti tramite il procedimento pregiudiziale e i controversi effetti connessi all'eventuale applicazione dei controlimiti*

Per quanto sin qui visto, appare indubbio che in dottrina si riscontrino posizioni molto lontane tra loro in ordine alle funzioni dei controlimiti e agli organi cui essi sono affidati. Anche se, invero, la rigida contrapposizione in tema di controlimiti tra competenza dei giudici interni ovvero di quelli europei sembrerebbe trovare una sorta di momento di sia pur parziale sintesi nel caso in cui le Corti nazionali effettuino un rinvio pregiudiziale d'interpretazione ovvero di validità alla Corte di giustizia: rinvio finalizzato sia a ottenere informazioni in ordine al reale significato di una norma UE di cui si sospetta il contrasto coi principi e diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale; sia a sapere se, in nome del principio del rispetto delle proprie fondamentali tradizioni costituzionali, gli organi nazionali possano o meno sottrarsi – tramite il meccanismo del bilanciamento – al principio del primato, vale a dire ai vincoli loro imposti da una fonte normativa dell'Unione da essi ritenuta contraria alle suddette tradizioni<sup>208</sup>; sia a sentir dichiarare l'avvenuta violazione delle clausole di identità nazionale da parte di atti dell'Unione ritenuti incompatibili col nucleo duro del patrimonio costituzionale dello Stato; sia infine, *tout court*, a veder riconosciuta la nullità di atti dell'Unione varati al di fuori delle competenze di quest'ultima. Orbene, in tutti i succitati casi il rinvio alla Corte di giustizia potrebbe essere formulato in modo tale da sottendere la minaccia di disseppellire e attivare i controlimiti (più esplicitamente, i controlimiti “non-europeizzati”) nel caso in cui la risposta della Corte di giustizia venisse ritenuta non rispettosa della riserva di sovranità nazionale sottesa alla teoria dei controlimiti (intesa in senso ampio, così da ricomprendere in essa il controllo *ultra vires* fondato sul principio delle competenze di attribuzione).

Del resto, l'osservazione di quanto avviene a livello di diritto vivente sembrerebbe rivelare che, se da un lato l'inserimento delle clausole di identità nazionale all'interno dei Trattati consente di fatto la presa in esame dei controlimiti da parte della Corte di giustizia, dall'altro lato molte Corti costituzionali appaiono tutt'altro che disponibili a spogliarsi

---

<sup>208</sup> Per un caso di quest'ultimo tipo cfr., *infra*, *sub* par. 12.

del controllo su di essi. Così come, più nello specifico, se per un verso la Corte di giustizia resta convinta che le spetti l'ultima parola in merito alla legittimità delle fonti UE sotto il profilo del rispetto delle competenze attribuite all'Unione, per altro verso talune Corti costituzionali appaiono oggi meno che mai disposte a spogliarsi del controllo *ultra vires*, il quale muove dal presupposto secondo cui se è vero che le competenze dell'Unione sono quelle attribuite dai Trattati, è anche vero che di questi ultimi gli Stati membri restano i 'signori'.

La speranza è allora quella che la contestuale competenza della Corte di giustizia e delle Corti nazionali sui controlimiti consenta di valorizzare la dimensione "dialogica", "cooperativa" e "integratrice" di questi ultimi, e in particolare dei principi e diritti fondamentali. In tale prospettiva – accolta da Antonio Ruggeri e, sia pure con varietà di accenti, da larga parte della dottrina<sup>209</sup> – la Corte di giustizia finirebbe verosimilmente non già col sottrarre tali principi e diritti alla protezione loro assicurata a livello nazionale, ma col "mettere in campo risorse *aggiuntive e preventive* di tutela, che nulla tolgono alle garanzie attivabili in ambito interno"<sup>210</sup> e che risulterebbero espressive della "*struttura internamente composita*"<sup>211</sup> sia dell'Unione europea sia dei Paesi membri.

Da ultimo – abbandonando l'atteggiamento ottimistico volto a ritenere che, anche grazie al rinvio pregiudiziale e al relativo "dialogo" imbastito attraverso di esso, le fonti e la giurisprudenza dell'Unione non possano mai arrivare a confliggere radicalmente con le diverse "riserve di sovranità" elaborate dalle Corti nazionali – occorre interrogarsi sugli effetti derivanti dalla eventuale accertata violazione dei controlimiti da parte di queste ultime. Ancora una volta – complici le differenze tra i singoli ordinamenti nazionali – le posizioni della dottrina al riguardo risultano tutt'altro che univoche. Qui ci si limiterà ad osservare che non può certo dirsi superato il dibattito tra le tesi orientate a privilegiare la soluzione radicale consistente nella revoca dell'adesione all'Unione<sup>212</sup>, ovvero tese a optare per le diverse possibili forme di disapplicazione della fonte

---

<sup>209</sup> Cfr., per tutti e con ulteriori riferimenti bibliografici, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, cit., 3; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, cit., 174 ss.

<sup>210</sup> A. RUGGERI, *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, cit., par. 4.

<sup>211</sup> *Ivi*.

<sup>212</sup> Secondo quanto sostenuto dalla Corte costituzionale italiana nella già citata sentenza 183 del 1973; sentenza in base alla quale, in caso di contrasto di una fonte UE con i controlimiti nazionali, il giudizio di costituzionalità dovrebbe riguardare la legge italiana di esecuzione del Trattato (allora) CEE. Successivamente, questa tesi è stata ribadita, tra l'altro, da Cass., 3 ottobre 1997, n. 9653.

(normativa o giurisprudenziale) UE considerata illegittima<sup>213</sup>; anche perché la scelta tra queste due soluzioni potrebbe essere significativamente condizionata dal tipo di fonte europea (fonte primaria, di diritto derivato, giurisprudenziale) contrastante con la struttura fondamentale dell'identità nazionale e dal tipo di violazioni (più o meno macroscopiche, più o meno reiterate) che essa comporta. Al di là di ciò, è peraltro intuitivo che la prima di tali soluzioni si rivela così “apocalittica” nei risultati e così incerta nelle modalità procedurali<sup>214</sup> da sottendere, più ancora che l'eccezionalità, la pressoché sostanziale inapplicabilità dei controlimiti<sup>215</sup>, del resto a più riprese sottolineata, in particolare, dalla dottrina italiana<sup>216</sup>. La seconda soluzione, viceversa, nell'ipotizzare contenziosi circoscritti, vertenti su questioni di indubbio rilievo ma al contempo non

---

<sup>213</sup> Disapplicazione in Italia verosimilmente ottenibile attraverso una declaratoria d'incostituzionalità della legge italiana di esecuzione dei Trattati comunitari, “nella parte in cui” consente l'adozione di una data fonte normativa UE o la pronuncia di una data sentenza della Corte di giustizia.

<sup>214</sup> Al riguardo infatti, limitatamente all'ordinamento italiano, non si è mancato di rilevare che non era dato sapere se l'estinzione di efficacia dei Trattati a seguito dell'attivazione dei controlimiti “sarebbe derivata direttamente da una pronuncia della Corte costituzionale o avrebbe richiesto un atto delle istituzioni politiche nazionali (Governo e/o Parlamento)” U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, cit., par. 4. In ogni caso, come dimostrato in modo lampante dalla contestata sentenza del 3 novembre 2016 dell'Alta Corte di giustizia del Regno Unito (ai sensi della quale il Governo, a seguito dal referendum sulla *Brexit* non potrà invocare autonomamente all'articolo 50 TUE in tema di recesso dall'Unione senza che prima il Parlamento confermi l'esito del suddetto referendum, dato che quest'ultimo aveva solo valore consultivo) le incertezze circa le modalità attraverso cui ritirarsi dall'Unione non si riscontrano solo nell'ambito del sistema italiano. Addirittura, per restare ai problemi posti dalla *Brexit*, la stessa decisione dell'Alta Corte di oltremarica è ancora in dubbio, dato che il Governo britannico ha già annunciato che appellerà la suddetta decisione.

<sup>215</sup> De resto, nell'ottica della più volte ricordata sent. *Frontini* del 1973, l'affermata competenza della nostra Corte costituzionale a sindacare la “perdurante compatibilità del Trattato” con i principi e diritti fondamentali di matrice costituzionale muoveva dal presupposto secondo cui “i controlimiti dell'ordinamento italiano potrebbero operare non nel caso di una singola violazione determinata da un atto (quale un regolamento) comunitario, ma solo in quella, più grave e improbabile, di una contraddizione del sistema comunitario nel suo complesso con i suddetti principi o diritti fondamentali”: U. VILLANI, *I “controlimiti” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, cit., par. 4.

<sup>216</sup> Sul carattere essenzialmente speculativo della dottrina dei rimedi in caso di contrasto tra diritto UE e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana cfr., per tutti, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, cit., 2; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 194, ntt. 295 e 208; nonché, quasi vent'anni fa, lo stesso M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in *Storia d'Italia, Annali*, vol. 14, *Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, 1998, 1025, per il quale “la riserva di controllo di costituzionalità sostanzialmente si qualifica come una sorta di *arma finale*, che c'è – potremmo dire – per non essere mai *declanchée*”.

tali da segnare irrimediabilmente i destini dell'Unione, appare più idonea a fare dei controlimiti un efficace strumento dialettico nell'ambito del processo di costruzione europea; in definitiva, a fare di essi uno strumento praticabile (sia pure in casi del tutto eccezionali) e forse, nella sua 'schiettezza', addirittura preferibile al permanere di tensioni insolite<sup>217</sup>. Per certi versi, poi, l'attivazione dei controlimiti potrebbe risultare preferibile anche al ricorso a forme di contestazione più sotterranee e subdole. Si allude, beninteso, al ricorso ai già ricordati "controlimiti sottotraccia"<sup>218</sup> da parte dei giudici comuni, col quale si può giungere a paralizzare o 'deformare' gli effetti dell'atto o della sentenza UE, in particolare attraverso interpretazioni "non conformi"<sup>219</sup> dell'uno o dell'altra.

## SEZIONE SECONDA

## CONTROLIMITI E DIRITTO PENALE EUROPEO

7. *Il diritto penale tra concezioni autarchiche e processi di europeizzazione*

È indubbio che, specie in questi ultimi anni, il dibattito sui controlimiti è divampato soprattutto con riferimento a fonti e sentenze dell'Unione in materia penale da molti ritenute in rapporto di più o meno evidente tensione con i principi e diritti fondamentali di taluni Paesi membri, e più in generale con le diverse e a più riprese citate clausole di identità nazionale<sup>220</sup>. Del resto non può certo sorprendere che, in prospettiva di salvaguardia di tali clausole, il fuoco dell'attenzione si sia concentrato su testi e pronunce di origine sovranazionale concernenti la suddetta materia: come si sa, "il diritto penale costituisce (...) il ramo del diritto d'impronta più spiccatamente statuale, nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale"<sup>221</sup>; rientra quindi nel naturale alveo dei controlimiti "quell'insieme di limiti e garanzie che caratterizzano il sistema penale di uno Stato

---

<sup>217</sup> Cfr., in tal senso, F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 2.

<sup>218</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 83 e par. 6.1, nt. 181.

<sup>219</sup> Cfr., da ultimo ed esemplificativamente, Cass. pen., sez. III, sent. 24 ottobre 2016, n. 44584/16, cit.

<sup>220</sup> Cfr., in particolare, *supra*, *sub* par. 4.2, ntt. 74-75 e par. 5.1, nt. 150.

<sup>221</sup> A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999, 42-43.

di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà”<sup>222</sup>.

Più in generale, è notoria la gelosia degli Stati in ordine alle loro prerogative penali. Tant'è che, nonostante l'evidente esigenza di dare vita in sede europea a processi settoriali di armonizzazione dei precetti e delle sanzioni, e nonostante l'assai più agevole realizzabilità di siffatti processi su iniziativa dell'Unione anziché degli Stati<sup>223</sup>, i Paesi UE si sono dimostrati particolarmente restii a spogliarsi, anche in piccola parte, della loro sovranità in ambito penale e financo in ambito punitivo-amministrativo; ambito, quest'ultimo, peraltro il più delle volte rientrando anch'esso nel concetto di “materia penale” ai sensi della CEDU<sup>224</sup>, e dunque almeno tendenzialmente improntato agli stessi principi che operano in ambito criminale.

In estrema sintesi, si può affermare che le resistenze dimostrate dagli Stati membri hanno riguardato sia la cessione per via legislativa delle proprie competenze penali e più in generale sanzionatorie nei confronti delle organizzazioni sovranazionali, sia il conferimento o l'ampliamento per via interpretativa di tali competenze all'Unione. Occorre inoltre aggiungere che, una volta venute progressivamente meno tali resistenze, con conseguente rinuncia da parte degli Stati ad ambiti sempre più vasti delle loro competenze *stricto sensu* penali e *lato sensu* sanzionatorie, una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza non ha mancato di criticare anche aspramente l'uso concretamente fatto dall'Unione delle attribuzioni penali ad essa trasferite, sino ad ipotizzare la violazione di taluni principi e diritti fondamentali in materia penale da parte tanto del legislatore europeo quanto della Corte di giustizia.

---

<sup>222</sup> Cfr. G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano 2013, 733.

<sup>223</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, 193 ss.; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: profili ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.

<sup>224</sup> Sul punto cfr., in particolare, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, diretto da M. Delmas-Marty, in *Rev. sc. crim.*, 1987, 819 ss. Come noto, la finalità primaria perseguita attraverso l'adozione di una nozione autonoma e allargata di “materia penale”, non coincidente con la nozione accolta nei singoli sistemi nazionali, è quella di evitare un aggiramento delle garanzie processuali previste dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Aggiramento altrimenti facilmente realizzabile, da parte degli Stati, attraverso una criticabile, artificiosa depenalizzazione di taluni illeciti “sostanzialmente penali” per i quali continuassero ad essere previste sanzioni caratterizzate da un significativo livello di afflittività.

8. *“I limiti prima dei controlimiti”: la ritrosia degli Stati europei rispetto alla cessione di quote di competenze “in materia penale” alle organizzazioni sovranazionali*

La tendenza dei Paesi europei a riservare a sé il monopolio dello strumentario sanzionatorio e della scelta dei comportamenti meritevoli d'essere puniti è cosa troppo nota per essere qui esaminata nei dettagli. Basterà allora ricordare che al sorgere, nel secondo dopoguerra, delle organizzazioni sovranazionali regionali non ha corrisposto un'ampia devoluzione ad esse di competenze punitive; cosicché tale devoluzione è rimasta per lungo tempo circoscritta alle sole ipotesi, a carattere meramente amministrativo, espressamente previste in talune norme del Trattato CECA<sup>225</sup> e nelle norme comuni sulla concorrenza contenute nel Trattato CEE<sup>226</sup>.

Particolarmente sofferta è stata poi l'accettazione da parte di questi Paesi di condividere anche in minima parte con le suddette organizzazioni la determinazione dei comportamenti da considerarsi penalmente rilevanti e l'individuazione delle pene ad essi più appropriate: tant'è che, addirittura, per lungo tempo sia la dottrina sia la giurisprudenza dei Paesi in questione hanno sottostimato le forme di incidenza esercitate dalle fonti comunitarie extrapenali sul diritto penale nazionale in virtù dei principi del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo. In particolare, in nome del principio di riserva di legge in materia penale, queste forme di incidenza sono state ostacolate con particolare vigore allorché esse comportavano una estensione degli ambiti del penalmente rilevante<sup>227</sup>. A maggior ragione, ovviamente, alla (allora) Comunità economica era inibito varare, in qualsiasi settore normativo, testi espressivi di una qualche, sia pur genericissima, competenza penale europea.

Quando infine, col Trattato di Maastricht, si stabilì che i tempi erano maturi per dar vita a una politica criminale a carattere sovranazionale, vennero poste in essere speciali cautele onde limitare quanto più possibile – a livello sia teorico sia pratico – le quote di competenza penale sottratte ai Paesi UE. In particolare, non solo si stabilì di circoscrivere al massimo gli ambiti normativi demandati alla competenza penale concorrente dell'Unione, non solo si ancorò questa competenza al ri-

---

<sup>225</sup> Cfr. gli artt. 47 comma 3, 54, comma 6, 58 par. 4, 59 par. 7, 64, 65, par. 5 e par. 6, 66 par. 6, 68 par. 6 del suddetto Trattato.

<sup>226</sup> Cfr. art. 87 TCE.

<sup>227</sup> In particolare attraverso il ricorso alla interpretazione estensiva di fattispecie penali in funzione di tutela di beni giuridici comunitari, ovvero attraverso l'integrazione della fattispecie penale ad opera di norme europea di specificazione tecnica.



spetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma si fece in modo che l'ultima parola in merito all'adozione e alla configurazione delle norme incriminatrici europee destinate a essere accolte nell'ordinamento giuridico nazionale spettasse ai singoli Stati. Infatti, grazie alla divisione in "pilastri" della nascente Unione europea, alla natura intergovernativa del III Pilastro in tema di "cooperazione nei settori degli affari interni e della giustizia" e alle caratteristiche dei relativi strumenti normativi (convenzioni e decisioni quadro), le norme penali in esse contenute dovevano essere approvate dall'unanimità degli Stati membri, per poi essere precisate da questi in sede tanto di precetto quanto di sanzione per adattarle alle esigenze di ciascun ordinamento nazionale. *Last but not least*, gli Stati restavano di fatto liberi di trasporre in modo più o meno fedele le norme penali in questione, o addirittura di non trasporre affatto: ciò in quanto, al di là della loro formale vincolatività, i succitati strumenti europei non prevedevano il controllo della Corte di giustizia in merito alla loro corretta trasposizione, tanto da venir considerati, da una parte della dottrina, testi sostanzialmente di *soft law*.

Vero è che il Trattato di Maastricht conteneva anche norme di primo pilastro (si pensi, in articolare, all'art. 209A TCE) dalla cui attenta lettura si sarebbero potuti dedurre l'esistenza, in taluni casi, di veri e propri obblighi di incriminazione di fonte comunitaria: peraltro questi obblighi non risultavano di immediata evidenza, e per di più erano destinati a concretizzarsi solo in taluni specifici casi<sup>228</sup>.

In sostanza, quindi, è solo con il Trattato di Lisbona, con il conseguente venir meno del terzo pilastro e con la generalizzata adozione della procedura legislativa ordinaria per gli atti varati nell'ambito dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" previsto al titolo V TFUE, che gli Stati membri hanno accettato da un lato l'ampliamento delle competenze penali dell'Unione e dall'altro lato il passaggio dal metodo intergovernativo al metodo comunitario in sede di adozione delle relative norme penali europee, consentendo così alla Corte di giustizia di esercitare tutte le sue tradizionali competenze su tali norme, le quali ormai trovano la loro collocazione in apposite direttive a carattere penale.

---

<sup>228</sup> Ai sensi dell'art. 209A TCE, "gli Stati membri adottano, per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari". In base a tale norma, quindi, nei casi in cui le misure punitive di diritto interno deputate a combattere le frodi lesive degli interessi finanziari nazionali fossero state di natura penale, sussisteva a carico degli Stati l'obbligo di introdurre analoghe misure penali per reprimere le frodi comunitarie. Insomma, nel campo delle frodi comunitarie la norma in questione sanciva il principio di "assimilazione sanzionatoria", il quale a sua volta poteva implicare obblighi di incriminazione a carico dei Paesi membri.

Anche nel Trattato di riforma, peraltro, evidentissime sono state le cautele poste affinché il suddetto passaggio non fosse avvertito come eccessivamente brusco e capace di snaturare i tratti salienti dei sistemi penali nazionali: in altre parole, affinché la potenziata attribuzione di poteri penali all'Unione non avvenisse troppo a discapito della sovranità penale degli Stati, e in particolare affinché gli obblighi di penalizzazione derivanti dall'adozione in sede europea di "norme penali minime" effettivamente cogenti non risultassero in tendenziale contrasto con le garanzie costituzionali del diritto penale nazionale. A tal fine, in primo luogo è stato previsto un periodo transitorio di cinque anni per "lisbonizzare" i precedenti atti dell'Unione a carattere penale<sup>229</sup>, o comunque per conferire pieni poteri alle istituzioni europee sugli atti di *ex terzo pilastro*, di modo che il controllo della Corte di giustizia sulle relative norme nazionali di trasposizione potesse avvenire solo dopo un congruo arco di tempo. In secondo luogo, le varie fasi del processo normativo e "applicativo" europeo in materia penale sono state corredate di molteplici meccanismi atti a scongiurare il summenzionato contrasto tra fonti penali europee e principi/diritti dell'ordinamento nazionali: si pensi, in particolare, al ruolo particolarmente incisivo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente del procedimento legislativo europeo<sup>230</sup>; al freno di emergenza introdotto a favore degli Stati nella fase centralizzata di tale procedimento<sup>231</sup>; agli ambiti di discrezionalità lasciati ai Paesi membri in sede di trasposizione e precisazione delle "norme minime" varate dall'Unione europea; infine alla possibilità di effettuare il ricorso per annullamento alla Corte UE<sup>232</sup> delle fonti penali europee, ricorso nell'ambito del quale, oltretutto, i Paesi membri rientrano tra i c.d. "ricorrenti privilegiati" perché – diversamente dai ricorrenti privati – possono adire la Corte di giustizia senza dover dimostrare l'interesse ad agire. Merita anche di essere sottolineato che la predisposizione di tutti questi meccanismi di controllo nazionale è avvenuta in concomitanza col rafforzamento dei diritti dell'uomo attraverso la piena giuridicizzazione della Carta dei diritti fondamentali UE; rafforzamento che avrebbe dovuto rendere ulteriormente "tranquillizzante" per gli Stati membri la c.d. 'comunitarizzazione' delle competenze penali dell'Unione.

---

<sup>229</sup> "Lisbonizzare" i vecchi strumenti di terzo pilastro significa sostituirli coi nuovi strumenti previsti in ambito penale dal Trattato di Lisbona, vale a dire trasformarli in direttive.

<sup>230</sup> Cfr. il *Protocollo (n. 1) sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea* e il *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, entrambi allegati al Trattato di Lisbona.

<sup>231</sup> Cfr., in particolare, art. 83.3 TFUE.

<sup>232</sup> Cfr. art. 263 TFUE.

Eppure, come è noto, tutti questi accorgimenti non sono bastati a garantire l'unanime, incondizionata partecipazione degli Stati membri al titolo V del TFUE: infatti il Regno Unito (verosimilmente, ancora per poco tempo Paese membro dell'Unione) e l'Irlanda partecipano allo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" soltanto limitatamente all'adozione e all'applicazione di specifici atti normativi soggetti alla procedura di "opt in"<sup>233</sup>, mentre la Danimarca, più radicalmente, si è chiamata del tutto fuori dallo "Spazio" in questione<sup>234</sup>.

Per quanto sin qui visto sembra allora di poter dire che se da un lato con il susseguirsi dei Trattati l'Unione europea ha acquisito – sia pure con grande ritardo – forme di competenza penale in precedenza ad essa del tutto precluse, dall'altro lato alcuni Paesi membri hanno preteso che le nuove competenze previste dal trattato di riforma non li concernessero o comunque non fossero per loro vincolanti; mentre in sede di negoziazione del suddetto Trattato la massima parte degli Stati membri si è attivata per far sì che questo rendesse quanto più possibile indolore la progressiva cessione della sovranità penale all'Unione europea e, in definitiva, desse vita a un sistema nell'ambito del quale il ricorso ai controlimiti nazionali da parte delle Corti costituzionali rimanesse un rimedio estremo destinato al massimo ad essere minacciato, ma comunque a restare inutilizzato.

9. *La previsione, l'ampliamento e il potenziamento in via pretoria delle competenze europee "in materia penale": le resistenze dei Paesi membri al "protagonismo" della Corte di giustizia e la loro rinuncia al controllo ultra vires*

Storicamente, la progressiva acquisizione di prerogative "in materia penale" da parte dell'Unione europea non è però avvenuta solo grazie alle procedure formali di revisione dei Trattati volte a modificare la ripartizione delle competenze nazionali ed europee. È infatti noto che lo spostamento delle competenze dagli Stati membri all'Unione è frutto anche di mutamenti endogeni causati da vari fattori<sup>235</sup>, tra i quali interessa qui rimarcare la giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia e l'attività normativa della Commissione europea, tesa all'ampliamento degli ambiti e delle forme di intervento della (allora) Comunità europea.

---

<sup>233</sup> Cfr. il Protocollo (n. 21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>234</sup> Cfr. il Protocollo (n. 22) sulla posizione della Danimarca.

<sup>235</sup> Cfr., in particolare e per tutti, M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, cit., 106 ss.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ometterò in questa sede di dilungarmi sulla elaborazione pretoria dei principi dell'effetto diretto o del primato del diritto comunitario, e in particolare sulle conseguenze *in bonam partem* da essi derivanti in ambito penale. Qui interessa piuttosto evidenziare che – facendo leva sull'art. 308<sup>236</sup> del Trattato CE in tema di poteri impliciti, e più in generale sfruttando la tecnica di redazione delle norme dei Trattati in materia di competenze (tecnica tesa a privilegiare gli “scopi” di questi ultimi) – i giudici di Lussemburgo hanno avuto buon gioco nell'interpretare in senso vieppiù estensivo le competenze attribuite prima alla Comunità e poi all'Unione, giungendo addirittura a sancire obblighi di incriminazione di fonte comunitaria assai prima che con Trattato di Maastricht venisse introdotta, come già ricordato, una esplicita competenza penale “di terzo pilastro” e una implicita competenza penale “di primo pilastro”<sup>237</sup>. A partire dal 1989, infatti, la Corte ha sviluppato il principio di leale cooperazione previsto al primo comma dell'art. 5 TCE<sup>238</sup>, ricavando da tale principio due corollari destinati entrambi a tradursi, eventualmente, in obblighi di incriminazione<sup>239</sup>. In base al primo corollario, detto di “proporzionalità”, le violazioni di quello che allora veniva chiamato diritto comunitario devono essere punite con sanzioni effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive. Con il risultato che, secondo quanto in seguito chiarito dalla stessa Corte di giustizia<sup>240</sup>, in relazione alle violazioni più gravi e connotate di allarme sociale solo sanzioni di tipo penale potrebbero essere riconosciute proporzionate e dunque comunitariamente legittime. In base al secondo corollario, detto di “assimilazione”, per le violazioni del diritto comunitario deve essere previsto nei singoli Paesi membri un trattamento sanzionato-

---

<sup>236</sup> In precedenza, art. 235 Tr. CE. In base a tale articolo “Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”.

<sup>237</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 228.

<sup>238</sup> In base a tale articolo, in seguito divenuto l'art. 10 TCE, “Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti”.

<sup>239</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*; sent. 10 luglio 1990, causa 326/88, *Hansen*. A queste sentenze ne sono seguite moltissime altre volte a ribadire i medesimi sviluppi in chiave sanzionatoria del principio di leale cooperazione.

<sup>240</sup> Cfr., in particolare, ord. 13 luglio 1990, causa C2/88, *Zwartveld*, contenente un *obiter dictum* allora passato quasi inosservato. Cfr. altresì, successivamente e in termini più perentori, sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*.

rio analogo a quello ivi vigente per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza. Con il risultato che ove queste ultime siano punite in sede penale, sussiste l'obbligo a carico dello Stato di assoggettare a sanzione penale anche le corrispondenti violazioni comunitarie. Si può quindi dire che le prime e molto rudimentali forme di competenza penale della (allora) Comunità europea siano state create per via giurisprudenziale: anche se, invero, la massima parte degli Stati membri non videro nei succitati sviluppi del principio di leale cooperazione un temibile attentato al loro potere sovrano in ordine alle scelte di penalizzazione; o meglio, non compresero sino in fondo cosa questi sviluppi implicassero sul piano della sovranità penale nazionale<sup>241</sup>.

Invero, il primo momento in cui uno Stato membro iniziò a prendere coscienza del fatto che la creazione o l'ampliamento delle competenze comunitarie in materia sanzionatoria realizzato al di fuori delle procedure di revisione dei Trattati avrebbe potuto porsi in contrasto col principio di attribuzione e con le garanzie costituzionali ad esso sottese<sup>242</sup> si ebbe con il varo, da parte della Commissione, di taluni regolamenti comunitari contenenti sanzioni di nuovo conio; sanzioni applicabili, per di più, in settori diversi da quello della concorrenza, l'unico rispetto al quale, come già ricordato, il Trattato CEE legittimava esplicitamente il ricorso in atti comunitari ad ammende e indennità di mora. Ritenendo che almeno talune di queste nuove sanzioni fossero illegittime, la Germania ricorse alla Corte di giustizia chiedendo l'annullamento delle norme regolamentari in materia agro-alimentare che prevedevano le suddette sanzioni, per difetto di competenza sia della Comunità sia della Commissione. Tuttavia, con una sentenza del 1992 la Corte riconobbe la competenza di entrambe queste istituzioni ad adottare le norme impugnate, affermando che la Comunità europea aveva "il potere di adottare le sanzioni che sono necessarie per l'applicazione effettiva dei regolamenti esistenti nel campo della politica agricola comune"<sup>243</sup>, e aprendo così la strada a un generalizzato ricorso in ambito comunitario a sanzioni amministrative punitive poste a tutela di precetti di fonte regolamentare. A

---

<sup>241</sup> Sul punto cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *La competenza penale europea secondo la House of Lords. Obiettività e rigore scientifico nel rapporto della "Camera Alta" del Parlamento britannico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 196 ss. e, in particolare, 204.

<sup>242</sup> Come noto, in base al principio di attribuzione l'Unione europea ha solo le competenze conferitele dai Trattati e, al fine di raggiungere gli obiettivi da essi previsti, può agire solo entro i limiti di tali competenze: fermo restando che tutte le competenze non attribuite dai Trattati all'Unione restano in capo ai Paesi membri.

<sup>243</sup> Sent. 27 ottobre 1992, causa 240/90, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, par. 11.

questo punto, ci si potrebbe domandare come mai la Germania non abbia mai neppure immaginato di opporre i controllimiti per neutralizzare, all'interno del territorio nazionale, le suddette norme e la succitata sentenza della Corte di giustizia volta a legittimarle. La risposta, verosimilmente, va trovata nel fatto che la posta in gioco non era troppo alta, in quanto le nuove sanzioni, a giudizio della Repubblica federale di Germania illegittimamente introdotte dalla Commissione, erano di natura non penale ma meramente amministrativa; e anche nel fatto che, all'epoca, il *Bundesverfassungsgericht* non aveva ancora elaborato l'*Ultra-Vires-Kontrolle*, per vero concepito solo con la già ricordata sentenza *Maastricht* del 1993<sup>244</sup>.

In ogni caso, il dinamismo dimostrato dalla Corte di giustizia nel dilatare le competenze *lato sensu* sanzionatorie o *stricto sensu* penali dell'Unione, ovvero nel legittimare la dilatazione per via legislativa delle stesse, ovvero ancora nel potenziare gli effetti della normativa europea in materia penale, non si è certo esaurito nella fase pionieristica del diritto penale europeo, ma è proseguito anche negli anni 2000, come dimostrato, in particolare dalle sentenze *Pupino* del 2005<sup>245</sup>, *Commissione c. Consiglio* sempre del 2005<sup>246</sup> e *Commissione c. Consiglio* del 2007<sup>247</sup>.

Per quanto concerne la celeberrima sentenza *Pupino*, basterà qui ricordare come in tale decisione sia stato affermato che l'obbligo di interpretazione conforme al diritto UE operava non solo rispetto al diritto originario e alle fonti normative "di primo pilastro", ma anche a quelle "di terzo pilastro" (e determinava, se del caso, anche effetti *in malam partem*)<sup>248</sup>. Secondo la Corte di giustizia, infatti, lo scopo in vista del quale era stata istituita l'Unione europea non avrebbe potuto essere perseguito efficacemente "se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le Istituzioni"<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 106.

<sup>245</sup> Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*.

<sup>246</sup> Grande Sezione, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>247</sup> Grande Sezione, sent. 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>248</sup> Merita di essere ricordato che, a seguito della sentenza *Pupino*, l'obbligo di interpretazione conforme rispetto ad una decisione quadro non ancora attuata ha comportato l'utilizzabilità, in un procedimento penale pendente, di un nuovo mezzo di prova potenzialmente idoneo ad aggravare la posizione processuale dell'imputato.

<sup>249</sup> Sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, cit., par. 42.

Certamente, questa controversa sentenza – a seguito della quale rischia di smarrirsi la differenza tra interpretazione conforme al diritto UE (come appena detto, in base a questa decisione ammessa anche con riferimento alle norme di terzo pilastro) ed efficacia diretta (come noto, esplicitamente esclusa in relazione agli atti di terzo pilastro dall'art. 34 par. 2 lett. b, TUE)<sup>250</sup> – mira non solo a favorire il conseguimento del risultato perseguito dalle norme in questione<sup>251</sup>, ma anche a “costituire un passo in avanti verso il superamento della distinzione tra i pilastri dell'Ue”<sup>252</sup>. Ora, se è vero che l'esperienza maturata nel non breve arco di tempo intercorso dal Trattato di Maastricht alla sentenza *Pupino* rendeva auspicabile questo superamento, è anche vero che solo una riforma dei Trattati avrebbe verosimilmente potuto sottrarlo alle perplessità di larga parte della dottrina<sup>253</sup>; perplessità convintamente condivise da quegli Stati membri che in sede di giudizio si dichiararono contrari alla estensione dell'ambito di operatività dell'interpretazione conforme<sup>254</sup>.

Eppure, anche in questo caso, nessuna Corte costituzionale è stata sollecitata al controllo *ultra vires*<sup>255</sup>. E ciò, nonostante che nel frattempo questo controllo fosse ormai entrato a far parte, specie in Germania, del

---

<sup>250</sup> Al riguardo cfr., per tutti, R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, 4027 ss.; S. MANACORDA, *Judicial activism dans le cadre de l'Espace de liberté, de justice et de sécurité de l'Union européenne*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, 747.

<sup>251</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, cit., par. 43.

<sup>252</sup> V. MAZZOCCHI, *Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni-quadro*, in *Quad. cost.*, 2005, 886. Nello stesso senso cfr., per tutti, C. SOTIS, *Il limite come controlimito. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in questo Volume, par. 2. L'a. sottolinea come la sentenza *Pupino* della Corte di giustizia sia stata depositata “due settimane dopo la bocciatura referendaria” da parte di Francia e Olanda del Trattato costituzionale europeo, il quale, al pari del successivo Trattato di Lisbona, prevedeva la fine della “struttura pilastrica” dell'Unione europea; e come dunque questa sentenza realizzi parzialmente, per via appunto giurisdizionale, l'obiettivo politico di far venir meno la suddetta struttura.

<sup>253</sup> Cfr. per tutti, oltre agli aa. ricordati *supra*, sub nt. 250, F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme “sconfina” nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 157 ss.; M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, fasc. 3, 56 ss.; V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.

<sup>254</sup> Cfr., in particolare, gli argomenti addotti dall'Italia, Francia, Paesi Bassi, Svezia e Regno Unito, riportati in sentenza ai par. 24-27 e 31.

<sup>255</sup> Anzi, è doveroso rilevare che, per quanto concerne l'Italia, la “sentenza *Pupino* è stata senza difficoltà accettata sia nella prassi, sia, in tempi relativamente rapidi, anche dal nostro legislatore, con la modifica delle pertinenti disposizioni del codice di procedura penale (in particolare, l'art. 392 in tema di incidente probatorio)”: R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2016, 5.

novero dei controlimiti intesi in senso ampio, senza peraltro essere stato ancora improntato al già ricordato principio del *favor juris Europae*, sviluppato dalla Corte di Karlsruhe, in particolare, nella succitata sentenza *Mangold* del 2010<sup>256</sup> e poi ribadito in ulteriori, più recenti pronunce<sup>257</sup>; principio in base al quale il controllo in questione non deve costituire un “pericolo sostanziale per l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione”, e dunque deve essere effettuato con moderazione, così da far entrare in gioco i controlimiti solo in relazione ad atti macroscopicamente *ultra vires*. Vero è peraltro che, come si avrà modo in seguito di ripetere, all’epoca della sentenza *Pupino* il controllo *ultra vires* fosse sconosciuto alla massima parte delle Corti costituzionali; e anche oggi, del resto, per la gran parte delle suddette Corti il controllo del rispetto delle competenze attribuite all’Unione è riservato alla Corte di giustizia.

Quanto poi alla sentenza *Commissione c. Consiglio* del 2005, va sottolineato che con essa la Grande Sezione ha annullato una decisione quadro in materia di tutela penale dell’ambiente, affermando che non era quello lo strumento giuridico appropriato per imporre agli Stati membri l’obbligo di introdurre sanzioni penali in una materia, come quella ambientale, di competenza del primo pilastro<sup>258</sup>. La Corte ha inoltre precisato che, nonostante l’assenza nel Trattato CE di un’esplicita competenza penale, è possibile varare direttive volte a imporre agli Stati membri obblighi di incriminazione a tutela dell’ambiente stesso: quantomeno allorché “l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni (...) gravi”<sup>259</sup>. Di fatto, la sentenza in questione ha dunque sostanzialmente riproposto in sede di ‘diritto vivente’ quanto previsto nel 2003 dal progetto di revisione dei trattati denominato *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*<sup>260</sup>, dato che tale progetto prevedeva appunto la possibilità di adottare direttive a

<sup>256</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 109.

<sup>257</sup> Si allude “al caso sul Trattato MES (*BVerfGE* 134, 2366)” e “alla recente sentenza sul caso R., con cui il *BVerfG* ha inteso negare l’esecuzione di un mandato di arresto europeo (2 BvR 2735/14, decisione del 15 dicembre 2015)”: P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, 2016, n. 1.

<sup>258</sup> Sent. 13 settembre 2005, cit., par. 38: “Ai sensi dell’art. 47 UE, nessuna disposizione del Trattato sull’Unione pregiudica le disposizioni del Trattato CE. Questo stesso principio ricorre anche al primo comma dell’art. 29 UE, che introduce il titolo VI di quest’ultimo Trattato”. Par. 39: “La Corte è tenuta a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nell’ambito del detto art. (sic!) VI non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità”.

<sup>259</sup> *Ivi*, par. 48.

<sup>260</sup> Cfr., in particolare, gli artt. III-271 e III-415 del suddetto Trattato costituzionale.



carattere penale. Peccato però che – come ben si sa – il suddetto Trattato costituzionale non sia mai entrato in vigore: sicché, al di là del generalizzato consenso politico riscontrabile all’epoca circa l’opportunità di porre fine all’esperienza del terzo pilastro e di assoggettare al metodo comunitario gli atti dell’Unione in materia penale, non sono apparsi irragionevoli i dubbi del Consiglio in merito all’attribuzione per via giurisprudenziale alla Comunità europea di competenze penali esercitabili per mezzo di direttive; dubbi, questi, condivisi tra l’altro da ben undici Stati membri intervenuti a fianco del Consiglio dinanzi alla Corte<sup>261</sup>.

Osservazioni in larga misura analoghe possono essere fatte con riferimento alla sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Consiglio* del 2007; sentenza nella quale la Grande Sezione riprende in larga parte gli argomenti utilizzati nella sentenza del 2005 or ora ricordata per rintuzzare la richiesta del Consiglio, sostenuta peraltro da ben 19 Paesi membri<sup>262</sup>, di fare salva la decisione quadro “intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell’inquinamento provocato dalle navi”, ribadendo che nessuna delle disposizioni del Trattato CE può essere intaccata da disposizione del Trattato UE, e che dunque in materia di ambiente possono essere varate direttive, se necessario anche a carattere penale<sup>263</sup>.

Al di là delle specificità proprie delle due sentenze da ultimo ricordate, qui interessa sottolineare che grazie ad esse le prime direttive in materia penale hanno visto la luce nel 2008, dunque un anno prima che il Trattato di riforma prevedesse il ricorso a siffatti strumenti normativi. Così come interessa rimarcare che però, ancora una volta, le resistenze dei Paesi membri rispetto al “protagonismo” della Corte di giustizia (tradottosi, come si è visto, nella dilatazione e nel potenziamento delle competenze europee in materia criminale pur in assenza di un intervento in tal senso da parte dei Parlamenti nazionali) si sono estrinsecate solo nel sostenere gli argomenti – dimostratisi “perdenti” – spesi dal Consiglio dinanzi alla Corte; e che dunque queste resistenze non si sono spinte sino

---

<sup>261</sup> Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Irlanda, Paesi Bassi, Portogallo, Finlandia, Svezia, Regno Unito.

<sup>262</sup> Belgio, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Grecia, Francia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Portogallo, Slovenia, Finlandia, Svezia, Regno Unito.

<sup>263</sup> Infatti: “Se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (...), resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l’applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l’obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito” (par. 66).

all'attivazione dei controlimiti – e in particolare del controllo *ultra vires* – per opporsi alle suddette sentenze ovvero per neutralizzare l'obbligo di trasposizione delle direttive in oggetto. A dimostrazione del fatto che, già prima della “variante *europarechtsfreundlich*” elaborata dalla Corte di Karlsruhe in merito al suddetto controllo, anche in relazione al principio di attribuzione i controlimiti sono sempre stati considerati, essenzialmente, uno strumento da non utilizzare, ovvero da utilizzare solo in casi veramente estremi, tali da implicare lo scardinamento dell'assetto costituzionale dei Paesi membri<sup>264</sup>. Oltretutto, già lo si è ricordato, molte Corti costituzionali (tra le quali, come sottolinea tra l'altro Omar Chessa<sup>265</sup>, quella italiana) nemmeno conoscono questo tipo di controllo<sup>266</sup>, tanto da far dire a una autorevole dottrina che nessuno ha mai posto in dubbio il “cardine sul quale si basa il controllo giurisdizionale comunitario, vale a dire la competenza – e dunque l'obbligo – della Corte di giustizia a dire l'ultima parola sulla legittimità degli atti comunitari sotto ogni profilo, ivi compreso il rispetto delle competenze attribuite all'Unione, cardine che significativamente gli Stati non hanno mai modificato o condizionato nelle numerose occasioni nelle quali ne avrebbero avuto la possibilità, limitandosi a richiamare il principio delle competenze di attribuzione”<sup>267</sup>.

10. *La ipotizzata contrarietà ai principi costituzionali di talune fonti normative dell'Unione in materia penale e la ritenuta non necessità del ricorso ai controlimiti*

Il tormentato rapporto tra Paesi membri e Unione europea circa le competenze penali (e penal-amministrative) di quest'ultima non riguarda però soltanto il modo attraverso il quale queste competenze si sono progressivamente affermate, ovvero la loro amplificata incidenza sugli ordinamenti nazionali, in specie attraverso il riconoscimento dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle decisioni quadro. Riguarda anche il concreto uso di queste competenze da parte degli organi dell'Unione e da parte degli stessi giudici nazionali.

---

<sup>264</sup> Così come del resto sancito dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* già con la sentenza *Bananen* in precedenza ricordata (cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt 106).

<sup>265</sup> Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., par. 12.

<sup>266</sup> Con il risultato che, sempre come precisato da O. CHESSA, *ivi*, “la Corte costituzionale non potrebbe censurare la violazione in sé del principio di attribuzione, ma solo quelle che ridondassero in violazioni dei controlimiti”, quelle cioè che implicassero “lesioni del nucleo profondo dell'identità costituzionale nazionale”.

<sup>267</sup> G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit., 8.

In particolare, come vedremo subito, da più parti sono state mosse critiche al contenuto stesso di talune norme penali europee, ritenute in contrasto con basilari principi costituzionali in materia penale. Inoltre, come si vedrà in seguito, non di rado è stato disapprovato il modo in cui i giudici nazionali e i giudici di Lussemburgo hanno utilizzato sia le norme penali europee o di derivazione europea sia lo stesso diritto primario dell'Unione per incrementare, anche a scapito delle garanzie costituzionali dei singoli Paesi UE, il complessivo tasso di repressività del sistema penale.

Quanto dunque al contenuto delle norme penali europee, è noto che la dottrina ha sovente sostenuto il contrasto di alcune delle norme in questione con numerosi principi (*extrema ratio*, proporzione, colpevolezza, materialità, offensività, ecc.) recepiti negli ordinamenti di molti Paesi membri<sup>268</sup>. Così, alla *Decisione quadro integrativa sulla lotta contro il terrorismo*<sup>269</sup> è stato rimproverato di prevedere fattispecie penali caratterizzate da forme di anticipazione della tutela inconciliabili con il principio di *extrema ratio*<sup>270</sup>, e financo di contenere norme in contrasto coi principi di colpevolezza e di proporzione delle pene<sup>271</sup>. Del pari, la *Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*<sup>272</sup> è stata criticata per le sue fattispecie incriminatrici dagli ambiti applicativi eccessivamente dilatati, e comunque in tensione col principio di proporzione<sup>273</sup>. Ancora, i *testi penali europei in materia di negazionismo*<sup>274</sup> sono stati sovente considerati in contrasto col principio di libera manifestazione del pensiero<sup>275</sup> ed espressivi di un uso simbolico del diritto penale

---

<sup>268</sup> Cfr., per tutti, *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), 740 ss.

<sup>269</sup> Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, *che modifica la decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo* (decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, *sulla lotta contro il terrorismo*).

<sup>270</sup> Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 741.

<sup>271</sup> Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 742.

<sup>272</sup> Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, *relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*.

<sup>273</sup> Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 741.

<sup>274</sup> Azione comune 96/443/GAI del 15 luglio 1996, *adottata dal Consiglio a norma dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, nell'ambito dell'azione intesa a combattere il razzismo e la xenofobia*; decisione quadro 2008/913/GAI *sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*.

<sup>275</sup> Cfr., per tutti, M. CASSANO, *Negazionismo e opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, 271 ss.; F. GUELLA, C. PICIOCCHI, *Libera manifestazione del pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza*, in *Quad. cost.*, 2013, 849 ss.; P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 181 ss. Da ultimo cfr. altresì, con varietà di sfumature ma in sostanziale concordanza sulla critica alla riconduzione del negazionismo in ambito penale, D. BRUNELLI,

destinato ad ampliare a dismisura gli ambiti del penalmente rilevante<sup>276</sup>; mentre taluni precetti della *decisione quadro in tema di sfruttamento sessuale dei minori*<sup>277</sup> sono stati accusati di derogare ai principi di materialità e di offensività<sup>278</sup>.

I *cabiers de doléances* non si esauriscono peraltro con questo breve elenco, ma si estendono a molti altri testi penali europei, anche collocati in strumenti diversi da quelli di terzo pilastro: basti pensare alla *prima direttiva penale europea*, quella del 2008 *sulla tutela penale dell'ambiente*<sup>279</sup>, accusata di imporre l'incriminazione di comportamenti consistenti nella violazione di precetti amministrativi a carattere meramente formale<sup>280</sup>. In sostanza, quindi, parte della dottrina sottolinea i rischi connessi all'attribuzione di una sempre più estesa competenza penale indiretta dell'Unione europea, stigmatizza l'uso a volte troppo disinvolto che quest'ultima farebbe di tale competenza e segnala i rischi di panpenalizzazione cui sarebbero esposti i sistemi penali nazionali in sede di trasposizione delle fonti penali europee.

Detto per inciso, in taluni miei scritti ho avuto modo di sostenere convintamente l'eccessività di tali critiche, quantomeno ove non accompagnate da analoghe critiche nei confronti di norme penali "di origine puramente nazionale" dotate di caratteristiche molto simili a quelle rimproverate alle norme europee<sup>281</sup>. Rilevando il tendenziale parallelismo ri-

---

*Attorno alla punizione del negazionismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 978 ss.; A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo, i principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, *ivi*, 999 ss.; E. FRONZA, *Criminalizzazione del dissenso o tutela del consenso. Profili critici del negazionismo come reato*, *ivi*, 1016 ss.

<sup>276</sup> Al riguardo, merita di essere rilevato che la repressione di talune "ipotesi minori" di negazionismo è ormai considerata illegittima dalla stessa Corte EDU: cfr. sent. 17 dicembre 2013, *Perinçek c. Svizzera*. Cfr., per tutti, F. VECCHIO, *La libertà di espressione dopo la vicenda "Perinçek c. Svizzera": il nuovo atteggiamento della Corte europea in materia di criminalizzazione del negazionismo e i rischi residui di una storia imposta per via legislativa*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2016, fasc. 52, 58.

<sup>277</sup> Decisione quadro 2004/68/GAI, *relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile*.

<sup>278</sup> Cfr., per tutti, A. CADOPPI, *Presentazione della I edizione*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, XVII; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 73, nt. 196; C. SOTIS, *Il caso "Pupino": profili sostanziali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007, 49 ss.; ID., *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 304 ss.

<sup>279</sup> Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 *sulla tutela penale dell'ambiente*.

<sup>280</sup> Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit., 741-742.

<sup>281</sup> Cfr. A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro*

scontrabile tra i Paesi membri e le organizzazioni sovranazionali sul piano delle scelte di politica criminale disattente al rispetto delle garanzie costituzionali, sottolineando la responsabilità politica condivisa tra Unione e Stati membri in merito ai contenuti delle fonti penali europee, rimarcando la circolarità su scala europea delle strategie anticriminali sottostanti a tali fonti<sup>282</sup>, evidenziando la possibilità per i suddetti Stati di adattare e precisare le “norme penali minime” di matrice europea in base alle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali, ho ritenuto doveroso ridimensionare le responsabilità dell’Unione in merito alle derive securitarie dei sistemi penali dei Paesi membri.

È peraltro un fatto che siano in molti a considerare le fonti penali UE e più in generale il complessivo sistema giuridico in cui esse si inscrivono, “prevalentemente repressiv[i]”, e financo a paventare “il rischio (...) forte che il primato del diritto dell’Unione eroda o persino divori diritti della persona”<sup>283</sup>. Ma è altresì un fatto che, a prescindere da ogni eventuale influenza dell’Unione sul clima costituzionale degli ordinamenti penali interni, sinora i controlimiti non solo non sono mai stati concretamente attivati, ma nemmeno si è pensato seriamente a un loro utilizzo per paralizzare la trasposizione in sede nazionale di norme penali europee. E questo, fondamentalmente, per tre diversi ordini di ragioni. In primo luogo perché, come a più riprese ricordato, i controlimiti sono stati concepiti per entrare in gioco solo nei casi in cui il diritto dell’Unione si riveli capace di incidere in modo assolutamente intollerabile sul sistema costituzionale nazionale, così da intaccarne pesantemente il nucleo essenziale. In secondo luogo perché, come si è in precedenza osservato<sup>284</sup>, il metodo intergovernativo previsto per l’adozione degli strumenti di terzo pilastro e la vincolatività meramente formale di questi ultimi ha consentito ai Paesi membri di paralizzare sul nascere i suddetti strumenti se davvero non graditi o comunque – quantomeno sino alla fine del periodo transitorio quinquennale previsto dal Trattato di Li-

---

*impatto sugli ordinamenti interni*, cit., in particolare, 238 ss.; da ultimo, Id., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 29 ss.

<sup>282</sup> Circolarità determinata da *input* a volte discendenti dall’Unione ai Paesi membri, altre volte risalenti dai secondi alla prima. In argomento cfr., con specifico riferimento alle fonti penali in materia di terrorismo, F. ROSSI, *La circolarità dei modelli nazionali nel processo di armonizzazione europea delle legislazioni penali antiterrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, in corso di pubblicazione

<sup>283</sup> D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE*, Taricco, in *www.archiviopene.it*, ottobre 2015, 9.

<sup>284</sup> Cfr. *supra*, sub par. 7.1.

sbona<sup>285</sup> – di non trasporli, ovvero ancora di trasporli in modo diverso dal dovuto, senza quindi dover eventualmente ricorrere all'estremo rimedio dei controlimiti per paralizzarne gli effetti indesiderati. In terzo luogo perché, già lo si è sottolineato, molteplici risultano i meccanismi introdotti dal Trattato di Lisbona anche e soprattutto al fine di scongiurare il summenzionato contrasto tra fonti penali europee e principi/diritti dell'ordinamento nazionale. Ben si spiega, dunque, come mai i bersagli privilegiati di coloro che a volte auspicano l'uso dei controlimiti nei confronti del diritto penale europeo non siano tanto le relative fonti normative, quanto le eventuali sentenze pronunciate a partire dalle suddette fonti.

11. *La giurisprudenza dei giudici nazionali a favore delle interazioni “con effetti peggiorativi” tra fonti penali interne e fonti UE: la sua diversa accoglienza in dottrina e la comunque difficile attivazione dei controlimiti*

Per quanto riguarda dunque le lagnanze circa il modo in cui gli organi giurisdizionali hanno utilizzato, eventualmente anche a scapito delle garanzie costituzionali in materia penale, sia le norme penali europee o di derivazione europea sia più in generale il diritto primario e derivato dell'Unione per incrementare il complessivo tasso di repressività del sistema penale, è qui ovviamente impossibile effettuare una disamina delle innumerevoli e assai diversificate sentenze pronunciate al riguardo dai giudici dei Paesi membri e dalla stessa Corte di giustizia.

Basterà allora segnalare, *con riferimento ai giudici comuni dei Paesi membri (e in particolare dell'Italia)*, la loro sempre più evidente tendenza a prendere in considerazione il diritto dell'Unione in vista dei suoi possibili effetti non solo di compressione degli ambiti del penalmente rile-

---

<sup>285</sup> Come si sa, infatti, col venir meno regime transitorio fissato dal Protocollo n. 36, allegato al TUE e al TFUE, a partire dal 1° dicembre 2014 sono cessate le limitazioni ai meccanismi di tutela giurisdizionale previste per gli atti di *ex terzo pilastro* dai precedenti Trattati. Cfr., per tutti, C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema “ordinario” di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in <http://rivista.eurojus.it>, 1° dicembre 2014. Vero è peraltro che, successivamente alla fine del periodo transitorio e a tutt'oggi, la strategia posta in essere dagli organi dell'Unione europea nei confronti degli inadempimenti dei Paesi membri per quanto concerne la trasposizione e la concreta attuazione delle fonti di terzo pilastro si è concentrata non tanto sull'utilizzo della procedura di infrazione, quanto sul ricorso a negoziati bilaterali tra l'Unione europea e gli Stati membri, al fine di convincere questi ultimi a recepire le fonti in questione e a valorizzarle in sede di diritto vivente.

vante<sup>286</sup>, ma anche in vista dell'ampliamento di questi ultimi o comunque dell'incremento e rafforzamento delle risposte penali. Di tale tendenza sono espressione, in particolare, il ricorso agli strumenti dell'*interpretazione conforme*, del *rinvio pregiudiziale* e della *disapplicazione* non già per circoscrivere l'area dell'illiceità o comunque per attenuare la responsabilità dell'autore, ma viceversa in vista degli effetti *in malam partem* consentiti dai suddetti strumenti. Ora, secondo una parte dei commentatori, i citati meccanismi di interpretazione, rinvio e disapplicazione tendono talora ad essere attivati in modo tale da risultare in contrasto con taluni principi in materia penale accolti anche a livello costituzionale in numerosi Paesi membri, e in particolare coi principi di sussidiarietà<sup>287</sup>, di riserva di legge<sup>288</sup>, di separazione dei poteri<sup>289</sup>.

Così, per quanto concerne *l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione*, non è per nulla difficile imbattersi in interpretazioni le quali, per non entrare in contrasto con norme europee ritenute vincolanti nei confronti dell'ordinamento interno, producono effetti sfavorevoli per l'imputato: come nel caso in cui la nozione di rifiuto è stata estesa "in ragione dei principi di precauzione e prevenzione espressi dalla normativa comunitaria in materia"; e questo mentre contestualmente, rispetto alla norma incriminatrice, veniva inibita "una (pur plausibile) interpretazione estensiva di 'beni o sostanze e materiali residuali di produzione' (...) che integra la fattispecie derogatoria"<sup>290</sup>. Ora, come evidenziato da una at-

<sup>286</sup> Come è frequentissimamente avvenuto a partire dagli anni '70 del secolo scorso. In argomento cfr. già, diffusamente e per tutti, A. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, cit., 171 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, 269 ss.; S. MANACORDA, *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, in *Studium iuris*, 1997, 947 ss.; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, 102 ss. e 206 ss.; K. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 213 s. In giurisprudenza cfr., esemplificativamente, Corte di giustizia, sent. 28 aprile 2011, caso C-61/11 PPU, *El Dridi*.

<sup>287</sup> In merito al quale cfr., per tutti e con specifico riferimento alla sua dimensione europea, M. ARMANNI, *Il principio costituzionale di sussidiarietà. Premesse teoriche. Modelli operativi. Esperienza dell'Unione Europea*, Torino, 2010; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 15 ss.

<sup>288</sup> Cfr., esemplificativamente, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 86 ss.; A. GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 111 ss.

<sup>289</sup> Cfr., per tutti e con specifico riferimento alla dilatazione dei poteri del giudice per effetto della incorporazione negli ordinamenti nazionali di norme e principi di diritto europeo, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, in particolare 43 ss.; F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, 1610 ss.

<sup>290</sup> Cass. pen., 14 aprile 2005, in *Impresa*, 2005, 1224 ss., nonché in *Foro it.*, 2006, II, 206, con nota di V. PAONE.

tenta dottrina<sup>291</sup>, il caso appena ricordato risulta tutt'altro che isolato, rientrando al contrario in un vero e proprio filone giurisprudenziale "malevolo" verosimilmente destinato a rafforzarsi a seguito del ricorso sempre più frequente a forme di interpretazione condizionate dall'obbligo di conformità al diritto dell'Unione. Al riguardo, è noto che le Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana si sono attivate per frenare la tendenza a interpretare estensivamente le fattispecie penali su impulso comunitario<sup>292</sup>; ma, invero, non tutte le Supreme Corti dei Paesi membri hanno assunto un atteggiamento così netto, e inoltre l'opera di contenimento operata dalla Cassazione italiana nella sua più autorevole composizione risulta solo parziale e limitata. Quest'opera, infatti, da un lato concerne solo le interpretazioni fondate su norme UE *not self-executing* (laddove, per contro, si sa che la Corte di giustizia si dimostra recentemente assai generosa nel riconoscere il carattere *self executing* alla massima parte delle norme di diritto primario e, in particolare, dei principi/diritti previsti dalla CDFUE)<sup>293</sup>; dall'altro lato risulta negativamente condizionata sia dalla notoria carenza di vincolatività dei precedenti giurisprudenziali seppure provenienti dalle Sezioni Unite, sia dalla difficoltà di distinguere nettamente tra loro la interpretazione "non-estensiva", l'interpretazione estensiva e l'interpretazione analogica<sup>294</sup>.

Considerazioni analoghe possono farsi, *mutatis mutandis*, per quanto concerne il *rinvio pregiudiziale* (il quale – come rilevano all'unisono Stefano Manacorda<sup>295</sup> e Vittorio Manes<sup>296</sup> – è ormai ammesso con

---

<sup>291</sup> D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, 653 ss.

<sup>292</sup> Sent. 25 giugno - 6 ottobre 2009, n. 38691.

<sup>293</sup> Cfr. Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, cit., punto 45.

<sup>294</sup> In particolare, sulla difficile distinzione tra interpretazione estensiva e analogia cfr., per tutti, L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. IV - Disc. priv.*, 1987, 16 dell'estratto; R. GUASTINI, *Interpretazione estensiva o applicazione analogica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 2034; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 98 ss., 282. In termini ancora più radicali, nega ogni distinzione tra interpretazione estensiva e analogia N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Milano, 2006 (ma 1938), 163 ss. Cfr. altresì, per ulteriori riferimenti bibliografici concernenti specificamente tale oltremodo difficile distinzione in ambito penale, A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., 243, nt. 129; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2012, 25 ss.

<sup>295</sup> *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in questo Volume, par. 5.

<sup>296</sup> *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovrastione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in questo Volume, par. 3.1.



estrema larghezza dalla Corte di giustizia). Al riguardo, infatti, una parte della dottrina<sup>297</sup> rinfaccia ai giudici nazionali di trascurare tale strumento, persino nelle ipotesi in cui i Trattati ne impongono l'utilizzo<sup>298</sup>, laddove i suoi effetti risulterebbero *in bonam partem*; e viceversa di utilizzarlo con estrema larghezza *in malam partem*, così da ottenere – grazie anche alle pulsioni preventivo-repressive della Corte di Lussemburgo – quelle forme di efficace tutela penale altrimenti precluse da una legislazione nazionale invero non di rado colposamente (o addirittura volutamente) lacunosa. In effetti, nei casi *Vessoso e Zanetti*<sup>299</sup>, *Tombesi*<sup>300</sup>, *Niselli*<sup>301</sup>, *Belusconi*<sup>302</sup>, *Taricco*<sup>303</sup>, per non citarne che alcuni dei più noti, il rinvio in questione è stato essenzialmente diretto a ottenere per via interpretativa l'avallo della Corte di giustizia vuoi alla dilatazione su impulso europeo di un elemento normativo della fattispecie penale (caso *Vessoso e Zanetti*), vuoi alla disapplicazione di una norma interna di favore purché successiva alla commissione del fatto (*Tombesi*, *Niselli* e, peraltro con significative differenze in seguito segnalate, *Belusconi*), vuoi infine alla disapplicazione di una norma interna di favore contestuale alla commissione del fatto epperò a carattere processuale e dunque non vincolata al divieto di retroattività sfavorevole (caso *Taricco*). In tutti questi casi, ovviamente, ciò cui si tende è la perseguibilità ovvero la punibilità di autori che, in base alla normativa interna, sfuggirebbero a qualsiasi forma di responsabilità penale o comunque sarebbero puniti in modo troppo blando, dunque in contrasto con le esigenze di effettività e dissuasività della risposta sanzionatoria. Ancora una volta, le Sezioni Unite della nostra Corte di cassazione sono intervenute energicamente per cercare di disinnescare un siffatto uso del rinvio pregiudiziale, spiegando come non sia possibile che dalla disapplicazione di una norma interna contrastante col diritto UE conseguano effetti pregiudizievoli per l'imputato, e come dunque rinvii pregiudiziali effettuati a tal fine finirebbero necessariamente con l'incorrere in "una sostanziale decisione di *non liquet* da parte

---

<sup>297</sup> Cfr., ancora, 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*, cit., par. 5.

<sup>298</sup> Cfr. art. 267 TFUE.

<sup>299</sup> Corte di giustizia, sent. 28 marzo 1990, cause riunite C-206/88 e C-207/88, *Vessoso e Zanetti*.

<sup>300</sup> Corte di giustizia, sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi*.

<sup>301</sup> Corte di giustizia, sent. 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*.

<sup>302</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*.

<sup>303</sup> Cfr. *supra*, sub par. 1, nt. 17.

della Corte di giustizia”<sup>304</sup>. Peccato però che i giudici di Lussemburgo abbiano smentito questa previsione della nostra Suprema Corte, creando così i presupposti per una moltiplicazione di rinvii pregiudiziali a carattere “malevolo”, di cui nel prosieguo forniremo taluni attualissimi esempi tuttora in attesa di risposta.

Infine, persino *la disapplicazione diretta* (nella quale tradizionalmente la norma europea in conflitto con la norma nazionale penale – o comunque “in materia penale ai sensi della CEDU” – gioca a favore dell’imputato) riesce ormai a produrre effetti in *malam partem* destinati a essere ribaditi dalla stessa Corte di cassazione. Esempi probanti in tal senso sono offerti dal celebre caso *Trinca*<sup>305</sup>, oggetto di una pregevole analisi da parte della dottrina<sup>306</sup>; nonché da un recentissimo caso ricordato da Stefano Manacorda<sup>307</sup>, in cui la disapplicazione della norma interna “che permette di definire una controversia evitando il pagamento di sanzioni connesse al ritardato o omesso versamento del tributo” è stata decisa – in ottemperanza di quanto sancito dalla Corte di giustizia a partire dalla già ricordata sentenza *Commissione c. Grecia* del 1989<sup>308</sup> – per inibire “una rinuncia all’applicazione di sanzioni previste dal diritto dell’Unione. Sanzioni che, come più volte chiarito da Lussemburgo, devono produrre un effetto non solo repressivo, ma anche dissuasivo”<sup>309</sup>.

Orbene, siffatte operazioni *in malam partem* possono essere, e di fatto sono, osservate da punti di vista differenti, impossibili da riproporre qui in tutte le loro diverse sfumature: anche perché queste ultime possono essere significativamente condizionate, oltre che da questioni d’ordine generale, dalle peculiarità teorico/pratiche dei singoli casi rispetto ai quali il diritto dell’Unione tende a produrre effetti sfavorevoli. Peccando di semplicismo si può comunque affermare che i suddetti punti di vista si rivelano tendenzialmente antitetici. Il primo può definirsi

---

<sup>304</sup> Sent. 19 gennaio 2012, n. 22225.

<sup>305</sup> Cass. pen., sez. III, 19 gennaio - 23 febbraio 2011. Il “cuore” della sentenza è ben riassunto nel titolo del commento di A. COLELLA, *Una nuova ipotesi di applicazione diretta in malam partem del diritto della UE: la Corte di Cassazione disapplica la normativa interna che prevede un margine di tolleranza del 10% al divieto di pesca e commercializzazione del novellame e afferma, conseguentemente, la responsabilità penale dell'imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2011.

<sup>306</sup> Cfr. C. SOTIS, M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011.

<sup>307</sup> *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, cit., par. 5.

<sup>308</sup> Cfr. *supra*, sub par. 9, nt. 239.

<sup>309</sup> Cass., sez. trib., 10 febbraio 2016, n. 2606.

“euroscettico” in quanto caratterizzato da una sostanziale diffidenza verso il diritto europeo e le sue ricadute sul diritto penale interno, specie se tali da comportare una complessiva erosione delle garanzie. Il secondo punto di vista, spesso etichettato come “euroentusiasta”, appare invece favorevole al progresso della costruzione europea e segnatamente all’armonizzazione dei sistemi giuridici interni; un’armonizzazione, questa, che include lo stesso ambito penale e che implica fenomeni di interazione tra norme nazionali e sovranazionali produttivi di effetti assai diversificati e non sempre intonati in senso favorevole all’autore.

Ovviamente, a seconda della prospettiva privilegiata, muta la valutazione in ordine alla legittimità delle suddette operazioni a sfondo *lato sensu* repressivo. Sempre in estrema sintesi, si può dire che chi muove da una posizione di diffidenza rispetto all’emersione di un ordinamento giuridico multilivello tende a escludere o a circoscrivere al massimo le ipotesi di interpretazione estensiva di norme penali su impulso europeo<sup>310</sup>; così come tende a considerare con estremo sospetto i ricorsi interpretativi e le disapplicazioni dirette *in malam partem*, ritenendo gli uni e le altre capaci di attribuire al giudice nazionale un potere paralegislativo estraneo al sistema di molti Paesi membri, tra i quali l’Italia<sup>311</sup>. Viceversa, quanti sono favorevoli all’attuale fenomeno di europeizzazione del diritto non vedono ragioni per far sì che l’interpretazione estensiva di fattispecie penali – in genere ritenuta ammissibile anche quando determinata dalla interazione di queste ultime con norme sublegislative<sup>312</sup>, ovvero addirittura con semplici fonti di *soft law* concepite da enti privati o da autorità amministrative<sup>313</sup> – sia preclusa solo in sede di interpretazione conforme

---

<sup>310</sup> Cfr., seppure con diverse sfumature rinvenibili financo nei lavori del medesimo autore, G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul “falso in bilancio”: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2775; V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, cit., par. 3.2; ID., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., in particolare 69 ss.; V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE. Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.*, 2/2012, 169.

<sup>311</sup> Al riguardo cfr., emblematicamente e per tutti, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, 39 ss.; D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte Costituzionale sulla sentenza Taricco, ivi*, 2016, n. 1, in particolare 231 ss.

<sup>312</sup> Laddove, come si sa, il coefficiente di legalità-democraticità delle norme sublegislative è assai inferiore a quello delle fonti europee.

<sup>313</sup> Sull’influenza esercitata da norme di *soft law* in sede di interpretazione delle fattispecie penali cfr., in generale, A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2010, vol. I, 31 ss., 40 ss. Con specifico riferimento a fattispecie del codice penale, per talune specifiche ipotesi di interpretazione estensiva ricondu-

al diritto dell'Unione<sup>314</sup>; e nemmeno si scandalizzano in caso di ricorsi interpretativi e disapplicazioni *in malam partem*, quantomeno laddove attraverso di essi non si violi il principio di legalità-prevedibilità in materia penale<sup>315</sup>.

In ogni caso, anche ammettendo che talora i succitati, differenti meccanismi di interazione tra fonti interne ed europee siano maldestramente maneggiati dai giudici nazionali, così da produrre effetti penali *in malam partem* che si pongano in contrasto coi fondamentali principi e diritti costituzionali, non vi è chi non veda come in taluni Stati (tra i quali l'Italia) un eventuale ricorso ai controlimiti risulti oltremodo difficile prima ancora che per ragioni di opportunità, per la concreta difficoltà di investire della questione la Corte costituzionale. Da un lato, infatti, le erronee scelte dei giudici non di ultima istanza potrebbero e dovrebbero trovare rimedio nei successivi gradi del giudizio; dall'altro lato, i difetti di interpretazione e disapplicazione attribuibili alla Corte di cassazione difficilmente potranno trovare un organo giurisdizionale in condizione di attivare il relativo controllo di legittimità costituzionale. A meno che tali difetti non emergano nell'ambito di un filone giurisprudenziale che con-

---

cibile a norme di *soft law* cfr. R. BRANDOLIN, *Autorità amministrative indipendenti e codici di comportamento*, in [www.costituzionale.unige.it/dottorato/BRANDOLIN.html](http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/BRANDOLIN.html).

<sup>314</sup> Sia pure con varietà di accenti, ammettono forme di interpretazione estensiva delle fattispecie penali su impulso europeo, tra gli altri, A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, 46-47; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 317; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, cit., 46 ss.; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss.; ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme soprannazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Piacenza, 2010, 668 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 291 ss.; ID., *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito*, 2008, 26 ss.; M. BOSI, C. SOTIS, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”*, cit., 1 ss.; G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 172; ID., *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *Arch. giur.*, 2011, 3 ss., 34 ss.

<sup>315</sup> In questo senso cfr., da ultimo e in prospettiva generale, E. LUPO, *Introduzione al Convegno*, in Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo” (Roma, 4 ottobre 2016), in [www.rivistaaic.it/](http://www.rivistaaic.it/). L'a. afferma che, rispetto al fenomeno della disapplicazione di norme penali interne per contrasto con il diritto europeo, “Si pone (...) il problema se ciò che è consentito ad una sentenza della Corte di Lussemburgo quando produce per l'imputato effetti *in bonam partem*, sia poi vietato quando la sentenza opera *in malam partem*. A me sembra che al quesito debba darsi una risposta negativa, non potendo il tipo e la natura degli effetti (positivi o negativi per l'imputato) condizionare l'esistenza del potere normativo dell'Unione europea e, conseguentemente, la legittimità delle sentenze della Corte europea che delle relative norme facciano applicazione”.

sentita in un secondo momento a un giudice interno di chiedere alla Corte costituzionale il vaglio della conformità a Costituzione del diritto così come risultante dalle succitate, indebite attività interpretative e disapplicative.

Naturalmente, il problema da ultimo ricordato è destinato a non sussistere negli ordinamenti – come ad esempio quello austriaco, belga, spagnolo e tedesco – caratterizzati da meccanismi di accesso diretto alla Corte costituzionale. In ogni caso – a prescindere dalle diverse forme di accesso alla suddetta Corte previste nei singoli Stati dell’Unione europea – risulta comunque palese che, rispetto ai problemi di incidenza *in malam partem* del diritto europeo sul diritto penale interno, il ricorso ai controlimiti sia stato invocato non tanto con riferimento alle relative pronunce dei giudici nazionali, quanto a quelle rese dai giudici di Lussemburgo a seguito di un rinvio pregiudiziale per interpretazione.

12. *L’incidenza in malam partem delle pronunce della Corte di giustizia e la crescente “tentazione” dei controlimiti*

Per lungo tempo, in base a una giurisprudenza della Corte di giustizia tendenzialmente stabile, si è ritenuto che l’influenza del diritto europeo sull’ambito applicativo delle fattispecie penali nazionali risultasse soggetta a significativi limiti, capaci di circoscrivere (e per alcuni addirittura di eliminare *in toto*) le sue eventuali ricadute negative sull’autore<sup>316</sup>. Sin dagli anni’80 del secolo scorso, infatti, i giudici di Lussemburgo avevano avuto modo di precisare che, rispetto a una direttiva priva di adeguata attuazione, “il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell’imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge”<sup>317</sup>. In tal modo, veniva fissato un limite all’attitudine delle direttive sprovviste di un effetto diretto ad ampliare l’ambito applicativo del diritto penale degli Stati membri; cosicché, in particolare, il mancato rispetto degli obblighi di incriminazione di fonte europea da parte di un dato Paese dell’Unione avrebbe dovuto im-

---

<sup>316</sup> Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86 (*Pretore di Salò c. X*), punti 18-20; sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 13; Cfr. altresì sent. 26 settembre 1996, causa 168/95, *Arcaro*, punto 36.

<sup>317</sup> Corte di giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95 (*Procedimenti penali c. X*), punto 25.

plicare la condanna del suddetto Paese a seguito di una procedura d'infrazione, ma non certo la condanna di singoli autori rispettosi della normativa nazionale.

Come sopra accennato, la portata garantista di questa giurisprudenza – peraltro a ben vedere tutt'altro che illimitata, in quanto esplicitamente circoscritta agli effetti delle direttive inattuatae – era stata accolta con grande soddisfazione da larga parte della dottrina, la quale si era convinta che la stessa Corte UE avallasse la tesi secondo cui dall'interazione tra norme nazionali e norma sovranazionali non potessero mai conseguire effetti *in malam partem*.

Invero, a ridimensionare questi eccessi ottimistici avrebbero dovuto provvedere già le numerose pronunce della Corte di giustizia che – come nella succitata sentenza *Vessoso e Zanetti*<sup>318</sup> – evidenziavano la possibile dilatazione di un elemento della fattispecie penale (nel caso di specie, la nozione di rifiuto) per effetto della normativa comunitaria. La possibilità per il diritto europeo di ampliare l'ambito del penalmente rilevante indipendentemente dal volere del legislatore nazionale divenne comunque più evidente con le già ricordate sentenze *Tombesi*<sup>319</sup> e *Niselli*<sup>320</sup>, anch'esse in materia di rifiuti. Infatti in entrambe le sentenze, tra loro assai simili, la Corte ebbe modo di affermare che la illegittima modifica in senso restrittivo, da parte del diritto nazionale, di un elemento normativo della fattispecie previsto da una fonte comunitaria poteva implicare la disapplicazione della norma interna di favore responsabile di tale modifica e la ri-spansione della norma generale indebitamente compressa dalla suddetta, illegittima norma di favore. La Corte di giustizia ebbe modo altresì di precisare che, in ragione della sua disapplicazione, quest'ultima norma non poteva inibire la condanna di quanti avessero commesso il fatto in un momento precedente alla sua entrata in vigore, tale condanna non ponendosi in contrasto col principio di legalità della risposta punitiva.

Le succitate sentenze, invero, furono accolte con perplessità da una parte dei commentatori; tant'è che proprio in relazione ad esse la dottrina incominciò per la prima volta a ipotizzare il ricorso ai controlimiti costituzionali rispetto al diritto UE<sup>321</sup>. Peraltro, come candidamente ammesso da quella stessa dottrina, si sarebbe trattato di un uso dei contro-

---

<sup>318</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11, nt. 299.

<sup>319</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11, nt. 300.

<sup>320</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11, nt. 301.

<sup>321</sup> Cfr. A. BORZÌ, *Interpretazione autentica, disapplicazione e giudizio di costituzionalità in una vicenda di contrasto tra diritto interno e ordinamento comunitario. A proposito della sentenza della Corte di giustizia, 11 novembre 2004, causa c-457/02, Niselli*, in *Federalismi.it - Rivista telematica*, 16 giugno 2005, 26.

limiti non solo disinvolto, ma addirittura del tutto infondato, visto che le fonti europee incidenti *in malam partem* sulla disciplina penale italiana in materia di rifiuti si limitavano a paralizzare il principio di retroattività favorevole nel caso in cui le norme *in melius* illegittime fossero state disapplicate. Ora, specialmente all'epoca dei fatti tale principio, diversamente dal principio di irretroattività della norma di sfavore, non era affatto di rango costituzionale<sup>322</sup>, e men che meno faceva parte del nucleo intangibile della nostra Suprema Carta.

In ogni caso, meno di un anno dopo la sentenza *Niselli*, la sentenza *Berlusconi*<sup>323</sup> provvede a riconfortare i cultori di una concezione del diritto penale europeo tendente a escludere, o quantomeno a limitare al massimo, un irrigidimento del sistema punitivo interno in assenza di un contributo in tal senso del legislatore nazionale. In questa sentenza la Corte di giustizia, smentendo la tesi più rigorista sostenuta dall'avvocato generale Kokott, decise che le direttive comunitarie non potevano comportare forme di erosione del principio di retroattività favorevole ulteriori a quelle riscontrabili nelle situazioni evocate dalle sentenze *Tombesi* e *Niselli*. Conseguentemente affermò che le direttive, anche se scadute, non possono essere utilizzate per escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto da norme nazionali (in ipotesi) in conflitto con le suddette direttive, dunque comunitariamente illegittime e da disapplicarsi; ovvero, se si preferisce, che tali direttive non consentono di far rivivere il precedente e più severo regime punitivo *abrogato* dalla normativa interna di favore contraria alle direttive in questione e pertanto comunitariamente illegittima.

Orbene, una parte dei commentatori lesse nella sentenza *Berlusconi* una sorta di smentita alle sentenze *Tombesi* e *Niselli*; smentita in realtà mai intervenuta in ragione delle evidenti differenze strutturali riscontrabili tra la prima e le seconde<sup>324</sup>. Vero è peraltro che la sentenza *Berlusconi*

---

<sup>322</sup> Sulla problematica evoluzione nella giurisprudenza costituzionale italiana del principio di retroattività favorevole "sotto l'influsso di (...) fonti pattizie e arresti di corti internazionali", F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011. In argomento cfr. altresì, per tutti, F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC*, 31 luglio 2012; A. MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, 488 ss.; nonché, da ultimo, F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Uberty, F. Viganò, Torino, 2016, 244 ss.

<sup>323</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11, nt. 302.

<sup>324</sup> In estrema (e necessariamente imprecisa) sintesi, le sentenze *Tombesi* e *Niselli* ammisero la *riespansione* della norma sanzionatoria di sfavore, per i fatti commessi sotto la sua vigenza. Nei casi in questione la norma di sfavore era dotata di un ambito applicativo suc-

è stata da molti considerata sintomatica del mutato “spirito dei tempi”, evidenziato dall’allora recentissimo fallimento del Trattato costituzionale europeo; è stata cioè considerata espressione di una sorta di “reticenza” della Corte di giustizia nel valorizzare (ovvero nell’esplicitare chiaramente in tutta la sua portata)<sup>325</sup> la potenziale efficacia *in malam partem* derivante in ambito penale dalla disapplicazione di norme interne comunitariamente illegittime. Io stesso, del resto, nel commentare questa sentenza, ipotizzai che in un momento di “riflusso anti-europeo” (peraltro meno macroscopico di quello attuale) la Corte di giustizia avesse preso le distanze dalle conclusioni dell’avvocato generale<sup>326</sup> anche per evitare di “innescare una campagna strumentalmente tesa a sottolineare il presunto rango costituzionale del principio di retroattività della legge penale favorevole<sup>327</sup>, favorendo una rivitalizzazione di quella ‘dottrina dei controlli-miti’ da sempre vista con sfavore dalle istituzioni europee”<sup>328</sup>.

L’armistizio tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali dei Paesi membri in merito allo spinosissimo tema relativo alla possibile lesione dei principi costituzionali nazionali da parte del diritto penale europeo non era però destinato a durare a lungo. Ad infrangerlo, come noto, è stata la sentenza *Melloni*<sup>329</sup>, innescata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo. In tale sentenza la Corte di giustizia veniva chiamata a pronunciarsi in merito ai rapporti di preminenza tra i principi/diritti di fonte europea e i principi/diritti sviluppati dal sistema costituzionale spagnolo. Il caso *Melloni* riguardava, infatti, una richiesta di estradi-

---

cessivamente circoscritto da una norma interna di favore comunitariamente illegittima e dunque da disapplicarsi. Per contro, la sentenza *Berlusconi* non ammise la possibile *reviviscenza*, per i fatti commessi sotto la sua vigenza, della norma sanzionatoria di sfavore *abrogata* da una norma interna di favore in ipotesi comunitariamente illegittima. Sulle differenze strutturali tra le suddette sentenze cfr., *amplius* e per tutti, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 118 ss.

<sup>325</sup> Cfr., in questo senso, S. RIONDATO, *Falso in bilancio e Corte di giustizia (causa Berlusconi). Non è un rigetto, in Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, cit., 335 ss.

<sup>326</sup> In queste “conclusioni” veniva affermato che la *reviviscenza* della norma di sfavore, a seguito della disapplicazione della norma di favore, non avrebbe nel caso di specie violato il principio della legalità della pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), in quanto al momento della loro commissione era la norma di sfavore a disciplinare gli illeciti in questione. Cfr. *Conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott*, presentate il 14 ottobre 2004 (cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e altri), punto 148.

<sup>327</sup> In merito al lento radicamento della retroattività favorevole nei valori materiali della Costituzione cfr., già all’epoca della sentenza *Berlusconi*, l’efficace panoramica offerta da M. SCOLETTA, *Retroattività in mitius e pronunce di incostituzionalità in malam partem*, in *Ai confini del “favor rei”. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, cit., par. 3, e bibliografia *ivi* riportata.

<sup>328</sup> A BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio*, cit., 46.

<sup>329</sup> Cfr. *supra*, sub par. 5.2, nt 168.



zione avanzata dall'Italia alla Spagna di un latitante italiano condannato in contumacia. Senonché, rispetto all'obbligo di estradizione imposto dalla normativa di terzo pilastro sul mandato d'arresto europeo<sup>330</sup>, il Tribunale costituzionale spagnolo manifestava riserve in quanto la disciplina italiana della contumacia, pur essendo conforme agli *standard* minimi previsti al riguardo dal diritto dell'Unione, risultava meno garantista di quella spagnola. In ragione di ciò, la Corte iberica effettuava un ricorso interpretativo a quella di Lussemburgo domandando se, in base alla CDFUE e in specie al suo art. 53 in tema di tutela dei principi/diritti costituzionali<sup>331</sup>, fosse consentito a uno Stato membro di subordinare la consegna del condannato *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna venga riesaminata nello Stato richiedente, "al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro"<sup>332</sup>. Per rispondere a tale quesito, la Corte di giustizia pone su un piatto della bilancia il principio garantista sancito dall'art. 53 CDFUE unitamente al principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri di cui all'art. 4.2 TUE, e sull'altro piatto taluni ulteriori principi propri del diritto dell'Unione, quali in particolare quelli del primato, di unità ed effettività del diritto sovranazionale, di fiducia e riconoscimento reciproci tra i Paesi membri. All'esito di tale operazione di bilanciamento, la Corte finisce col riconoscere la prevalenza del secondo gruppo di principi, sicché per essa "l'articolo 53 della Carta (...) deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione"<sup>333</sup>.

Nel caso *Melloni*, quindi, il combinato disposto del ricorso pregiudiziale del *Tribunal constitucional* e della relativa sentenza della Corte di giustizia parrebbero essersi tradotti nella sottrazione al suddetto *Tribunal*

---

<sup>330</sup> Si allude, essenzialmente, alla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*; o meglio alla versione oggi vigente dell'atto in questione, a seguito delle modifiche a esso apportate dalla decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009, *che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo*.

<sup>331</sup> In base a tale articolo "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, (...) dalle costituzioni degli Stati membri".

<sup>332</sup> Sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, cit., par. 26, n. 3.

<sup>333</sup> *Ivi*, par. 3 del dispositivo.

del controllo sui controlimiti<sup>334</sup>, confermando così la tesi di quanti da tempo sostengono che, a seguito della “europeizzazione” dei controlimiti, il vaglio di conformità del diritto dell’Unione ai principi e diritti fondamentali dei Paesi membri è passato nelle mani dei giudici di Lussemburgo<sup>335</sup>.

Certamente, le caratteristiche del caso concreto sottostante al ricorso interpretativo del Tribunale spagnolo<sup>336</sup>, unitamente alla già ricordata conformità della disciplina italiana della contumacia agli *standard* minimi pretesi dal diritto dell’Unione, portavano a privilegiare l’esigenza che, nello specifico, il mandato d’arresto europeo andasse a buon fine. E tuttavia, complici i modi molto sbrigativi con cui la Corte di giustizia ha liquidato il problema del bilanciamento tra le varie clausole di salvaguardia della identità nazionale inscritte nel diritto primario dell’Unione e i principi di cui la normativa sul mandato d’arresto europeo è espressione, una non marginale parte della dottrina è sembrata indotta per contrappasso a riconsiderare, se non addirittura a invocare, il ricorso ai controlimiti nella loro tradizionale accezione “nazionalista”. Insomma, pur con grande varietà di toni a seconda del punto di vista di partenza – indubbiamente assai diverso tra chi si dichiara apertamente “meno permeabile alle fascinazioni del diritto fluido” e fortemente perplesso in merito ai “rapporti tra diritto penale e diritto europeo”<sup>337</sup>, e chi da sempre si professa paladino del sistema multilivello di tutela dei diritti<sup>338</sup> – la sentenza

---

<sup>334</sup> L’uso del condizionale (“parrebbero”) sembra tuttavia d’obbligo. Infatti nel rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale spagnolo non si lamenta la violazione dei controlimiti. È dunque questo stesso Tribunale a non aver invocato in sede di rinvio pregiudiziale il rispetto dell’identità costituzionale. Certamente, la Corte di giustizia avrebbe potuto farsi parte attiva nel valutare se i diritti di cui il Tribunale costituzionale spagnolo affermava la lesione andassero salvaguardati alla luce del principio del rispetto dell’identità nazionale sancito dall’art. 4.2 TUE. È però anche vero che in questo caso la Corte di giustizia avrebbe finito col farsi carico di decidere essa stessa in merito all’appartenenza dei suddetti diritti all’identità costituzionale spagnola, laddove viceversa questa decisione avrebbe dovuto competere al Tribunale costituzionale iberico. Si può quindi concludere affermando che, nell’ambito del caso *Melloni*, il suddetto Tribunale ha quantomeno agevolato la risposta “eurocentrica” della Corte. Al riguardo cfr. le acute osservazioni di P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, vol. 41, n. 2, 491 ss. e in particolare 515.

<sup>335</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 3, nt. 53.

<sup>336</sup> Al riguardo, merita di essere sottolineato che i reati per i quali il Melloni era stato condannato risultavano di indubbia gravità; e, soprattutto, che costui era a conoscenza del procedimento a suo carico, era volontariamente rimasto latitante ed era efficacemente difeso da due avvocati di fiducia.

<sup>337</sup> C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 339.

<sup>338</sup> Cfr., in particolare, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato: a margine della sentenza Melloni*, cit., 87.

*Melloni* ha potentemente contribuito a rilanciare il tema dei controlimiti, riposizionandolo in un contesto essenzialmente nazionale o quantomeno riconoscendo ad esso una duplice dimensione interna ed europea.

In ogni caso, non solo una parte della dottrina, ma anche una parte della giurisprudenza ha reagito alla sentenza *Melloni*, giungendo ad approdi in base ai quali le succitate clausole di identità nazionale comporterebbero non già un trasferimento di competenze dalle Corti costituzionali alla Corte di giustizia, ma semmai una sorta di “rinazionalizzazione” del diritto UE. In questa direzione, per vero già imboccata dal *Bundesverfassungsgericht* in particolare nella sentenza *Lissabon* del 2009<sup>339</sup> e nella sentenza *OMT* del 2014<sup>340</sup>, sembra collocarsi la già ricordata sentenza 15 dicembre 2015 emessa dalla medesima Corte in relazione al caso *R.*<sup>341</sup>; caso, quest’ultimo, per molti aspetti simile al caso *Melloni*, non foss’altro perché entrambi sono stati innescati da un ricorso individuale avverso un mandato d’arresto europeo emesso da un giudice italiano a seguito di una condanna in contumacia. Peraltro, notevoli appaiono anche le differenze tra i due casi: infatti nel caso *R.*, contrariamente al caso *Melloni*, il ricorrente poteva affermare di non aver avuto conoscenza del processo, con conseguente assoluta impossibilità di giovare di una adeguata difesa nel merito, ormai preclusa dalla disciplina italiana della contumacia.

Questo stato di cose ha consentito alla Corte tedesca di affermare che nella vicenda sottoposta alla sua attenzione gli *standard* garantistici minimi europei non sono rispettati dalla normativa processuale italiana, con conseguente necessità di non dover dar seguito al mandato d’arresto europeo per violazione del basilare principio costituzionale di dignità umana inscritto all’art. 1 della Legge fondamentale tedesca. Tanto più

---

<sup>339</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 108. In relazione alla sentenza in oggetto, il rischio di “rinazionalizzazione” del diritto comunitario” (e di una sua conseguente frammentazione su scala nazionale tramite la valorizzazione dei controlimiti da parte delle singole Corti costituzionali) è esplicitamente sottolineato da S. CASSESE, *Intervento al seminario del 19 ottobre 2009 su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>340</sup> Si tratta della già ricordata (*supra*, *sub* par. 5.1, nt. 111) sentenza del 7 febbraio 2014 in tema di *OMT*, nella quale il *Bundesverfassungsgericht* ha utilizzato per la prima volta lo strumento del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia. In tale sentenza, invero, la Corte tedesca ha assunto un atteggiamento ben diverso da quello manifestato dal *Tribunal Constitucional* spagnolo nell’ambito del caso *Melloni*, guardandosi bene dal chiedere alla Corte UE di decidere sul “proprio” controlimite nazionale, ma domandando piuttosto ai giudici di Lussemburgo se sia corretta l’interpretazione della normativa europea di diritto derivato che, sola, escluderebbe il contrasto con la *Grundgesetz* e dunque eviterebbe l’attivazione dei controlimiti.

<sup>341</sup> In merito al quale cfr., per tutti, P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 123 ss.

che, nel caso di specie, al principio in questione non si contrapporrebbero il principio del primato e tutti gli ulteriori principi evocati dalla Corte di giustizia in relazione al caso *Melloni*, in quanto sarebbe la stessa normativa UE a legittimare il rifiuto della consegna; e a legittimarlo in modo così indiscutibile da non rendere necessario, in nome della dottrina dell'*acte claire*, un rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo.

Anche in relazione al caso *R.*, dunque, il *Bundesverfassungsgericht* è riuscito a risolvere la questione “amichevole”, vale a dire senza far concreto uso dei controlimiti. Vero è peraltro che in questa sua pronuncia la Corte tedesca da un lato chiarisce che il controllo del rispetto delle identità nazionali costituzionali evocato all’art. 4.2 TUE e il controllo “interno” di identità costituzionale sono intrinsecamente connessi tra loro; dall’altro lato afferma con forza che rientra a pieno titolo nella identità costituzionale il supremo principio della dignità umana, il quale a sua volta ricomprende il principio di responsabilità personale in materia penale, e che sono i giudici di Karlsruhe (e non di Lussemburgo) a vegliare sul rispetto di tali principi. Si può quindi affermare che nella sentenza 15 dicembre 2015 il Tribunale costituzionale tedesco interpreta il diritto dell’Unione alla luce del principio di identità costituzionale e non viceversa, cosicché i controlimiti sono fatti rientrare nel loro ambito originario: quello, appunto, sottoposto al controllo del *Bundesverfassungsgericht*, con conseguente prevalenza del nocciolo duro dell’identità costituzionale sull’esigenza di tutela del diritto dell’Unione. Va però ricordato ancora una volta che, in base alla ormai costante giurisprudenza della Corte tedesca, questo controllo deve essere svolto in modo “amichevole”, “dialogico”, “non divisivo”<sup>342</sup>; e sinora, pur nel rigore della sua posizione di principio, la Corte tedesca ha confermato nelle sue pronunce tale approccio.

In questa sede, peraltro, importa sottolineare che un analogo atteggiamento “amichevole” sembra connotare anche la giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, secondo taluni, una prova di questo atteggiamento parrebbe fornita da una recente pronuncia nella quale la Grande Camera ha offerto una interpretazione della normativa UE sul mandato d’arresto europeo più in linea con quelle esigenze di tutela dei diritti dell’imputato e del condannato almeno parzialmente sacrificate nella sentenza *Melloni*. Si allude alla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*<sup>343</sup>,

---

<sup>342</sup> Cfr., anche per ulteriori, ricchissimi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, I. SPADARO, *La cooperazione in materia di sicurezza e giustizia e le ricadute sul processo di integrazione europea. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza del BVerfG sul mandato di arresto europeo*, in *dirittifondamentali.it. Rivista online*, 2016, n. 2.

<sup>343</sup> Sent. 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15, *Aranyosi e Căldăraru*. In merito a tale sentenza e al ruolo in essa attribuito ai diritti fondamentali cfr., in particolare,

nella quale i giudici di Lussemburgo hanno affermato che, in presenza di elementi precisi, attendibili e aggiornati comprovanti il concreto rischio di un trattamento inumano o degradante in caso di consegna, l'autorità giudiziaria di esecuzione "deve rinviare la propria decisione sulla consegna dell'interessato fino all'ottenimento delle informazioni complementari che le consentano di escludere la sussistenza di siffatto rischio".

Certamente, il caso *Melloni* risultava significativamente diverso dal caso oggetto della pronuncia in questione, stante che in quest'ultimo le ragioni della mancata esecuzione del mandato d'arresto europeo risiedono nelle fondamentale garanzie sancite in via generale dall'art. 4 CDFUE, mentre nel caso *Melloni* la richiesta (e non concessa) deroga all'obbligo di consegna poggiava sulle speciali garanzie difensive del sistema processuale spagnolo, ultronee rispetto agli *standard* fissati dal diritto europeo. Resta il fatto che la sentenza *Aranyosi e Căldăraru* testimonia l'attenzione della Corte di giustizia verso i diritti fondamentali della persona e la volontà di farli prevalere su ogni altro principio a sfondo "funzionalistico", così da porsi in sintonia con le esigenze di tutela espresse dai Paesi membri e dunque da non urtare la suscettibilità di questi ultimi.

Insomma, per quanto sin qui visto, si può affermare che nel corso dei loro rapporti i giudici di Karlsruhe e quelli di Lussemburgo sono sinora riusciti a mantenere aperto un "dialogo" che, se a volte ha assunto le sembianze di una "lotta", non è però mai degenerato in scontro aperto e ha sempre mirato a forme ragionevoli di mediazione atte a consentire agli uni e agli altri di non piegare la schiena.

Sembra lecito domandarsi, a questo punto, se anche i rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia potranno mantenere (come personalmente auspico) lo stesso carattere "dialogico" nell'ambito del caso *Taricco*; caso, questo, oggetto di una sentenza della Corte di Lussemburgo che è stata più volte in precedenza ricordata<sup>344</sup> e che è destinata a incidere pesantemente sul diritto penale nazionale, in quanto ricca di effetti *in malam partem* nei confronti dell'imputato e, più in generale, nei confronti di quanti debbano affrontare un processo penale per talune

---

G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Rivista AIC*, 19 luglio 2016; F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello Stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016; G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in *www.diritticomparati.it*, 19 maggio 2016; A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 9, 1243 ss.

<sup>344</sup> Cfr., in particolare, *supra*, *sub* par. 1, nt. 17.

specifiche categorie di reati rientranti nel campo di applicazione del diritto europeo.

### 13. *Il caso Taricco in tema di prescrizione davanti alla Corte di giustizia*

Innescato da una questione pregiudiziale sottoposta nel gennaio 2014 alla Corte di giustizia dal g.u.p. di Cuneo e interamente riformulata dall'avvocato generale, il caso *Taricco* è troppo noto per doverlo qui riprendere nei dettagli. Basterà allora ricordare che esso concerne la disciplina italiana della prescrizione, ritenuta in contrasto col diritto dell'Unione.

Questo contrasto non può certo destare sorpresa, in quanto è risaputo che la suddetta disciplina viene giudicata in modo assai critico dalla massima parte degli operatori del diritto<sup>345</sup>. Malamente ridisegnata dal legislatore nel 2005<sup>346</sup> e collocata all'interno di un sistema penale sotto molti profili inadeguato – nel quale da un lato l'elaborazione di criteri di priorità nella trattazione degli affari penali incontra forti resistenze culturali e dall'altro lato il principio di obbligatorietà dell'azione penale tende a confliggere col principio di ragionevole durata del processo<sup>347</sup> – la nostra normativa in tema di prescrizione contribuisce potentemente alla vanificazione di quest'ultimo principio<sup>348</sup> ed è quindi ritenuta meritevole di una sollecita, seppur sempre tardiva, riforma<sup>349</sup>. In particolare, incontro-

---

<sup>345</sup> Recentemente, ricorda che “da molte voci, anche autorevoli, la vigente disciplina della prescrizione viene indicata come il ‘male assoluto’ nell’ordinamento penale” E.M. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, in *www.archivioopenale.it/*, 2016, n. 2, 2, con ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. altresì, per tutti e con specifico riferimento al caso *Taricco*, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, cit., par. 5; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., par. 2; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, 15.

<sup>346</sup> L. 5 dicembre 2005, n. 251, *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*. In merito alla riforma della prescrizione contenuta in tale legge cfr., per tutti, le critiche di G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Corr. merito*, 2005, 187 ss.

<sup>347</sup> Sul punto cfr., da ultimo, L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016.

<sup>348</sup> Cfr., in particolare, G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte euorunitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso *Taricco* e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo” (Roma, 4 ottobre 2016), in *www.rivistaatc.it/*, 13.

<sup>349</sup> Cfr., da ultimo, E.M. AMBROSETTI, *La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie*, cit., *passim*; M. GAMBARDELLA, *Segnali di riforma della pre-*

verso è il fatto che la normativa in questione risulti arbitraria<sup>350</sup>, disfunzionale<sup>351</sup> e soprattutto, per quanto qui interessa, contraria agli obblighi di fonte europea<sup>352</sup>.

Tale contrarietà, invero, emerge a livello sia normativo sia fattuale. Sotto il primo profilo, va sottolineato che in relazione a casi di frodi gravi lesive degli interessi finanziari dell'Unione, la legislazione italiana fissa termini prescrizionali complessivamente più brevi di quelli previsti in relazione a casi di frodi lesive degli interessi finanziari nazionali, violando così indiscutibilmente l'art. 325.2 TFUE, il quale impone agli Stati membri di adottare, "per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari"<sup>353</sup>.

Quanto poi al secondo profilo, quello appunto fattuale, per vero più problematica appare la contrarietà del regime prescrizionale italiano al diritto dell'Unione.

In effetti, da un lato è arcinoto che i ridotti tempi di prescrizione concorrono a rendere assai spesso inefficace la lotta alle frodi comunitarie, contribuendo a favorire non già l'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di quanti le commettono, bensì la impunità di costoro, anche e specialmente se autori di frodi gravi in materia di IVA, le quali rientrano a pieno titolo nella categoria delle frodi comunitarie<sup>354</sup>;

---

*scrizione: la proposta Gratteri e il disegno di legge n. 2067, in Cass. pen., 2016, 2737 ss. Cfr. altresì, esemplificativamente, A. BALSAMO, L'art. 3 della Cedu e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria, in Cass. pen., 2014, 3925 ss.; F. VIGANÒ, Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo, in Dir. pen. com. - Riv. trim. 2012, n. 3, 18 ss.*

<sup>350</sup> In questo senso cfr. già, per tutti, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni*

*antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Indice pen.*, 1999, 542.

<sup>351</sup> Cfr., tra gli altri, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, 15.

<sup>352</sup> In questa sede, la contrarietà della prescrizione agli obblighi di fonte europea è presa in considerazione con esclusivo riferimento al diritto dell'Unione. Circa i problematici rapporti tra disciplina italiana della prescrizione e CEDU cfr., in particolare, A. BALSAMO, *L'art. 3 della Cedu e il sistema italiano della prescrizione: una riforma necessaria*, in *Cass. pen.*, 2014, 3925 ss.

<sup>353</sup> Cfr., *ex multis*, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, cit., 8; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in <http://www.archiviopenale.it>, 2, nt. 8.

<sup>354</sup> Al riguardo cfr., per tutti e con puntuali riferimenti ora alla giurisprudenza della Corte di giustizia, A. VENEGONI, *Indagini penali e diritto UE nelle frodi comunitarie*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 31 luglio 2015; P. VALENTE, C. ALAGNA, S. MATTIA, *Controversie internazionali*, Milano, 2013, 319, nt. 102.

sotto questo aspetto, quindi, sembra legittimo ritenere che la disciplina italiana della prescrizione violi (non solo l'art. 325.2, ma anche) l'art. 325.1. TFUE, in base al quale "L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione".

Dall'altro lato, però, non pare dubitabile che la complessiva inefficacia del nostro sistema sanzionatorio rispetto a un ampio spettro di reati, fra i quali rientrano in particolare le frodi comunitarie, sia ascrivibile anche ad altre cause, prima fra tutte la proverbiale lentezza della giustizia italiana<sup>355</sup>, a sua volta dovuta a una pluralità di elementi di natura vuoi normativi<sup>356</sup> vuoi fattuali<sup>357</sup>. In questo senso, quindi, il contrasto con l'art. 325.1. TFUE finirebbe col riguardare i più diversi aspetti del nostro sistema giudiziario<sup>358</sup>, per molti dei quali, invero, i più tradizionali meccanismi giudiziali concepiti dall'ordinamento UE per sanare il suddetto contrasto<sup>359</sup> non risulterebbero certo utilizzabili. Vero è peraltro che, nei "limiti posti dal principio d'eguaglianza/ragionevolezza"<sup>360</sup> sembrerebbe consentito al legislatore nazionale un allungamento dei termini prescizionali volto a tener conto della particolare complessità dei procedimenti relativi a talune categorie di reati (e forse anche dei tempi medi della giustizia italiana), in vista appunto di una complessiva salvaguardia dell'efficacia del nostro sistema penale<sup>361</sup>, e dunque della sua compatibilità con gli obblighi discendenti dall'adesione ai Trattati.

---

<sup>355</sup> In merito alla quale cfr., emblematicamente e per tutti, *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006. In argomento si vedano altresì, da ultimo, le osservazioni di B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016.

<sup>356</sup> Basti pensare al fatto che, come già ricordato, il nostro sistema processuale penale si fonda sul principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) ed è articolato in tre gradi di giudizio (mentre in base all'art. 2 del Protocollo n. 7 CEDU il condannato ha soltanto "diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale").

<sup>357</sup> Tra i quali potrebbero rientrare, ad esempio, le ben note carenze di organico di talune sedi giudiziarie, la insufficiente informatizzazione di queste ultime e in generale della macchina della giustizia penale italiana, ecc.

<sup>358</sup> Cfr. al riguardo, per tutti, 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*, cit., par. 4.

<sup>359</sup> Si allude, beninteso, all'interpretazione conforme al diritto UE e alla disapplicazione delle norme insanabilmente contrastanti con quest'ultimo.

<sup>360</sup> D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte Costituzionale sulla sentenza Taricco*, cit., 231.

<sup>361</sup> Tuttavia, per una riflessione critica tesa a privilegiare riforme incentrate sull'abbreviamento dei tempi del procedimento penale piuttosto che sull'aumento dei termini prescri-



Sia come sia – preso atto della complessiva inadeguatezza rispetto al diritto dell’Unione della disciplina prescrizione italiana, e ritenuto che l’art. 325 TFUE risulti una norma dotata di effetto diretto<sup>362</sup> – nella sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha affermato che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato “è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare”<sup>363</sup>. Sempre la Corte di giustizia ha poi aggiunto che “Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli”<sup>364</sup> dal suddetto articolo.

Ora, ove il giudice nazionale verifichi la sussistenza delle predette circostanze, l’obbligo di disapplicazione che discende dalla sentenza in oggetto, riguardando le norme del codice penale italiano che dettano i limiti alla interruzione della prescrizione<sup>365</sup>, determina un allungamento retroattivo dei termini prescrizionali attualmente previsti, con un effetto penale diretto *in malam partem* per l’autore<sup>366</sup>. Indubbiamente, questo effetto è considerato legittimo dalla Corte di giustizia in ragione del carattere processuale attribuito dal diritto europeo alla prescrizione, la quale dunque non sarebbe soggetta al divieto di retroattività sfavorevole<sup>367</sup>. Poiché però nel sistema italiano la prescrizione è ritenuto un isti-

---

zionali cfr., da ultimo, B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit.

<sup>362</sup> Posizione, quest’ultima, del resto condivisa da una parte della stessa dottrina italiana: cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, cit., 3.

<sup>363</sup> Par. 66, n. 1.

<sup>364</sup> *Ivi*.

<sup>365</sup> Cfr., specificamente, gli artt. 160, ultimo comma, e 161, c.p.

<sup>366</sup> Quantomeno “quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti”: Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, cit., par. 57.

<sup>367</sup> Al riguardo, nella sentenza in oggetto la Corte di giustizia afferma esplicitamente che “Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall’articolo 49 della Carta [CDFUE]” (par. 55); e che “La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novem-

tuto di diritto sostanziale<sup>368</sup>, da un punto di vista “interno” lo stesso effetto risulta in contrasto col principio costituzionale di legalità in materia penale. Di qui, l’invocazione da più parti del ricorso ai controlimiti in funzione di salvaguardia del suddetto principio, considerato rientrante a pieno titolo nel nucleo duro della nostra identità costituzionale; nucleo al quale peraltro apparterebbero – secondo una parte degli operatori del diritto, e come si avrà modo in seguito di precisare – anche ulteriori principi a loro giudizio pregiudicati dalla sentenza in oggetto.

13.1. *Le reazioni dei giudici ordinari alla sentenza Taricco: tra disapplicazione della prescrizione, richiesta di attivazione dei controlimiti e ricorso sotterraneo a controlimiti sostanziali per via interpretativa*

Come ben si vede, quindi, il dibattito sulla sentenza *Taricco* appare destinato a riproporre tutte le complesse e tendenzialmente irrisolte questioni relative alla teoria dei controlimiti via via ricordate nel corso di questa *Presentazione*.

Invero, gli eterogenei punti di vista in merito alla suddetta teoria emergono dall’esame delle diverse reazioni suscitate dalla sentenza in esame già in ambito *giurisprudenziale*.

Al riguardo, va innanzitutto ricordato che, con una pronuncia immediatamente successiva a quella della Corte di giustizia, in nome dei principi del primato e dell’effetto diretto la Terza Sezione della Corte di cassazione<sup>369</sup> ha dimostrato non solo di voler recepire quanto sancito a Lussemburgo nella sentenza *Taricco*, ma addirittura di andare al di là di quanto da essa preteso<sup>370</sup>. Nella suddetta pronuncia la Terza Sezione ha

---

bre 1950, che sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall’articolo 49 della Carta, avvalora tale conclusione. Secondo tale giurisprudenza, infatti, la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall’articolo 7 della suddetta Convenzione”.

<sup>368</sup> In merito al dibattito sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione cfr., in particolare, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss., con ricchissimi riferimenti bibliografici.

<sup>369</sup> Sent. 17 settembre 2015 - 20 gennaio 2016, n. 2210, in merito alla quale cfr., tra gli altri e con diversità di accenti, G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell’epoca del “minimalismo penale”*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2016; F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. it.*, 2016, n. 4, 965 ss.

<sup>370</sup> Infatti, come ricordato *supra*, *sub* nt. 366, la suddetta sentenza risulta produttiva di effetti *in malam partem* nei confronti dell’autore del reato solo “quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti”.

infatti disapplicato una prescrizione *già intervenuta* in materia di frodi lesive delle finanze dell'Unione e richiamato, a supporto di tale soluzione, una sentenza della Corte costituzionale<sup>371</sup> nella quale quest'ultima aveva ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU, la prescrizione non rientra nella garanzia del *nullum crimen*<sup>372</sup>.

Per contro, in perfetta antitesi rispetto a tale pronuncia, la Corte d'Appello di Milano, la medesima Terza Sezione della Corte di Cassazione e infine il Tribunale di Siracusa hanno sollecitato, con quattro ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale<sup>373</sup>, l'attivazione dei controlimiti per opporsi agli effetti disapplicativi attribuiti dalla sentenza *Taricco* all'art. 325 TFUE.

A ben vedere, però, nemmeno tra questi organi giurisdizionali vi è una piena consonanza di vedute. Al riguardo, basti considerare i mutevoli principi costituzionali che, in base alle suddette ordinanze, risulterebbero sacrificati dalla sentenza *Taricco*. Così, mentre la Corte d'appello di Milano invoca i controlimiti con esclusivo riferimento al principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Cost. nei suoi diversi corollari<sup>374</sup>, il Tribunale di Siracusa insiste molto sui rapporti tra il principio di legalità e i principi del giusto processo (art. 111 Cost.) e di difesa (art. 24 Cost.). Quanto poi alla Terza Sezione della Corte di cassazione, essa in due distinte ordinanze non si limita a opporre alla Corte di giustizia il diritto di difesa e il parametro costituzionale della legalità in tutte le sue articolazioni, ma richiama anche il principio di rieducatività della pena, quello di uguaglianza, quello di ragionevolezza e infine quello di separazione dei poteri: tutti principi, a parere della Terza Sezione, inscindibilmente legati all'identità costituzionale del nostro sistema<sup>375</sup>, e come tali protetti dallo stesso art. 4.2 TUE<sup>376</sup>. Senza contare che taluni di essi rientrerebbero fi-

<sup>371</sup> Sent. n. 236 del 2011.

<sup>372</sup> Al riguardo cfr., in particolare e con accenti critici, F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi*, cit.

<sup>373</sup> Cfr., in ordine cronologico, Corte d'Appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, n. 6421/14; Corte di Cassazione, III sez. pen., ord. 30 marzo – 8 luglio 2016, n. 28346 e ord. 31 marzo 2016 – 1° agosto 2016, n. 33538; Tribunale di Siracusa, ord. 25 maggio 2016, R.G. 2211/14.

<sup>374</sup> Cfr., *amplius*, 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 *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

<sup>375</sup> Cfr., per tutti, e con particolare riferimento al principio di uguaglianza (ritenuto palesemente violato dalla sentenza *Taricco*), I. PELLIZZONE, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, disapplicazione di norme interne in bonam partem e principio di uguaglianza. Riflessioni a margine del caso Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 13 ottobre 2016.

<sup>376</sup> Cfr., in particolare, G. RICCARDI, *obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione 'internazionale' e controlimiti 'costituzionali'*, cit., 28 ss.

nanco tra quelli garantiti dalla CEDU o risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, ricevendo quindi tutela anche da parte dell'art. 6.3 TUE.

In ogni caso, i provvedimenti sin qui sinteticamente menzionati non esauriscono le posizioni assunte dalla giurisprudenza italiana a seguito della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia. Lo dimostra una pronuncia della Quarta Sezione della Corte di cassazione<sup>377</sup> la quale esamina due spinose questioni correlate alla suddetta sentenza, concernenti rispettivamente: l'individuazione della soglia minima di gravità delle frodi rispetto alle quali andrebbero disapplicati i termini prescrizionali dettati dal nostro codice penale; l'operatività dell'obbligo di disapplicazione in relazione alle diverse ipotesi in cui, al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco*, i termini in questione siano già spirati ovvero risultino ancora pendenti. In relazione alla prima questione, la Quarta Sezione lamenta la carente determinatezza del parametro fornito dalla Corte di giustizia; in relazione alla seconda questione, poi, essa opta – correttamente e diversamente da quanto deciso nella succitata sentenza della Terza Sezione<sup>378</sup> – a favore dell'estinzione della pena nei casi in cui la prescrizione sia maturata prima della sentenza *Taricco*. In sostanza, nella sentenza qui ricordata la Quarta Sezione non solleva la questione di legittimità costituzionale e assume una posizione intermedia tra quella “pandisapplicatrice” propria della prima sentenza della Terza sezione e quella, “oppositiva” all'arresto della Corte di giustizia, di cui sono espressione le succitate quattro ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

Infine, merita di essere segnalata una recente, ulteriore sentenza della Terza Sezione della Corte di cassazione<sup>379</sup>. Questa sentenza in primo luogo ricorda i due requisiti necessari affinché la disciplina nazionale della prescrizione in tema di frodi UE sia considerata non rispettosa dell'art. 325 TFUE e dunque debba essere disapplicata: requisiti consistenti, rispettivamente, nella pendenza di un procedimento penale riguardante “frodi gravi” in materia di imposta sul valore aggiunto e nella ineffettività delle sanzioni previste “in un numero considerevole di casi di frode grave” che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. In secondo luogo, la sentenza in questione si ingegna a elaborare i criteri da cui dedurre sia la *gravità* delle frodi sia la *ineffettività* del relativo sistema sanzionatorio. In particolare, con riferimento alla valutazione della gra-

---

<sup>377</sup> Sent. 25 gennaio – 26 febbraio 2016, n. 7914, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*; in *Cass. pen.*, 2016, 1462, con nota di M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*

<sup>378</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 369.

<sup>379</sup> Sent. 7 giugno – 24 ottobre 2016, n. 44584.

vità o meno della frode, essa afferma che “deve darsi rilievo” non solo “alla quantità dell’imposta evasa”, ma anche “alle modalità attraverso le quali la frode è stata posta in essere”<sup>380</sup>. In tal modo, la Terza Sezione giunge a stabilire che “il superamento dell’importo di Euro 50.000,00 [esplicitamente previsto dall’art. 2, par. 1, della Convenzione PIF come importo al di là del quale una frode deve essere senz’altro considerata ‘grave’] non può (...) essere ritenuto di per sé sufficiente, in mancanza di una precisa determinazione in tal senso da parte del giudice comunitario, a connotare la gravità della frode”. In base a tale argomento, quindi, anche frodi superiori ai 100.000 euro possono essere considerate ‘non gravi’, e pertanto tali da non richiedere – anche in presenza dell’ulteriore requisito dell’ineffettività delle sanzioni – la disapplicazione della relativa disciplina prescrizione. Si tratta, come la Terza Sezione si premura di ricordare, di un “argomento sostanzialmente condiviso anche dalla precedente Cass., sez. 4, 25 gennaio 2016, n. 7914”<sup>381</sup>. Vero è però che proprio la sentenza *Taricco* si è presa cura di riportare testualmente, nel suo par. 6, il contenuto dell’art. 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF<sup>382</sup>, e che dunque appare quantomeno discutibile l’affermazione secondo cui la Corte di giustizia non darebbe “una precisa determinazione” della soglia al di là della quale una frode deve comunque essere considerata *grave*.

In realtà, in questa sua sentenza la Terza Sezione si ingegna a deformare in sede ermeneutica un concetto (quello appunto di “frode grave”) intervenendo arbitrariamente su una sua componente predeterminata dal diritto dell’Unione e pertanto offrendo, per riprendere le parole utilizzate (sia pure in relazione a un diverso caso) da Antonio Ruggeri, “un esempio assai istruttivo di manipolazione per via d’interpretazione della giurisprudenza eurounitaria”<sup>383</sup>. Sembra dunque legittimo il sospetto che l’aggira-

---

<sup>380</sup> E ciò in quanto “Il più sicuro ancoraggio oggettivo per la determinazione della gravità della frode nell’ordinamento italiano è (...) rappresentato dal complesso dei criteri per la determinazione della gravità del reato contenuti nell’art. 133 c.p., comma comma 1, il quale fa riferimento, non solo alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa (n. 2), ma anche alla natura, alla specie, ai mezzi, all’oggetto, al tempo, al luogo e, più in generale, alle modalità dell’azione (n. 1), nonché all’elemento soggettivo (n. 3)”.

<sup>381</sup> Cfr. *supra*, *sub* nt. 377.

<sup>382</sup> In base al quale “Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all’articolo 1 nonché la complicità, l’istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all’articolo 1, paragrafo 1, siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l’extradizione, *rimanendo inteso che dev’essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a [EUR] 50 000*” (corsivo nostro).

<sup>383</sup> *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, cit., par. 4.

mento del tassativo criterio quantitativo previsto dalla convenzione PIF per valutare la *gravità* delle frodi sia volto al duplice fine di non disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione e al contempo di non contraddire troppo palesemente l'obbligo di disapplicazione in presenza di determinate condizioni imposto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*<sup>384</sup>. Pur nella consapevolezza della estrema opinabilità di ogni ragionamento costruito in questa delicatissima materia, parimenti legittimo parrebbe quindi additare la suddetta pronuncia della Terza Sezione come un esempio di quel sindacato diffuso e sottotraccia sui controlimiti cui si è in precedenza più volte fatto cenno<sup>385</sup>, non senza accenti critici<sup>386</sup>.

In ogni caso, per quanto sin qui visto, quello che viceversa appare indiscutibile è che le prime reazioni degli organi giudiziari italiani alla sentenza *Taricco* si caratterizzano per la loro spiccata eterogeneità, trasmettendo una complessiva sensazione di incertezza e disordine rispetto alla quale solo l'invocata sentenza della Corte costituzionale potrà, forse e almeno in parte, porre rimedio.

### 13.2. *Il caso Taricco nel dibattito dottrinale. Il peso delle opposte concezioni politico-ideologiche e i pochi punti di tendenziale convergenza*

In ogni caso, se è vero che le risposte della giurisprudenza italiana alla sentenza *Taricco* sono state assai diversificate tra loro, quelle della dottrina risultano ancora più articolate e ricche di sfumature. In esse davvero si è fatto ricorso a tutti i colori della tavolozza per illustrare un arresto certamente assai problematico e capace di assumere i più diversi profili agli occhi di chi lo esamina.

<sup>384</sup> *Mutatis mutandis*, considerazioni per molti versi analoghe potrebbero essere effettuate con riferimento al secondo dei due succitati requisiti richiesti dalla sentenza *Taricco* affinché la disciplina nazionale della prescrizione in tema di frodi UE sia considerata non rispettosa dell'art. 325 TFUE e dunque debba essere disapplicata. Si allude, beninteso, al requisito della *ineffettività* appalesata dal sistema sanzionatorio in relazione a *un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Infatti l'analisi dei criteri elaborati dalla Terza Sezione della Corte di cassazione per valutare la sussistenza o meno di tale requisito (cfr. sent. 7 giugno – 24 ottobre 2016, n. 44584, cit., par. 4.4.2 ss.) può lasciare nel lettore della sentenza in oggetto il sospetto che attraverso i suddetti criteri, pur per molti aspetti condivisibili, si sia perseguito lo scopo di considerare, nel caso di specie, senz'altro *effettivo* il sistema sanzionatorio italiano in tema di frodi UE, così da non dover disapplicare l'istituto della prescrizione.

<sup>385</sup> Cfr. *supra*, sub par. 5.1, nt. 83.

<sup>386</sup> Cfr. *supra*, sub par. 6.3, *in fine*. Peraltro, in merito alla funzione critica della “disobbedienza funzionale” dei giudici nazionali, vale a dire all'attitudine di quest'ultima a indurre il legislatore europeo e la Corte di giustizia a riflettere sul loro operato e, se del caso, a mutare indirizzo, cfr. le stimolanti osservazioni di G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1 ss.

In effetti, già ad una prima, sommaria ricognizione, i punti di osservazione dei commentatori si rivelano oltremodo eterogenei, variando a seconda delle loro posizioni scientifico-giuridiche. Queste ultime, a loro volta, appaiono condizionate da opposte concezioni politico-ideologiche trasversalmente presenti negli appartenenti a ogni settore della società e in via di progressiva emersione, sino ad affiancarsi e persino a sostituirsi ai più tradizionali, sedimentati paradigmi politici. Come da più parti sostenuto, parrebbe infatti che attualmente la tradizionale dialettica tra “destra” e “sinistra” stia progressivamente lasciando il campo all’alternativa tra ideologie identitarie e multiculturali, ovvero, per quanto qui più interessa, tra posizioni “sovraniste” ed “europeiste”<sup>387</sup>: le prime – per usare le parole rinvenibili nel manifesto di un nascente partito politico – volte alla “riconquista della sovranità nazionale in ogni sua forma”, in particolare “attraverso il ricollocamento della Costituzione al vertice dell’ordinamento”<sup>388</sup>; le seconde, come noto, tese “a favorire l’integrazione dei popoli e degli Stati d’Europa in un ordinamento sovranazionale più vasto”<sup>389</sup> di impronta *lato sensu* federalista<sup>390</sup>. Peraltro, nell’amplissimo spazio intercorrente tra questi opposti si colloca un coacervo di opinioni e punti di vista all’interno dei quali i binomi “locale”-“globale” e “nazionale”-“sovrannazionale” assumono infinite declinazioni nelle quali le diverse componenti materiali e ideali di matrice volta a volta identitarista, nazionalista, europeista e mondialista si mescolano tra loro in modo imprevedibile, dando vita a una molteplicità di voci connotate dai più diversi timbri.

Complici questi differenti influssi metagiuridici, è dunque possibile affermare che il tratto caratterizzante del dibattito dottrinale sulla sentenza *Taricco* è costituito da una estrema varietà di posizioni. Ciò non toglie che all’interno di questo dibattito sia possibile cogliere talune questioni in merito alle quali i commentatori rivelano una pressoché sostanziale convergenza.

---

<sup>387</sup> Per taluni interessanti spunti al riguardo cfr., all’interno di una vasta bibliografia, *European Populism in the Shadow of the Great Recession*, cura di H. Kriesi, T.S. Pappas, Colchester, 2015; V. CASTRONOVO, *L’Europa e la rinascita dei nazionalismi*, Roma-Bari, 2016. Da ultimo cfr., altresì, il breve ma illuminante articolo di S. FABBRINI, “Sovranismo” *l’avversario da battere per l’Europa*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 gennaio 2017.

<sup>388</sup> Questo obiettivo politico, posto al centro del programma del “Fronte sovranista nazionale” costituito a Roma il 5 giugno 2016, è condiviso – in modo più o meno esplicito e con varietà di accenti – da entità politiche anche assai diverse tra loro, rinvenibili in tutti i Paesi dell’Unione.

<sup>389</sup> <https://it.wikipedia.org/wiki/Europeismo>.

<sup>390</sup> Cfr., *ex multis*, R.D. KELEMEN, *Built to Last? The Durability of EU Federalism*, in *Making History: State of the European Union*, vol. 8, 2007, 51 ss.; O. FERRAND, *L’Europe contre L’Europe*. Paris, 2009; G. VERHOFSTADT, D. COHN-BENDIT, *Per l’Europa! Manifesto per una rivoluzione unitaria*, Milano, 2012.

Il primo punto attorno al quale si riscontra, invero, un generalizzato consenso è costituito dalla coscienza della assoluta inadeguatezza dell'attuale disciplina italiana della prescrizione, del resto non a caso fatta oggetto di molteplici tentativi di riforma, peraltro sinora apparsi frenati da contrapposti interessi di parte, nonché dalla notoria difficoltà del nostro legislatore a operare ponderate riforme di sistema.

Un secondo momento di sostanziale comunanza sembra consistere nella tendenza a stigmatizzare la scelta della Corte di giustizia di imporre agli organi giudicanti nazionali, in vista della eventuale disapplicazione della prescrizione, l'accertamento dell'attitudine di tale istituto a impedire l'inflizione di "sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea", mettendo quindi il giudice comune "di fronte a compiti di accertamento statistico, rispetto ai quali esso appare palesemente inadeguato"<sup>391</sup>. Peraltro questo momento di comunanza riguarda un *dictum* della sentenza *non particolarmente innovativo* e soprattutto *carente di significative ricadute pratiche*, quantomeno rispetto al caso in esame. Sotto il primo profilo, non va infatti dimenticato che da vari decenni la Corte di Lussemburgo affida ciclicamente ai giudici nazionali, che ad essa ricorrono in via interpretativa per comprendere se una data norma interna sia o meno conforme al diritto europeo, compiti di accertamento statistico, tecnico-scientifico o addirittura macroeconomico del tutto estranei alle loro mansioni in sistemi di *civil law*<sup>392</sup>; compiti per questo sottoposti da parte della dottrina a critiche costanti<sup>393</sup>, anche se – a dire il vero – di intensità non comparabile a quelle mosse nei confronti della sentenza *Taricco*<sup>394</sup>. Sotto il

---

<sup>391</sup> E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., par. 1, nt. 3. Sul punto cfr. altresì, *amplius* e per tutti, D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE*, *Taricco*, cit., 4 ss. Peraltro, per un tentativo di sdrammatizzare tale questione cfr. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., par. 5, *in fine*.

<sup>392</sup> Cfr., al riguardo, gli esempi riportati da E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., par. 1.

<sup>393</sup> Invero, già da alcuni decenni si erano levati allarmati richiami in merito alla problematica tendenza della Corte di giustizia a pretendere dal giudice nazionale, in vista dell'eventuale disapplicazione di norme penali interne, indagini oltremodo complesse e sostanzialmente inesigibili. Sul punto cfr., volendo, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, A. BERNARDI, *Profili penalistici della commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti. Profili tecnici, economici e giuridici*, Milano, 1992, 250 ss.

<sup>394</sup> Questa diversa intensità delle critiche – peraltro – ben si spiega alla luce delle ricadute, sulla stessa libertà dell'autore del reato, della eventuale disapplicazione della prescrizione basata su siffatti accertamenti statistici.



secondo profilo, poi, non si può fare a meno di rilevare come in relazione a tale sentenza i suddetti compiti da essa attribuiti ai singoli giudici interni appaiano sostanzialmente ininfluenti sull'esito del caso in esame, data la pacifica sussistenza in quest'ultimo di un elemento, ulteriore a quello statistico, di per sé solo idoneo a sancire l'obbligo di disapplicazione: vale a dire, per l'appunto, l'elemento costituito dal fatto che la legislazione italiana dispone, "per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea"<sup>395</sup>, con conseguente violazione dell'art. 325.2 TFUE.

Infine, un terzo e più significativo momento di comunanza riscontrabile tra i commentatori della sentenza *Taricco* è costituito dalla generalizzata consapevolezza di affrontare un terreno oltremodo scivoloso, rispetto al quale è comunque difficile individuare la più corretta soluzione del caso, sia che il giudice comune opti per la disapplicazione della prescrizione (stante la molteplicità delle "varianti disapplicative" ipotizzate da giurisprudenza e dottrina)<sup>396</sup>, sia che rimetta la questione alla Corte costituzionale (dato l'ampio ventaglio di opzioni a disposizione tanto del giudice di rinvio quanto di quest'ultima). In particolare, anche rispetto alla scelta di rimettere la decisione al giudice delle leggi, è facile verificare quanto lontane siano le singole opinioni dei commentatori. Emblematici, al riguardo, i diversissimi punti di vista circa l'opportunità del ricorso da parte della Consulta al rinvio pregiudiziale: avvertito da taluni come lo strumento ideale per consentire un dialogo costruttivo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia<sup>397</sup> – e questo persino quando il dialogo verte su un tema delicato come quello dei controllimiti<sup>398</sup> – il suddetto rinvio è

---

<sup>395</sup> Corte di giustizia, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, cit., par. 66, n. 1.

<sup>396</sup> Cfr., esemplificativamente, i contrasti riscontrati tra la III e la IV sezione della Casazione; ovvero, in dottrina i contrasti tra L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, cit., par. 6 e C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*. In merito ai complessi problemi posti dalla disapplicazione in *malam partem* della prescrizione rispetto alle diverse situazioni processuali ipotizzabili, cfr. M. GAMBARDILLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in questo Volume, par. 7; nonché, esemplificativamente, A. ALBANO, *Il termine assoluto (o relativo?) di prescrizione dei reati tributari alla luce della sentenza "Taricco": profili sistematici*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, fasc. 2, pt. 4, 45 ss.

<sup>397</sup> Cfr. *supra*, sub par. 5.1, nt. 141.

<sup>398</sup> Cfr., per tutti, M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24, 2016, 15 ss.; L. DANIELE,

considerato, da altri, un mezzo diabolico attraverso cui consegnare qual che resta della sovranità nazionale a chi ha tutto l'interesse di farne strame<sup>399</sup>; anche, se, invero, non mancano autori – si pensi a Jörg Luther<sup>400</sup> – i quali ci ricordano come il *Bundesverfassungsgericht* abbia dimostrato che il ricorso interpretativo può essere fatto in molti modi, alcuni dei quali lontanissimi da ogni atteggiamento di sudditanza dell'organo ricorrente eppure, al contempo, espressivi di una commendevole capacità di autolimitazione nel quadro di una complessiva concezione sovranazionale dell'Unione<sup>401</sup>.

### 13.3. *I contrasti in dottrina circa il ruolo dei controlimiti nella sentenza Taricco*

Insomma, fatta eccezione per qualche sporadico momento di convergenza, i commenti alla sentenza *Taricco* rivelano la Babele delle concezioni giuridiche attualmente riscontrabile in Italia relativamente ai rap-

---

*La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", cit., 42; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, cit., 15. Sottolinea come, in sede di rinvio pregiudiziale, il giudice costituzionale possa prima o poi far valere la dottrina dei controlimiti, attuando così una "agguerrita ed efficace" "difesa" preventiva (...) delle ragioni riportabili al disposto legislativo interno potenzialmente suscettibile di confliggere con quello eurounitario" A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *Consulta online*, 5 febbraio 2015, 45. Analogamente S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di S. Panunzio, Napoli, 2005, 1, 29.

<sup>399</sup> È questo il rischio paventato da quanti temono che la trasformazione dei controlimiti "da 'rigido muro di confine fra ordinamenti' in 'punto di snodo e cerniera tra UE e Stati membri'" (così, testualmente, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P. Passaglia, cit., 27) porti con sé il concretissimo rischio di una standardizzazione dei principi e diritti fondamentali dei singoli Stati membri, in quanto a seguito del rinvio pregiudiziale sarebbe la Corte di giustizia ad avere l'ultima parola in ordine all'implementazione e al bilanciamento dei principi e diritti fondamentali. Cfr., al riguardo, S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, cit., 5 ss. Secondo tale autore, ciò comporterebbe "tre pericoli. Il primo è stato definito di 'colonizzazione giudiziaria' (Cartabia): la protezione dei diritti viene assorbita a livello europeo. Vi è una 'sterilizzazione' comunitaria della protezione assicurata dalle corti nazionali. Da questo discendono il pericolo di una riduzione delle diversità e del pluralismo e quello di tensioni tra tradizioni costituzionali nazionali e disposizioni sovranazionali" (6). Sembra superfluo rilevare che lo scenario evocato da Cassese è quello della definitiva, seppur conflittuale, "europeizzazione" del momento più qualificante del costituzionalismo nazionale, costituito appunto dalla tutela dei diritti fondamentali.

<sup>400</sup> *Costituzionalizzare l'integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, cit., par. 5, n. 4.

<sup>401</sup> In questo senso cfr., molto chiaramente, C. PINELLI, *Karlsruhe dichiara vincitore il diritto Ue*, in [www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2531](http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=2531), 11 febbraio 2014.

porti tra diritto penale nazionale e diritto europeo. Infatti, come già accennato, i contrasti al riguardo si riscontrano sia tra “teorici” e “pratici”, sia tra cultori delle diverse branche del diritto (costituzionale, europeo, internazionale, penale) sia persino tra studiosi di analoga estrazione. Accade così che da un commentatore all’altro lo stesso ‘tono’ della sentenza venga avvertito carico di modulazioni dissonanti (al punto che quello stesso tono giudicato “sprezzante” da Massimo Luciani<sup>402</sup> è considerato da Ernesto Lupo come “prudente”<sup>403</sup>); che in seno ai costituzionalisti si avvertano profonde fratture tra “eurocritici”<sup>404</sup> e “euroottimisti”<sup>405</sup>; che tra i penalisti i vincoli imposti dalla Corte di giustizia attraverso la sentenza *Taricco* siano visti, volta a volta, come una invasione di campo intollerabilmente tesa a stravolgere il ruolo del giudice interno<sup>406</sup>, ovvero come imposizioni coerenti con gli obblighi di fonte eurounitaria e financo utili per indurre il legislatore a rimediare ad antiche storture del nostro sistema penale, effettuando infine riforme a lungo rinviate ancorché quanto mai opportune<sup>407</sup>.

<sup>402</sup> *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., par. 5, v): “La Corte di giustizia, *sprezzantemente* (corsivo nostro), non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale (...). Con buona pace del ‘dialogo fra le Corti’”.

<sup>403</sup> *Introduzione al Convegno*, cit., 7. “la sentenza *Taricco* (...) è piuttosto *prudente* (corsivo nostro). Nel dispositivo affida al giudice nazionale di ‘verificare’ le circostanze in presenza delle quali va ritenuta sussistente la violazione dei due paragrafi dell’art. 325 del Trattato (TFUE), onde la stessa violazione è accertata dalla Corte europea in via ipotetica («*nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive*»). La conseguente disapplicazione della normativa nazionale viene, perciò, prospettata ipoteticamente e non come dovere che automaticamente scaturisca dalla sentenza (...) Nella sentenza c’è un invito a coordinare (...) il diritto europeo con il nostro diritto nazionale”. Rispetto a queste affermazioni cfr. la replica di M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso *Taricco* e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”, cit., 74.

<sup>404</sup> Ad esempio e limitatamente agli autori presenti in questo *Volume*, cfr. ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit.; O. CHESSA, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., *passim*.

<sup>405</sup> Cfr., sempre limitatamente agli autori presenti in q e con diverse sfumature, A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, cit.; G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit.

<sup>406</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, cit., par. 5; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, cit., in particolare par. 5.

<sup>407</sup> Cfr., specialmente, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., par. 5 e 6; L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla “virtuosa indignazione” al rilancio del diritto penale europeo*, cit., in particolare par. 6.

Il volume aperto da questa *Presentazione*, invero, offre un ricco campionario delle diverse reazioni suscitate in dottrina dalla sentenza *Taricco*. Le tesi di coloro che ritengono quantomeno inopportuno utilizzare i controlimiti al fine di paralizzare la sentenza in questione e i relativi obblighi di disapplicazione della prescrizione si alternano, infatti, agli argomenti di quanti, all'opposto, auspicano un intervento deciso della Consulta finalizzato a esplicitare una volta per tutte la primazia della Costituzione sul diritto dell'Unione e a ridimensionare l'attuale tendenza della Corte di giustizia a brandire i principi dell'effetto diretto e del primato per alterare irrimediabilmente, financo in ambito penale e *in malam partem*, l'identità dei sistemi nazionali.

Ed ecco allora che da una parte della dottrina vengono esposte – a volte anche con veemenza – le ragioni contrarie al ricorso ai controlimiti nel caso *Taricco*. Così Enzo Cannizzaro ricorda che “il carattere esclusivo del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali non consente (...) che esso venga meno a favore dell'applicazione di norme costituzionali nazionali maggiormente ‘garantiste’ nei confronti dei diritti individuali”<sup>408</sup>; e che “sarebbe (...) macroscopicamente inadeguato un approccio analitico, che consenta alla Corte costituzionale di esercitare il proprio sindacato non già sull'idoneità del riparto di competenza in tema di tutela dei diritti fondamentali, quanto sulla singola norma europea all'origine di una pretesa violazione del sistema dei diritti fondamentali”<sup>409</sup>. Un tale approccio, infatti, “sarebbe ispirat[o] da una concezione di integrazione *à la carte*, tesa, effettivamente, solo alla unilaterale affermazione dei principi e dei valori propri dell'ordinamento nazionale”<sup>410</sup>.

Con cadenze diverse ma con esiti convergenti Jörg Luther rileva che, alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale tedesca, in relazione alla sentenza *Taricco* il ricorso ai controlimiti andrebbe caldamente sconsigliato. Benché infatti la Corte di “Karlsruhe riconosca a tutti gli stati membri dell'UE il diritto a una dichiarazione di inapplicabilità di sentenze della CGE”, essa “raccomanda di evitare simili conclusioni affrettate, di considerarla solo *ultima ratio*”; e nel caso di specie “si potrebbe (...) dubitare che siano già esauriti tutti i rimedi offerti dal diritto dell'UE, in particolare che sia esclusa una questione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale che prospettasse la possibilità di una sentenza additiva di principi di identità costituzionale tale da consentire al giudice a quo di ‘ricucire’ il tappeto della tutela dei di-

---

<sup>408</sup> *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, cit., par. 3.

<sup>409</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>410</sup> *Ivi*, par. 5.

ritti”<sup>411</sup>. Inoltre Luther ricorda che, “sia nel diritto Ue, sia in quello nazionale deve ritenersi vietato ogni *exit* da organizzazioni internazionali per semplice decisione giudiziaria”, mentre “non sono vietate sentenze monito verso i giudici europei”<sup>412</sup>.

Su posizioni ancora più nette appare Francesco Viganò. Questi da un lato sottolinea con suggestivi esempi che proprio l’attuale disciplina italiana della prescrizione “conduce ad elevati rischi di *violazione dei più importanti diritti umani*”, del resto puntualmente sanzionati dalla Corte EDU<sup>413</sup>; dall’altro lato contesta che, alla luce del principio di leale cooperazione di cui all’art. 4.3 TUE, i vincoli *in malam partem* imposti dalla Corte di giustizia violino il principio di riserva di legge in materia penale nelle sue diverse articolazioni<sup>414</sup> e dunque giustifichino l’uso dei controlimiti.

Su questa stessa linea di pensiero si colloca indubbiamente Lorenzo Picotti, il quale – dopo aver ricordato che è solo il nocciolo duro del principio di legalità in materia penale “che può (e deve) essere realmente garantito quale “controlimite” nel necessario *bilanciamento* con le norme primarie ed i principi fondanti del diritto europeo”<sup>415</sup> e che l’attuale “profonda crisi del progetto europeo non pare certo determinata dall’eccesso di competenze od ‘ingerenze’ dell’Unione negli ordinamenti (e nelle politiche) nazionali, ma al contrario dalla *carezza* di suoi adeguati poteri e capacità di guida o, meglio, ‘governo’ a livello sovranazionale”<sup>416</sup> – ritiene “assolutamente fuori luogo e sproporzionato, prima ancora che infondato, invocare nel caso Taricco dei ‘controlimiti’ costituzionali, che dovrebbero resistere al basilare principio di primazia del diritto europeo ed alla competenza interpretativa della Corte, confondendoli o fondandoli su pretesi ‘vizi’ di mera legittimità costituzionale interna, non adeguatamente bilanciati con quello”<sup>417</sup>.

---

<sup>411</sup> *Costituzionalizzare l’Integrationsgewalt: non solo querelle de l’Allemagne*, par. 7.

<sup>412</sup> *Ivi*.

<sup>413</sup> *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., par. 2, nt. 14, ove si ricorda la sentenza della Corte EDU 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*. Nella stesso senso cfr. altresì, da ultimo, M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., 12 ss., ove si attribuisce indirettamente alla infelice disciplina prescizionale anche la condanna dell’Italia nella sentenza della Corte EDU 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

<sup>414</sup> *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., par. 3.1 e 3.2.

<sup>415</sup> *Riflessioni sul caso Taricco: dalla “virtuosa indignazione” al rilancio del diritto penale europeo*, cit., par. 5.

<sup>416</sup> *Ivi*, par. 7.

<sup>417</sup> *Ivi*, par. 7.

Anche Pietro Faraguna è netto nell'affermare che gli obblighi insiti nella sentenza in esame non violano il nucleo intangibile dei principi e diritti fondamentali elevabile a controlimite<sup>418</sup>, precisando in particolare come sarebbe del tutto infondato un eventuale ricorso allo specifico controlimite costituito dalla clausola di identità costituzionale. Infatti “la stessa Corte costituzionale ha finalmente chiarito che l'identità costituzionale integra una nozione unitaria, che è contemporaneamente limite alla revisione costituzionale e controlimite. Ove si intendesse ammettere che gli esiti della sentenza Taricco conducono a un conflitto ‘sostanziale’ (...) con l'identità costituzionale italiana, ciò equivarrebbe ad escludere la possibilità di giungere ai medesimi esiti attraverso l'azione di qualunque potere costituito. Sarebbe perciò precluso al legislatore, finanche costituzionale, di introdurre modifiche al regime prescizionale che impattassero sui giudizi in corso. Ciò che, a parere di chi scrive, pare una prospettiva difficilmente difendibile”<sup>419</sup>.

Infine, con varietà di argomentazioni, Marco Gambardella ritiene che non vi sia “alcuna assoluta necessità di alzare gli scudi dei ‘controlimiti’”<sup>420</sup>: al riguardo inconferenti risulterebbero, infatti, sia i principi costituzionali invocati dalla Corte d'Appello di Milano, in quanto “è la stessa Corte di giustizia che chiede appunto ai giudici nazionali di non disapplicare il diritto interno allorché ciò conduca alla lesione un diritto fondamentale”<sup>421</sup>, sia i più numerosi principi costituzionali richiamati dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione. In particolare, “il principio fondamentale ... della separazione dei poteri” non sarebbe violato, in quanto “la pronuncia della Corte di giustizia a ben vedere non crea *ex novo* diritto, ma si limita ad estendere una disciplina (relativa alla interruzione della prescrizione) già prevista per i reati di competenza della Procura distrettuale ai reati in materia di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea”<sup>422</sup>.

Se dunque, come si è appena visto, questo volume ospita un nutrito drappello di autori radicalmente contrari al ricorso ai controlimiti per invalidare gli effetti della sentenza *Taricco*, esso accoglie anche numerosi fautori di un ricorso a tale arma estrema per porre rimedio agli sfregi che la sentenza in questione apporterebbe, a loro dire, ai lineamenti essen-

<sup>418</sup> *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, par. 5.

<sup>419</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>420</sup> *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, cit., par. 5.

<sup>421</sup> *Ivi*, par. 5. L'a. prosegue affermando che “il giudice italiano – per i fatti antecedenti alla sentenza *Taricco* – deve individuare una regola, un criterio per separare i casi cui si applica la sentenza della Grande Sezione da quelli rispetto ai quali essa non opera”.

<sup>422</sup> *Ivi*, par. 6.

ziali di taluni principi e diritti fondamentali rinvenibili nella nostra Suprema Carta.

È Massimo Luciani ad invocare per primo il fuoco di sbarramento dei controlimiti a tutela di quel “predominio assiologico della Costituzione” che egli ritiene destinato a “dover essere operativo anche in riferimento al diritto dell’Unione”<sup>423</sup>. Nel contestare la diffusa presunzione secondo la quale il supposto, irresistibile processo di progressiva integrazione fra ordinamenti statali e sovrastatali perseguito anche e soprattutto attraverso la tutela “multilivello” dei diritti abbia ormai finito con l’attribuire ai controlimiti un mero valore simbolico, l’autore sottolinea che questi ultimi “non solo hanno una compiuta sostanza normativa e politica, ma sono stati utilizzati e potrebbero esserlo nuovamente e con ancor maggiore efficacia se sol lo si volesse”<sup>424</sup>. In questa prospettiva – anche alla luce di un contesto generale caratterizzato dal mancato scioglimento dei molti nodi politici correlati alla imperfetta costruzione europea, nonché dalla solo illusoria trasformazione dei “controlimiti esterni in semplici *limiti* interni (all’ordinamento dell’Unione)”<sup>425</sup> – Luciani stigmatizza le pesanti interferenze *in malam partem* effettuate dalla sentenza *Taricco* “in un ambito (...) tradizionalmente (...) riservato agli Stati” e “in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordine costituzionale”; cosicché “opporvisi [attraverso il ricorso ai controlimiti] sarebbe semplicemente un atto di civiltà giuridica”<sup>426</sup>. Al riguardo, l’unica alternativa da questo autore ammessa è se tale opposizione debba avvenire “con una secca declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione del TFUE o ‘alla tedesca’, utilizzando i controlimiti per leggere il diritto UE in modo da neutralizzarlo per rapporto ai principi supremi”<sup>427</sup>.

In sintonia con l’auspicio di Massimo Luciani si pone l’intervento di Omar Chessa, per il quale peraltro il ricorso ai controlimiti in relazione alla sentenza *Taricco* appare giustificato anche “prescindendo dalla presunta violazione dell’art. 25, comma secondo, Cost.”<sup>428</sup>. La sentenza in questione, infatti, non sarebbe “rispettosa della dottrina dell’effetto diretto” e quindi, in quanto “font[e] del diritto, vincolant[e] *erga omnes*”, dovrebbe essere considerata *ultra vires* perché “lesiv[a] del principio di attribuzione”<sup>429</sup>.

<sup>423</sup> *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, par. 5.

<sup>424</sup> *Ivi*, par. 2.

<sup>425</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>426</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>427</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>428</sup> Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cit., par. 13.

<sup>429</sup> *Ivi*, par. 13. In una prospettiva tendenzialmente parallela, anche se con riferimento ai “controlimiti attinenti ai ‘principi supremi dell’ordinamento costituzionale’ interno”, cfr.

Nettamente a favore del ricorso ai controlimiti nella loro tradizionale dimensione “patriottica” di estrema salvaguardia dei particolarismi costituzionali nazionali si dichiara anche Cristiano Cupelli. Questi, in particolare, sottolinea i vantaggi correlati “al riconoscimento del controlimite della riserva di legge e al suo significato politico-ideologico”<sup>430</sup> nella prospettiva di un complessivo ridimensionamento dell’impatto del diritto UE in ambito penale<sup>431</sup>, e financo in una prospettiva di svincolo dei singoli Paesi membri dagli obblighi di incriminazione di fonte europea attraverso una norma interna che depenalizzi quanto in precedenza assoggettato a sanzione penale in attuazione di tali obblighi<sup>432</sup>. Per altro verso, ove i suddetti controlimiti non venissero utilizzati, l’autore paventa “il riconoscimento della giurisprudenza (...) quale fonte del diritto, anche penale, con la trasfigurazione della riserva di legge in *riserva di diritto*, l’attribuzione al giudice di compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo e alla sua funzione”<sup>433</sup>.

Quanto a Carlo Sotis, egli pure auspica il ricorso ai controlimiti, seppure – diversamente da Cupelli – non prioritariamente basato sulla riserva di legge, ma piuttosto su un variegato insieme di fonti costituzionali correlate tra loro. Sotis, infatti, da un lato dubita che la interruzione, su impulso della Corte di giustizia, “della prescrizione in casi in cui non sia ancora maturata”, pur traducendosi in una violazione del principio di legalità, “comporti l’attivazione di un controlimite”<sup>434</sup>; dall’altro lato però afferma senza incertezza alcuna che i compiti di accertamento posti a carico del giudice comune dalla sentenza *Taricco* contrastano “frontalmente con (...) una trama di principi fondamentali chiamati a garantire la scelta essenziale della nostra Costituzione”, (...) e dunque stridono “con il nucleo duro del volto costituzionale del diritto penale: il personalismo”<sup>435</sup>.

Sebbene in modo un po’ meno esplicito, anche Vittorio Manes pare voler suggerire un ricorso “in chiave antagonista” ai controlimiti rispetto alla sentenza *Taricco* (da lui considerata “tanto eversiva quanto fra-

---

L. EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 44. Secondo questo a., infatti, la sentenza *Taricco* “appare configurare un *eccesso di potere* della CGUE, sul quale dev’essere possibile il sindacato (...) [de]lla Corte costituzionale del paese membro interessato”.

<sup>430</sup> *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, cit., par. 6.

<sup>431</sup> Ridimensionamento, sempre secondo Cupelli, finalizzato a impedire che il suddetto diritto penale UE eroda “quel *recinto* di discrezionalità [dello Stato] protetto dalla riserva di legge” (*ivi*, par. 6).

<sup>432</sup> *Ivi*, par. 6, *in fine*.

<sup>433</sup> *Ivi*, par. 7.

<sup>434</sup> *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, cit., par. 5.

<sup>435</sup> *Ivi*, par. 5.



gile”)<sup>436</sup>, ritenendo che in relazione ad essa possa essere invocata una pluralità di parametri costituzionali per sostenere “l’illegittimità *in parte qua* della legge di ratifica degli impegni europei”<sup>437</sup>. Secondo il severo giudizio di questo autore, la suddetta sentenza si pone infatti in palese contrasto con “valori prossimi al fascio di principi che identificano l’identità costituzionale”, ossia a quel ‘nucleo duro’ di principi impermeabile alla *primauté* ed all’integrazione (*integrationsfest*), che l’Unione deve rispettare per espressa previsione dell’art. 4, par. 2, TUE”<sup>438</sup>. Al contempo però, sempre secondo Manes, sembra verosimile ipotizzare un esito del caso *Taricco* giocato, più che su una drastica contrapposizione tra la Consulta e la Corte di giustizia, su un eventuale utilizzo, da parte dei giudici comuni, di quei “controlimiti sottotraccia” cui in precedenza si è fatto a più riprese cenno<sup>439</sup>.

Rispetto agli autori da ultimo citati, tutti orientati (sia pure in modo più o meno esplicito e in base ad argomenti anche assai differenti dall’uno all’altro) a privilegiare il ricorso ai controlimiti così come tradizionalmente intesi per rendere inapplicabile la sentenza *Taricco*, le posizioni assunte da Stefano Manacorda, Francesco Palazzo e Roberto Bin sembrano collocarsi su piani almeno parzialmente diversi. Certamente, anche questi autori si dimostrano critici nei confronti della sentenza in esame<sup>440</sup>: i loro contributi, però, si distinguono dai precedenti per il dato comune di non insistere, e nemmeno di alludere pesantemente, all’opportunità di attivare questo estremo rimedio in chiave di netta contrapposizione alla Corte di Lussemburgo.

Così, Stefano Manacorda, dopo aver sottolineato la complessiva prospettiva vittimocentrica e funzionalistica del diritto penale UE e la tendenza della Corte di giustizia a giocare al ribasso in sede di tutela dei diritti fondamentali<sup>441</sup>, preferisce “non lanciarsi in improbabili previsioni sull’operato della nostra Corte costituzionale”<sup>442</sup> in relazione alla sentenza *Taricco*. L’intento dell’autore è piuttosto quello di capire cosa vi sia ‘a monte’ di pronunce siffatte, nell’ambito delle quali le inadempienze di uno Stato membro nei confronti dell’Unione non si traducono – come vi-

<sup>436</sup> La “svolta” *Taricco* e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti, cit., par. 7.

<sup>437</sup> *Ivi*, par. 5.2.

<sup>438</sup> *Ivi*, par. 6.2.

<sup>439</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1., nt. 83; par. 6.3, nt. 218; par. 13.1., ntt. 384 e 385.

<sup>440</sup> Ben più scoperte ed esplicite, invero, le critiche di Manacorda e Bin. Ma nel par. 6 della relazione di Palazzo non è difficile cogliere puntuali critiche alla sentenza *Taricco*.

<sup>441</sup> *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, cit., par. 2.

<sup>442</sup> *Ivi*, par. 5.

ceversa sarebbe legittimo attendersi – nella condanna dello Stato in questione da parte della Corte di Lussemburgo, ma producono effetti sfavorevoli a carico di un imputato imprevedibilmente spogliato di talune sue essenziali garanzie. ‘A monte’ vi sarebbe, dunque, la scelta dei giudici nazionali di ignorare la presa di posizione garantista delle Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>443</sup> per sfruttare *in malam partem* le “potenzialità connesse ad un controllo diffuso di conformità” eurounitaria della normativa vigente, onde supplire per via giurisprudenziale alle carenze repressive del legislatore nazionale<sup>444</sup>. Le affermazioni di Manacorda inducono a riflettere sul ruolo verosimilmente avuto dal *petitum* insito nell’ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia<sup>445</sup> sulla decisione di quest’ultima in relazione al caso *Taricco*: in effetti, la tanto audace quanto problematica scelta operata dai giudici di Lussemburgo in vista della tutela degli interessi finanziari dell’Unione non può non essere stata facilitata dalla constatazione che, in fondo, era proprio il giudice nazionale a perorare la causa della disapplicazione della prescrizione. *Superior stabat lupus*, verrebbe insomma da dire: anche se, a ben pensarci, le parole di Fedro paiono un po’ ingenerose se riferite a un giudice nazionale-*lupus* impegnato nel difficile, anzi difficilissimo compito di far interagire tra loro le fonti europee e le fonti nazionali<sup>446</sup> nel contestuale rispetto dei principi/diritti fondamentali e delle esigenze del diritto UE<sup>447</sup>.

---

<sup>443</sup> Cfr. la già ricordata (*supra*, *sub* par. 11, nt. 304) sent. 19 gennaio 2012, n. 22225, ai sensi della quale “*Non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato*”.

<sup>444</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>445</sup> Sul punto cfr. F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia? Nota a Trib. Cuneo, ord. 17.01.2014, GUP Boetti*, in *Dir. pen. cont.*, 7 febbraio 2014.

<sup>446</sup> In merito alle suddette difficoltà cfr., volendo e da ultimo, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 10 ss.

<sup>447</sup> Al riguardo, sembra dimostrarsi ancora attuale quanto quasi vent’anni fa ebbi modo di affermare in *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, cit., 62. In quella sede osservavo che “per una pluralità di ragioni diverse e convergenti i magistrati nazionali sono portati non di rado ad interpretare la fattispecie penale [ovvero, più in generale, a rimodellare la normativa penale interna] in modo tale da farla risultare forzatamente conforme al diritto comunitario, sacrificando così nei fatti il principio di stretta legalità. Questo fenomeno, certamente criticabilissimo, sembra eliminabile non solo attraverso un fermo richiamo alle fondamentali regole dello Stato di diritto, ma anche e prima ancora attraverso un più sollecito adeguamento della normativa penale interna alle esigenze del diritto comunitario”. Tra le suddette “ragioni diverse e convergenti” segnalavo, in particolare, la “istanza “sostanzialistica” di tutela dei beni protetti dalla normativa comunitaria, nonché l’avvertita esigenza di non esporre lo Stato di appartenenza ad una condanna da parte della Corte di giustizia per mancato rispetto dell’obbligo di garantire, attraverso adeguate sanzioni, l’effettività del diritto comunitario” (*ivi*, nt. 60).

Quanto a Francesco Palazzo, solo a una superficiale lettura la sua relazione può apparire come una riflessione generale sui controlimiti al diritto UE capace di eludere lo spinoso quesito della loro utilizzabilità in relazione alla sentenza *Taricco*. Infatti l'autore, se da un lato evidenzia l'estrema problematicità di un ricorso a tali strumenti rispetto alle *fonti normative europee*, dall'altro lato ritiene "realistica (...) l'operatività dei controlimiti nel momento in cui la norma europea è chiamata a influire sull'ordinamento interno *per via giudiziaria*"<sup>448</sup> (corsivo nostro). Egli, inoltre, sottolinea l'esistenza di due fondamentali "limiti 'intrinseci'" alle operazioni di disapplicazione condotte dal giudice comune; limiti consistenti, rispettivamente, nella 'puntualità' del "contrasto tra la norma europea e quella interna da disapplicare"<sup>449</sup> e della 'facile individuabilità' della "disciplina interna, risultante applicabile a seguito della disapplicazione della norma incompatibile"<sup>450</sup>. Ora, poiché all'evidenza questi due limiti non hanno condizionato la Corte di giustizia in relazione alla sentenza *Taricco*, sarebbe forse lecito presumere che nel caso di specie l'autore propenda per il ricorso ai controlimiti onde inibire forme di disapplicazione esorbitanti dei loro naturali confini. Senonché, il 'tono' usato da Palazzo è indubbiamente diverso da quello degli autori collocati nel precedente raggruppamento, così come diversa appare la funzione da lui attribuita ai controlimiti: una funzione, come già ricordato<sup>451</sup>, non prevalentemente "oppositiva" e "difensiva", ma essenzialmente "dialogica" in quanto volta innanzitutto ad "assicurare il reciproco avvicinamento dei due ordinamenti in una prospettiva di reale armonizzazione che sappia evitare il rischio della prevaricazione e delle conseguenti probabili reazioni di chiusura"<sup>452</sup>.

La tesi di fondo di Francesco Palazzo sembra ripresa e ulteriormente specificata da Roberto Bin, le cui critiche alla sentenza *Taricco* sono, invero, particolarmente esplicite e feroci. Per Bin quest'ultima è, molto semplicemente, "una sentenza sbagliata". Essa infatti contraddirebbe tutta la pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale "l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a loro favore, per assicurare la tutela dei loro diritti contro il comporta-

---

<sup>448</sup> *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 6.

<sup>449</sup> *Ivi*, par. 6: "nel senso cioè che le due norme abbiano un grado di generalità ed astrattezza sufficientemente omogeneo, non essendo pensabile far discendere la disapplicazione da una norma eurounitaria generica o di mero scopo".

<sup>450</sup> *Ivi*, par. 6.

<sup>451</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 6.2.

<sup>452</sup> *Ivi*, par. 3, *in fine*.

mento omissivo dello Stato”<sup>453</sup>. Per di più, questo *revirement* appare agli occhi dell’autore tanto radicale quanto non supportato da adeguate motivazioni, e per di più realizzato attribuendo ai giudici nazionali poteri che confliggono col fondamentale principio della divisione degli stessi e che dunque rischiano di mettere a dura prova il tanto declamato “dialogo” tra le Corti<sup>454</sup>. Sembrerebbero esserci allora tutte le premesse per l’invocazione ad un uso *tranchant* dei controlimiti, ma così non è. E ciò perché, secondo Roberto Bin, il “dialogo” tra i giudici costituzionali e i giudici di Lussemburgo “può veicolare anche messaggi di censura e minacce di interruzione del rapporto”<sup>455</sup>, ma comunque non deve interrompersi attraverso una brusca attivazione dei controlimiti: infatti, “questa misura deve essere mantenuta come ipotesi ultima, di chiusura del sistema, da minacciare sempre ma attivare mai”<sup>456</sup>; e meno che mai da attivare in casi come quello sfociato nella sentenza *Taricco*, ove “nel merito la Corte di giustizia ha (...) ragione”<sup>457</sup>. Ecco perché persino rispetto a una così infelice sentenza la Corte costituzionale dovrebbe rinunciare ad una risposta traumaticamente conflittuale. Questa potrebbe allora consistere da un lato in una mera “reinterpretazione” della ‘disapplicazione’ imposta dai giudici di Lussemburgo, così da limitare l’“effetto diretto” da essa prodotto e i “conseguenti obblighi dei giudici nazionali”, e dall’altro lato nell’accoglimento delle “giuste censure” mosse dalla Corte UE alla legislazione italiana. Censure alle quali la Consulta potrebbe dare seguito sollevando “davanti a se stessa” una questione di legittimità della legge italiana in tema di prescrizione, da risolversi “con una sentenza di accoglimento”<sup>458</sup>. Come è facile capire, Bin sembra dunque propendere per un ricorso “virtuoso” ai già più volte ricordati “controlimiti sottotraccia”: controlimiti, questi, che a ben vedere sarebbero nella disponibilità non solo dei giudici comuni<sup>459</sup>, ma anche della stessa Corte costituzionale<sup>460</sup>.

Insomma, condiviso in special modo dai tre autori da ultimo ricordati sembra essere l’invito a un uso prudente e non “difensivo” dei con-

<sup>453</sup> *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, cit., par. 1.

<sup>454</sup> *Ivi*, par. 3.

<sup>455</sup> *Ivi*, par. 3.

<sup>456</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>457</sup> In quanto “La disciplina italiana della prescrizione in materia penale è inaccettabile e favorisce in modo intollerabile chi compie frodi finanziarie”: *ivi*, par. 5.

<sup>458</sup> *Ivi*, par. 5.

<sup>459</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 83.

<sup>460</sup> Cfr. al riguardo, A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, par. 4. L’a. sottolinea che “manipolazioni sostanziali per via d’interpretazione” degli arresti della Corte di giustizia si riscontrano all’interno della “stessa giurisprudenza costituzionale” (nt. 45).

trolimiti. Un invito che muove dalla consapevolezza della esigenza di tener vivo ad ogni costo il dialogo tra le Corti costituzionali dei Paesi membri e la Corte di giustizia in vista della tutela dei fondamentali lineamenti dell'identità nazionale; che sottende, anche e più in generale, la convinzione che tali Corti debbano individuare, attraverso il reciproco confronto, *il limite di tollerabilità della diversità* all'interno di un sistema multilivello chiamato a far coesistere i contrapposti concetti di *unità* e di *diversità*<sup>461</sup>. Del resto, alla luce della prepotente ripresa dei nazionalismi in Europa<sup>462</sup>, oggi più che mai un *eccesso di unità* sarebbe rifiutato dai Paesi dell'Unione, ma al contempo una incontrollata *pretesa di diversità* per la salvaguardia della singole identità costituzionali porterebbe verosimilmente a compimento quel processo di frammentazione sin d'ora avvertibile non solo all'interno del Consiglio d'Europa, ma financo nel più ristretto ambito dell'Unione europea<sup>463</sup>.

Certo, come puntualmente ci ricorda Mireille Delmas-Marty, l'attuale *pretesa di diversità* sembrerebbe ormai supportata dallo stesso Trattato di riforma<sup>464</sup>, dato che ai sensi dell'art. 48.2 TUE gli Stati membri dell'Unione “possono sottoporre al Consiglio progetti intesi a modificare i trattati”, nel senso non solo di “accrescere”, ma anche di “ridurre le competenze attribuite all'Unione”; e considerato anche che il *Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* consente ai Parlamenti nazionali un ricorso alla Corte di giustizia per lamentare la ritenuta violazione del principio di sussidiarietà.

Tuttavia, sempre Mireille Delmas-Marty ci ricorda che “la disintegrazione dell'Europa annuncerebbe una contraddizione maggiore se essa dovesse contribuire all'affermarsi di una integrazione mondiale ricavata da un modello universalista di tipo egemonico”<sup>465</sup>; e che, in particolare, “il ritorno al sovranismo” in nome “della difesa dei principi costituzio-

---

<sup>461</sup> Cfr. per tutti, M. CARTABIA, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 583 ss.

<sup>462</sup> Al riguardo cfr. già, tra gli altri, P. GRILLI DI CORTONA, *Stati, nazioni e nazionalismi in Europa*, Bologna, 2003; nonché, più di recente e limitatamente alla pubblicistica italiana, F. TRONCONI, *I partiti etnoregionalisti. La politica dell'identità territoriale in Europa occidentale*, Bologna, 2009; A. MARTINELLI, *Mal di nazione. Contro la deriva populista*, Milano, 2013; E. GIOVANNINI, *Europa anno zero. Il ritorno dei nazionalismi*, Venezia, 2015; A. PATUELLI, *Nuova Europa o neonazionalismo*, Soveria Mannelli, 2015.

<sup>463</sup> In merito a tale processo, alle sue cause e alla possibilità di ripensare l'attuale modello politico sovranazionale cfr., in particolare, J. ZIELONKA, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma-Bari, 2015. L'a. propone di valorizzare “una nuova forma di integrazione, priva di ogni velleità di creare un governo paneuropeo” (p. XIII).

<sup>464</sup> *L'intégration européenne, entre pluralisme, souverainisme et universalisme*, in questo Volume, par. 3.

<sup>465</sup> *Ivi*, par. 3.

nali nazionali” sarebbe solo una pia illusione perché in realtà contribuirebbe a favorire proprio quella integrazione mondiale su base egemonica oggi perseguita dal dominante modello nordamericano<sup>466</sup>. In definitiva, solo rafforzando il processo integrazionista del vecchio continente si “potrebbe contribuire non solo a consolidare il sistema giuridico europeo, ma anche a realizzare un futuro ordine mondiale universalista ma pluralista”<sup>467</sup>.

#### 13.4. *Tra diritto e geologia: il caso Taricco e la tettonica delle placche*

Come si è sopra visto, la sentenza *Taricco* ha suscitato in giurisprudenza e dottrina prese di posizione oltremodo diverse e caratterizzate da una grande varietà di sfumature. Questo stato di cose è il frutto di una molteplicità di fattori: basti pensare alla pluralità delle aree disciplinari intersecantisi nel caso in questione (diritto penale, procedura penale, diritto costituzionale, diritto europeo) e alla controversa natura dell’istituto giuridico minacciato di disapplicazione, oltreché naturalmente alle generalizzate incertezze circa gli ambiti e lo stesso ruolo dei controlimiti all’interno della dialettica tra gli Stati membri e l’Unione. L’estrema articolazione dei punti di vista appare inoltre favorita dal numero praticamente incalcolabile di note dottrinali pubblicate in relazione alla sentenza in oggetto, al punto che – con ogni probabilità – quest’ultima risulta la più commentata nella storia del diritto penale italiano. Tale dato di fatto, peraltro, non può sorprendere più di tanto, ove si consideri anche la straordinaria importanza teorica e pratica della prescrizione, che risulta viepiù al centro delle strategie processuali in ogni campo del diritto<sup>468</sup> e che da sempre è oggetto di un serrato dibattito in cui entrano in gioco, in ambito penale, i molto discussi rapporti tra il principio di certezza del reato/pena e il contrapposto principio di ragionevole durata del processo, nonché tra le istanze di giustizia sostanziale e le istanze funzionalistiche riconducibili ai diversi concetti di efficienza e di efficacia<sup>469</sup>, sul cui carattere polisenso è qui impossibile soffermarsi<sup>470</sup>.

---

<sup>466</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>467</sup> *Ivi*, par. 4.

<sup>468</sup> Non solo in quello penale, ma anche se non prima ancora in quello civile. Cfr., esemplificativamente, *Prescrizione e decadenza. Tutele sostanziali e strategie processuali*, a cura di L. Viola, Padova, 2009; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Prescrizione e decadenza nel diritto civile. Aspetti sostanziali e strategie processuali*, Torino, 2015.

<sup>469</sup> In merito ai quali cfr., da ultimo, diffusamente e con ulteriori riferimenti bibliografici, C. MARINELLI, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Torino, 2016, p. 38 ss.

<sup>470</sup> In argomento cfr., ad esempio, A. CONSOLI, *Giurisdizione penale ed efficienza. Procure della Repubblica tra vincoli e produttività*, Torino, 2012.

Tuttavia, è verosimile ritenere che l'estrema attenzione prestata in Italia alla sentenza *Taricco* e la spasmodica attesa che circonda l'imminente pronuncia della nostra Corte costituzionale innescata dai succitati rinvii pregiudiziali<sup>471</sup> sia dovuta, essenzialmente, al fatto che questo arresto della Corte di giustizia, ancor più di tutti i precedenti arresti *in malam partem* della stessa<sup>472</sup>, ha reso infine di pubblico dominio i macroscopici effetti potenzialmente producibili in ambito penale dal movimento convergente tra "placche tettoniche" identificabili, con un po' di fantasia e con buona pace della geologia, nei diritti penali nazionali e nel diritto europeo. Il caso *Taricco*, dunque, per il fatto stesso di rendere dubbia (almeno in taluni casi) l'applicabilità di un istituto di parte generale larghissimamente utilizzato, è stato un terremoto che ha fatto capire agli operatori del diritto come questo movimento convergente potrebbe prestarsi a causare terremoti sempre più frequenti e di sempre più vasta portata in molteplici settori del diritto criminale sostanziale e processuale. Insomma, passando dalla geologia alla medicina, potremmo dire che la sentenza *Taricco* ha costituito un test dotato di un alto valore predittivo circa i possibili effetti su larga scala di un tale movimento di convergenza.

D'altronde, alcuni recenti casi sottoposti all'attenzione dei giudici di Lussemburgo hanno puntualmente confermato i suddetti effetti (peraltro, come si è detto, già preannunciati dalle sentenze *in malam partem* varate dalla medesima Corte a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso); hanno cioè evidenziato che il processo di europeizzazione del diritto penale, innescato dai principi del primato e dell'effetto diretto e progressivamente amplificato dall'avvento di una sempre più dilatata e cogente competenza dell'Unione in materia criminale, può essere più o meno spericolatamente cavalcato dai giudici nazionali. Giudici, questi, viepiù spesso intenzionati a richiedere<sup>473</sup>, per ragioni anche molto diverse da un caso all'altro<sup>474</sup>, la disapplicazione di norme sostanziali o processuali di favore ritenute in contrasto col diritto europeo nonché, se del caso, la riespansione (o addirittura – come da taluno auspicato<sup>475</sup> – la riviviscenza) di norme e istituti volti a salvaguardare, in modo più rigoroso di quanto non faccia il vigente diritto interno, le regole comportamentali di rilievo sovranazionale.

---

<sup>471</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 13.1, nt. 375.

<sup>472</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11 e 12.

<sup>473</sup> Quantomeno nei settori normativi di competenza dell'Unione, peraltro progressivamente dilatati ad opera dei Trattati e più ancora della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 113).

<sup>474</sup> Vale a dire, come si vedrà nell'immediato prosieguo della trattazione, anche ma non solo per ragioni di tutela dei beni giuridici e delle relative vittime.

<sup>475</sup> A partire dall'avvocato generale *Juliane Kokott*: cfr. *supra*, *sub* par. 12, nt. 326.

14. *In merito ad alcuni recentissimi rinvii pregiudiziali in malam partem e ai possibili “terremoti” da essi innescati*

Seppure assai differenti tra loro e verosimilmente destinati a suscitare reazioni di segno diverso, i casi *Ognyanov*<sup>476</sup>, *Scialdone*<sup>477</sup> e *Dzivev*<sup>478</sup>, oggetto di stimolanti rinvii pregiudiziali, si prestano perfettamente a illustrare lo stato di cose appena descritto.

Il primo di questi tre casi, ancorché del tutto privo di ricadute all'interno del sistema italiano, risulta di notevole interesse teorico, perché le sue concrete peculiarità, così come le relative questioni interpretative poste all'esame della Corte di giustizia, appaiono *ictu oculi* tali da 'obbligare' quest'ultima a sacrificare le specificità costituzionali nazionali rispetto alle esigenze del diritto UE ancor più di quanto non fosse avvenuto nell'ambito del caso *Melloni*<sup>479</sup>. Specificità consistenti, nel caso *Ognyanov*, in talune particolarissime, per non dire “eccessive”<sup>480</sup>, garanzie previste dal sistema processuale bulgaro in tema di imparzialità del giudice nazionale e di presunzione d'innocenza. Nel caso in questione, in particolare, il giudice bulgaro del rinvio “chiede, sostanzialmente, se gli articoli 267 TFUE e 94 del regolamento di procedura, letti alla luce dell'articolo 47, secondo comma e dell'articolo 48, paragrafo 1, della Carta [CDFUE], debbano essere interpretati nel senso che ostino ad una normativa nazionale interpretata in modo da imporre al giudice del rinvio di dichiarare la propria incompetenza in merito al procedimento dinanzi ad esso pendente per aver esposto, nell'ambito della domanda di pronuncia

<sup>476</sup> Sfociato nella Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 5 luglio 2016 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Sofijski gradski sad – Bulgaria) – Procedimento penale a carico di Atanas Ognyanov, Causa C-614/14).

<sup>477</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Varese il 9 novembre 2015 – procedimento penale a carico di Mauro Scialdone (causa C-574/15), in [www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2016/04/1458478952ordinanza-rinvio-pregiudiziale-corte-giustizia-gip-sala-2.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2016/04/1458478952ordinanza-rinvio-pregiudiziale-corte-giustizia-gip-sala-2.pdf).

<sup>478</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria) il 31 maggio 2016 – Procedimento penale a carico di Petar Dzivev (causa C-310/16), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62016CN0310>.

<sup>479</sup> Circa il fatto che, nell'ambito del caso *Melloni*, non dovessero sorgere dubbi sul fatto che risultasse preferibile, in sede di bilanciamento, far prevalere il principio del primato del diritto UE sul principio della più “intensa” tutela assicurata al diritto di difesa dall'ordinamento spagnolo cfr., in particolare e per tutti, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, 22 ottobre 2013, in <http://www.diritticomparati.it>. Per altro verso, circa il ruolo avuto dal Tribunale costituzionale spagnolo nel favorire la risposta della Corte di giustizia tesa a far prevalere i principi UE sui principi costituzionali in bilanciamento cfr. *supra*, *sub par.* 12, nt. 334.

<sup>480</sup> Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Il diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, 414 ss.



pregiudiziale, il contesto di fatto e di diritto del procedimento stesso”<sup>481</sup>. In particolare e più esplicitamente, poiché la “giurisprudenza bulgara accoglie un’interpretazione particolarmente restrittiva del criterio di ‘parzialità’”, tanto “che il controllo di tale criterio viene effettuato d’ufficio e che anche l’indicazione più insignificante in merito ai fatti della causa o alla loro qualificazione giuridica comporta automaticamente un motivo di declinazione di competenza del giudice”<sup>482</sup>, il suddetto giudice chiede se debba andare disapplicata una normativa nazionale che lo obblighi ad essere ‘così imparziale’ da doversi astenere – pena il rischio di sanzioni disciplinari – dalla definizione del merito della causa ogni qual volta egli, ponendo una questione pregiudiziale, abbia esposto alla Corte di giustizia il quadro di fatto e di diritto della causa in questione.

Ora, questi pochi cenni del sistema processuale bulgaro paiono sufficienti a far capire quanto tale sistema tenda a disincentivare, in nome di più o meno plausibili istanze garantistiche, il ricorso al rinvio pregiudiziale<sup>483</sup>, da sempre considerato dal diritto europeo strumento essenziale per una efficace cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia. Come ovvio, quindi, per tale Corte “la circostanza che un giudice del rinvio (...) illustri nell’ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale il contesto di fatto e di diritto rilevante del procedimento principale, risponde all’esigenza di cooperazione inerente al meccanismo del rinvio pregiudiziale e, di per sé, non può violare né il diritto di adire un giudice imparziale sancito dall’articolo 47, secondo comma, della Carta, né il diritto alla presunzione di innocenza garantito dall’articolo 48, paragrafo 1, della medesima”<sup>484</sup>. Risulta allora del tutto scontata la conclusione cui

---

<sup>481</sup> Grande Sezione, sent. 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Ognyanov*, cit., par. 14.

<sup>482</sup> *Ivi*, par. 7.

<sup>483</sup> Ovvero, in una diversa prospettiva, a obbligare i giudici bulgari a “proporre questioni pregiudiziali irricevibili” (*ivi*, punto 25) per non aver debitamente illustrato il contesto di fatto e di diritto del procedimento oggetto del rinvio. In base all’art. 94 della versione consolidata del regolamento di procedura della Corte di giustizia, infatti, le informazioni fornite alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio nell’ambito della domanda di pronuncia pregiudiziale devono contenere “un’illustrazione sommaria dell’oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un’illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni”; cosicché se dette informazioni non sono sufficienti a consentire alla Corte di verificare la propria competenza o di fornire una risposta utile al giudice *a quo*, la domanda può essere dichiarata inammissibile. Vero è peraltro che la Corte di giustizia si dimostra tradizionalmente assai cauta nel dichiarare la irricevibilità delle questioni pregiudiziali nelle quali il giudice del rinvio omette di definire adeguatamente il contesto di fatto e di diritto in cui le questioni sollevate si inscrivono. Cfr., esemplificativamente, A. FRANCHI, *Commento all’art. 267*, in *Codice dell’Unione europea*, diretto da C. Curti Gialdino, Napoli, 2012, 1947.

<sup>484</sup> *Ivi*, par. 23.

giunge la Corte di Lussemburgo: “Il diritto dell’Unione dev’essere interpretato nel senso che osta a che un giudice del rinvio applichi una normativa nazionale, come quella in esame nel procedimento principale, ritenuta contraria a tale diritto”<sup>485</sup>.

Ora, potrebbe la Corte costituzionale bulgara – di cui, sia detto per inciso, si magnifica il fatto che le relative “decisioni (...) sulla tutela dei diritti umani e degli interessi giuridici dei cittadini (...) [abbiano] trovato grande risonanza nell’opinione pubblica e a livello internazionale”<sup>486</sup> – opporre i controlimiti per paralizzare gli effetti di questa sentenza della Corte di giustizia? In linea di massima verrebbe da dire di sì, stante che i principi di imparzialità del giudice e di presunzione di innocenza rientrano senz’altro nel nucleo duro dell’identità costituzionale di ogni Stato di diritto. Si tratterebbe però, all’evidenza, di un uso dei controlimiti finalizzato al mantenimento di peculiarità garantistiche nazionali verosimilmente uniche nel panorama europeo e (almeno agli occhi di un giurista non bulgaro) ben poco meritevoli di essere così strenuamente difese. Senza contare che un siffatto uso dei controlimiti non sarebbe per nulla “amichevole”, per nulla attento a non compromettere l’applicazione uniforme del diritto UE; sarebbe, in definitiva, un uso di tale strumento del tutto incompatibile con l’attuale processo di integrazione giuridica europea.

Di ben diverso tenore appaiono gli altri due casi sopra citati, oggetto di rinvii pregiudiziali cui la Corte di giustizia non ha ancora dato risposta. Il caso *Scialdone*, sinteticamente rievocato in alcuni scritti del presente volume<sup>487</sup>, presenta invero tutta una serie di profili impossibili anche solo da elencare in questa sede. Ci si limiterà allora a sottolineare che, nell’ambito di questo caso, il G.i.p. presso il Tribunale di Varese ha posto, tramite rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, diverse questioni interpretative, tutte volte ad appurare la compatibilità con il diritto europeo dell’attuale disciplina italiana dell’“omesso versamento di Iva”<sup>488</sup>

<sup>485</sup> *Ivi*, punto 3 del dispositivo.

<sup>486</sup> *Sistemi giudiziari negli Stati membri - Bulgaria*, in [https://e-justice.europa.eu/content\\_judicial\\_systems\\_in\\_member\\_states-16-bg-maximizeMS-it.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-16-bg-maximizeMS-it.do?member=1).

<sup>487</sup> 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*, cit., par. 5; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, cit., par. 3.4, in fine e 3.6; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, cit., par. 7; M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, cit., par. 8; L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla “virtuosa indignazione” al rilancio del diritto penale europeo*, cit., par. 3.

<sup>488</sup> Art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, *Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell’articolo 9 della legge 25 giugno 1999*,

e, più specificamente, a perorare l'ampliamento dell'ambito di applicazione del reato in questione e l'inasprimento della relativa disciplina sanzionatoria. Al riguardo, invero, la dottrina<sup>489</sup> ha posto in luce che nel caso in questione il giudice del rinvio lamenta l'inadeguatezza in prospettiva europea non già (come in *Taricco*) del regime prescrizionale previsto in Italia per le frodi comunitarie, bensì dello stesso precetto in tema di omesso versamento dell'Iva e del relativo apparato sanzionatorio. Senonché, per quanto attiene in particolare al precetto, ove venisse ritenuta fondata dalla Corte di giustizia la lamentata mancata equiparazione delle soglie di punibilità previste, rispettivamente per il reato in questione (soglia fissata in euro 250.000) e per il reato di "omesso versamento di ritenute dovute o certificate" (soglia fissata in euro 150.000), la disapplicazione *in malam partem* della prima di queste due soglie risulterebbe oltremodo problematica. Infatti, il vuoto di tutela lasciato dalla suddetta disapplicazione non potrebbe essere colmato dalla "espansione" all'omesso versamento di Iva del succitato reato di "omesso versamento di ritenute dovute o certificate" e della relativa soglia di punibilità (dato che quest'ultimo reato non è norma generale rispetto a quello in tema di Iva)<sup>490</sup>. Non essendo dunque applicabile la giurisprudenza *Tombesi e Niselli* della Corte di giustizia<sup>491</sup>, il suddetto vuoto di tutela potrebbe venire

---

n. 205. In base a tale articolo – inserito dall'art. 35, comma 7, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 agosto 2006, n. 248 e, successivamente, sostituito dall'art. 8, comma 1, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158 – "1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta".

<sup>489</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il caso Taricco: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, cit., par. 8. Cfr. altresì, per tutti, G. CIVELLO, *Il Tribunale di Varese solleva nuova questione alla C.G.U.E. in tema di omesso versamento IVA: osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, n. 1/2016; L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016.

<sup>490</sup> In base all'art. 10-bis (Omesso versamento di ritenute dovute o certificate) del succitato d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, così come modificato dall'art. 7, comma 1, lett. b), D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, "1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta". L'esame in parallelo di questo reato e di quello di cui all'art. 10-ter rivela, invero, la sussistenza tra di essi di un rapporto di specialità reciproca.

<sup>491</sup> In base alla quale, per l'appunto, la Corte di giustizia ha legittimato la disapplicazione di una norma di favore e la contestuale riespansione *in malam partem* di una norma penale, sia pure solo in relazione ai fatti commessi sotto la sua vigenza. Cfr. *supra*, sub par. 12, nt. 324.

allora colmato soltanto attraverso la riviviscenza della precedente disciplina del reato di “omesso versamento di Iva”, che prevedeva una soglia di punibilità penale (non, come ora, di euro 250.000, ma) di euro 50.000. È però di tutta evidenza che una siffatta disapplicazione *in malam partem* risulterebbe ancor più problematica di quella sancita dalla sentenza *Taricco*. Infatti nel caso di specie verrebbe verosimilmente violato il principio del *nullum crimen sine lege* non soltanto (come nel caso *Taricco*) rispetto alla speciale estensione assunta da tale principio nel sistema italiano<sup>492</sup>, ma anche rispetto a quella fatta propria dal sistema CEDU<sup>493</sup> e dal sistema UE<sup>494</sup>. Tutto questo, beninteso, ove si ritenga di dover ricondurre il caso in questione nell’area di operatività della giurisprudenza *Kolpinghuis Nijmegen*<sup>495</sup> della Corte di giustizia; cosa, questa, invero tutt’altro che sicura, dato che nel caso in questione il meccanismo di disapplicazione-riviviscenza sarebbe attivato dal contrasto non tra la normativa penale interna e una direttiva UE, ma tra tale normativa e fonti europee anche di diritto primario<sup>496</sup>, riproducendo così lo schema di contrasto rinvenibile nel caso *Taricco*.

In ogni caso, ove mai nel caso *Scialdone* la Corte di giustizia legittimasse una siffatta riviviscenza della norma di sfavore, più che mai la Corte costituzionale italiana potrebbe essere tentata di elevare il principio di legalità penale a controlimite, onde paralizzare gli effetti di una eventuale sentenza della Corte di giustizia destinata ad avere dirompenti esiti *in malam partem* a carico dell’imputato. Quantomeno, in un caso siffatto parrebbe plausibile un ricorso ai controlimiti in chiave “dinamico-dialogica” finalizzato a favorire, come detto, un processo di ravvicinamento tra ordi-

---

<sup>492</sup> Stante che, come più volte ricordato, nella massima parte dei sistemi penali europei l’istituto della prescrizione ha natura non sostanziale ma processuale, e dunque sottostà al principio *tempus regit actum* e non a quello di irretroattività sfavorevole.

<sup>493</sup> Cfr. art. 7 CEDU, ai sensi del quale “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.

<sup>494</sup> Cfr. art. 49.1 CDFUE, in base al quale “Nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima”. Come noto, ai sensi dell’art. 53 CDFUE, il principio ora citato deve essere interpretato conformemente all’art. 7 CEDU e alla relativa giurisprudenza della Corte EDU.

<sup>495</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 12, nt. 316.

<sup>496</sup> Secondo l’impostazione del G.i.p. di Varese, nel caso in esame le norme europee rilevanti sarebbero gli artt. 4, paragrafo 3, TUE, 325 TFUE e la direttiva 2006/112.

namento europeo e ordinamento nazionale sensibile alle “ragioni dell’altro” e dunque fatto di concessioni reciproche finalizzate a un complessivo miglioramento del sistema multilivello di tutela dei diritti.

Infine, quanto al caso *Dzivev* – anch’esso concernente, al pari del caso *Ognyanov*, l’ordinamento bulgaro – la natura meramente processuale delle norme penali di cui il giudice del rinvio ipotizza la eventuale disapplicazione non basta certo a renderlo meno inquietante. Tale giudice, infatti, chiede alla Corte di Lussemburgo se, alla luce delle “superiori” esigenze di tutela degli interessi finanziari dell’Unione di cui sono espressione in particolare l’art. 325.1 TFUE e la convenzione PIF, possano essere utilizzate talune intercettazioni telefoniche utili a comprovare fatti di evasione dell’Iva; intercettazioni, queste, peraltro in base alla legge bulgara inutilizzabili a fini probatori “in quanto disposte da un giudice incompetente”<sup>497</sup>. Più precisamente, il giudice bulgaro chiede se – in vista della necessità di permettere una protezione efficace contro la frode e le altre attività illegali lesive degli interessi finanziari UE, e tenuto conto altresì del fatto che “la norma di legge che dispone il trasferimento di competenza non era chiara [ed] è stata oggetto di numerose decisioni giudiziarie tra loro contrastanti”<sup>498</sup> – possano essere disapplicate le norme processuali interne volte a circoscrivere l’utilizzabilità delle intercettazioni al fatto che esse siano state effettuate a seguito di autorizzazione da parte di un organo a tutti gli effetti legittimato a concederla. Stando così le cose, non vi è chi non veda come ormai taluni magistrati siano indotti ad attribuire ai principi propri del diritto dell’Unione (o quantomeno a richiedere alla Corte UE se a tali principi possa essere attribuita) “una funzione (...) potenzialmente eversiva”<sup>499</sup>. Una funzione, cioè, traducesi non già nella possibilità di veder condannato in sede europea uno Stato membro in ragione della complessiva inadeguatezza della sua normativa (nel caso di specie processualpenalistica) a consentire una efficace lotta alle frodi comunitarie; ma piuttosto nella possibilità di autorizzare lo smantellamento, tramite disapplicazione, delle garanzie processuali previste dal legislatore nazionale. Ancora una volta, ove mai la Corte di giustizia si facesse condizionare dalle indubbie peculiarità del

---

<sup>497</sup> Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria) il 31 maggio 2016, cit., questione pregiudiziale n. 1.

<sup>498</sup> *Ivi*.

<sup>499</sup> Così L. ZOLI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione europea. Uno studio sulle prospettive aperte del Trattato di Lisbona per via normativa e giurisprudenziale*, cap. IV, par. 2.3, in corso di pubblicazione. Cfr. altresì, per tutti, D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE*, Taricco, cit., 8 ss. L’a. paventa un ricorso al diritto europeo capace di disinnescare “qualunque garanzia processuale” onde potenziare l’efficacia del sistema penale.

caso in oggetto<sup>500</sup> sino a imporre, per ragioni di tutela degli interessi finanziari UE, la disapplicazione delle norme processuali interne limitative dell'utilizzabilità delle intercettazioni, potrebbe essere proficua un'opera di mediazione condotta dalla Corte costituzionale bulgara attraverso un uso sapiente del rinvio pregiudiziale.

15. *Elogio dell'ingegneria antisismica e dei possibili stimoli da essa offerti nella configurazione dei controlimiti*

Orbene, i tre casi da ultimo esaminati (così come, del resto, il caso *Taricco* e i precedenti casi di interferenza *in malam partem* del diritto europeo sui sistemi penali dei Paesi dell'Unione, anch'essi ricordati nel corso di questa *Presentazione*)<sup>501</sup> mostrano che l'attuale fenomeno di ravvicinamento e financo di sovrapposizione tra differenti sistemi giuridici riscontrabile a livello continentale può produrre, al pari del ravvicinamento e della sovrapposizione tra placche per effetto della deriva dei continenti, fenomeni 'tellurici' senz'altro meritevoli di non essere sottovalutati. Tuttavia, mentre in geologia l'interazione per convergenza tra placche è sottratta all'umano controllo, in diritto è nel potere dell'uomo modificare per via politico-legislativa ovvero per via giurisprudenziale il moto di convergenza tra i diversi sistemi: accelerandolo, rallentandolo o financo trasformandolo, se del caso, in un moto di divergenza, anch'esso peraltro produttivo – come in tettonica – di non trascurabili sconquassi, attualmente testimoniati dai mille problemi giuridici posti dalla *Brexit*<sup>502</sup>.

Tra diritto e geologia esistono dunque indubbie differenze, ma anche taluni punti in comune, come quello di escludere l'immobilismo. Tettonica e diritto sono scienze che studiano entità dinamiche, non statiche: nello scorrere del tempo le placche ciclicamente si allontanano per poi riavvicinarsi e financo fondersi tra loro<sup>503</sup>, e lo stesso è accaduto e continuerà verosimilmente ad accadere tra i sistemi giuridici europei<sup>504</sup>. L'im-

---

<sup>500</sup> Ben evidenziate nella domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo *Spetsializiran nakazatelen sad* (Bulgaria) il 31 maggio 2016, cit.

<sup>501</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 11, nt. 299 ss.

<sup>502</sup> In argomento cfr., ad esempio, C. CURTI GIALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 29 giugno 2016; M. GOLDONI, G. MARTINICO, *Il ritiro della marea? Alcune considerazioni giuridico-costituzionali sul c.d. Brexit*, *ivi*, 21 settembre 2016.

<sup>503</sup> Si allude al c.d. "ciclo di Wilson". In base a questa teoria, il movimento delle placche determina un'aggregazione delle stesse, la quale comporta la nascita di un supercontinente destinato in seguito a smembrarsi in una pluralità di placche a loro volta votate a riaggregarsi.

<sup>504</sup> Infatti, come a suo tempo ho avuto modo di sottolineare (in *L'europizzazione del di-*

portante è però capire quali tra i “fenomeni sismici” prodotti dagli opposti movimenti di ravvicinamento/fusione o allontanamento/frantumazione siano i meno dannosi, e ancor più importante è imparare a minimizzarne i danni correlati a tali fenomeni, se non addirittura a volgere questi ultimi a proprio favore.

Infatti, più ancora che accelerare, frenare o invertire quel movimento di convergenza tra sistema giuridico europeo e sistemi giuridici nazionali prodotto negli ultimi decenni dal processo di costruzione europea, la cosa davvero essenziale è far sì che i terremoti inevitabilmente derivanti da tale movimento possano causare danni il più possibile limitati, o addirittura possano avere effetti positivi sulla complessiva evoluzione dei suddetti sistemi, in una prospettiva di affinamento critico dell'uno e degli altri. In vista di questo traguardo, le scienze ingegneristiche assai più di quelle geologiche possono costituire una preziosa fonte di ispirazione. Se è infatti vero che in geologia le ricerche volte a predire il momento e l'intensità dei diversi eventi tellurici risultano straordinariamente ardue e di esito incerto, in ingegneria le indagini volte a limitare i danni causati da tali eventi si sono dimostrate estremamente proficue. Gli studiosi della sentenza *Taricco* e dei possibili controlimiti opponibili ad essa così come ad altre eventuali sentenze della Corte di giustizia capaci in minore o maggiore misura di destabilizzare assetti consolidati<sup>505</sup>, insomma, avrebbero poco da imparare dagli studiosi della deriva dei continenti, ma moltissimo dagli esperti di ingegneria antisismica. Questi ultimi, come noto, hanno sviluppato tutta una serie di metodi e dispositivi destinati ad attenuare grandemente gli effetti delle onde telluriche, e dunque a preservare l'integrità delle strutture dotate di adeguati congegni.

*Mutatis mutandis*, i controlimiti potrebbero e dovrebbero essere concepiti, per l'appunto, al fine di minimizzare i danni derivanti, al sistema giuridico dell'Unione così come ai sistemi giuridici dei Paesi membri, a seguito del moto di convergenza e sovrapposizione che attualmente caratterizza i sistemi in questione. I controlimiti, addirittura, potrebbero e dovrebbero collocarsi al centro di quei negoziati finalizzati al reciproco progresso dei suddetti sistemi. Il raggiungimento di questa auspicabile meta postula però, da parte delle Corti costituzionali e della stessa Corte di giustizia<sup>506</sup>, un utilizzo di tale strumento che sia per l'appunto “amichevole”, collaborativo, non antagonista; che trasformi uno strumento inizialmente

---

*ritto e della scienza penale*, cit., in particolare 66 ss., 108), in ambito europeo i sistemi giuridici hanno sempre alternato fasi di ravvicinamento e fusione in prospettiva regionalistica se non addirittura universalistica e fasi di frantumazione in chiave localistica o nazionalistica.

<sup>505</sup> Cfr., da ultimo, Grande Sezione, sent. 5 luglio 2016, causa C-614/14, *Ognyanov*, cit.

<sup>506</sup> Cfr. *supra*, sub par. 6.2.

concepito come “ponte levatoio” sollevabile a estrema difesa di una identità costituzionale mortalmente minacciata, in quella “valvola a farfalla” capace – come ci ricorda Francesco Palazzo – “di graduare il flusso rispettivo delle due masse alla ricerca del miglior risultato di omeostasi tra loro”<sup>507</sup>; vale a dire capace, come rileva Antonio Ruggeri, di dar vita a commistioni virtuose, a processi di auto-regolazione a carattere osmotico nell’ambito dei quali le soluzioni finali raggiunte possano determinare un reciproco miglioramento dei differenti sistemi chiamati a interagire<sup>508</sup>.

Concepire i controlimiti come risorsa in vista di una evoluzione migliorativa dei sistemi, beninteso, ha senso ove si privilegi l’idea secondo cui l’Unione europea, pur nella sua imperfezione, costituisca un valore meritevole di essere preservato e rafforzato; ove si ritenga che il modello solidaristico da cui essa trae ispirazione<sup>509</sup> sia tuttora condiviso; ove, insomma, si reputi che il processo di ravvicinamento e integrazione europea debba continuare, secondo quanto auspicato dai padri fondatori. Viceversa, la concezione “difensiva” dei controlimiti potrà essere abbracciata dalle singole Corti costituzionali nel caso in cui si sia addivenuti alla convinzione che l’Unione, specie attraverso la giurisprudenza dinamica della Corte di giustizia, sia andata al di là delle sue naturali, circoscritte funzioni; ovvero che, nell’attuale quadro storico, essa debba rinunciare ad ogni ulteriore spinta propulsiva e debba magari essere sottoposta a un processo di progressivo ridimensionamento; ovvero che, comunque, debba essere privilegiata una concezione estensiva delle “identità nazionali”, tesa a perseguire il mantenimento dello *status quo*.

### *Considerazioni non conclusive*

Per tutta una serie di concause a suo tempo ricordate<sup>510</sup>, è innegabile che nell’attuale temperie in molti Paesi europei si guardi con crescente attenzione ai controlimiti al diritto dell’Unione. Vero è che sino ad oggi questi ultimi sono stati esplicitamente impugnati una sola volta, dalla Corte costituzionale ceca, per respingere una sentenza della Corte di giustizia<sup>511</sup>; tuttavia, è anche innegabile che talune Corti costituzionali

---

<sup>507</sup> *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., par. 3.

<sup>508</sup> Cfr *supra*, sub par. 5.2, nt. 165.

<sup>509</sup> Cfr. R. SCHUMAN, *Dichiarazione del 9 maggio 1950*, in [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_it](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it).

<sup>510</sup> Cfr. *supra*, sub par. 5.1.

<sup>511</sup> Si allude, ovviamente, alla sent. 31 gennaio 2012 delle Corte costituzionale della Repubblica ceca ricordata *supra*, sub par. 5.1, nt. 144.



stiano progressivamente affinando il loro strumentario teorico per assoggettare a controlli sempre più stringenti le fonti normative e giurisprudenziali dell'Unione<sup>512</sup>.

Inoltre, anche i giudici comuni tendono ormai a fare ricorso ai controlimiti<sup>513</sup> viepiù frequentemente, e non sempre in modo sotterraneo, per mitigare l'impatto del diritto vivente europeo nei sistemi giuridici nazionali. Per esempio, dopo la ricordata sentenza 24 ottobre 2016 della nostra Corte di cassazione<sup>514</sup>, un ancor più recente caso di utilizzo dei controlimiti – e questa volta per nulla “sottotraccia” – è stato offerto da una sentenza della Suprema Corte danese<sup>515</sup> con la quale tale Corte, dopo aver effettuato un rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo, ha deciso di non conformarsi alla loro sentenza<sup>516</sup> che dichiarava contraria al diritto europeo<sup>517</sup> la normativa danese sull'indennità di licenziamento. La Su-

---

<sup>512</sup> Un recentissimo esempio in tal senso è offerto dalla sentenza 22/2016 (XII. 5.) AB del 16 dicembre 2016 della Corte costituzionale ungherese. In tale pronuncia, resa nel delicatissimo settore delle misure europee di redistribuzione delle quote di migranti, viene estremizzato il modello tridimensionale tedesco dei controlimiti, i quali come a suo tempo ricordato (cfr. *supra*, *sub* par. 5.1, ntt. 101 a 103) risultano opponibili ai provvedimenti dell'Unione in caso sia di violazione dei diritti fondamentali di natura costituzionale, sia di incompetenza di un atto normativo dell'Unione (*Ultra-Vires-Kontrolle*), sia di violazione dell'identità costituzionale. Sembrerebbe che tale pronuncia, reperibile in lingua inglese solo nella sintesi riportata dal sito della Corte ungherese (<http://hunconcourt.hu/sajto/news/communication-on-the-interpretation-of-the-fundamental-laws-provision-allowing-the-joint-exercise-of-powers-with-the-other-member-states-through-the-institutions-of-the-european-union>) si sia limitata a teorizzare i meccanismi utilizzabili dalla Corte magiara per sindacare le succitate misure relative alle quote di migranti alla luce dei tre test citati. I primi commentatori, peraltro, considerano questa pronuncia alla stregua di un vento che annuncia tempesta. Cfr., in particolare, G. HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, 10 gennaio 2017, in <http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>.

<sup>513</sup> Cfr., *supra*, *sub* par. 5.1, nt. 83; par. 6.3, nt. 218; par. 13.1, ntt. 385 e 386; par. 13.3, ntt. 439 e 459.

<sup>514</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 13.1, nt. 379.

<sup>515</sup> Sent. 6 dicembre 2016, Case n. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A*. Una sintesi di tale sentenza è rinvenibile in [www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/The-relationship-between-EU-law-and-Danish-law-in-a-case-concerning-a-salaried-employee.aspx](http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/The-relationship-between-EU-law-and-Danish-law-in-a-case-concerning-a-salaried-employee.aspx). Per un primo commento a questa sentenza cfr. S. KLINGE, *Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html>, 13 dicembre 2016.

<sup>516</sup> Grande Sezione, sent. 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*. In merito a tale pronuncia cfr. G. ZACCARONI, *More on the horizontal direct effect of the principle of non-discrimination on the ground of age: Dansk Industries (DI)*, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/07/more-on-horizontal-direct-effect-of.html?m=1>, 14 luglio 2016.

<sup>517</sup> Per la precisione, contraria al principio di divieto di discriminazione e alla direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000 *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*.

prema Corte danese ha infatti respinto entrambe le alternative suggerite dalla Corte di giustizia<sup>518</sup>, rifiutandosi sia di interpretare tale normativa conformemente al diritto UE<sup>519</sup>, sia di disapplicarla<sup>520</sup>.

A questa valorizzazione dei controlimiti al diritto dell'Unione non corrisponde però, come a più riprese si è avuto modo di osservare, una acquisita chiarezza in ordine al loro catalogo<sup>521</sup>, alla loro funzione<sup>522</sup> e più in generale ad ogni loro aspetto: al riguardo, anzi, i punti di vista si rivelano assai diversi non solo da uno Stato all'altro, ma anche all'interno del medesimo Stato, risultando significativamente influenzati dal clima socio-politico del momento e dalle peculiarità dei singoli casi in relazione ai quali i controlimiti sarebbero chiamati a operare. Del resto, come si è visto in precedenza, un attento esame della stessa giurisprudenza della Corte UE in materia di controlimiti sembra rivelare, almeno negli ultimi anni, un atteggiamento di rifiuto nei confronti di tali strumenti meno granitico di quello che in un primo momento si ritenga<sup>523</sup>.

In linea generalissima, i controlimiti sembrano sovente innescarsi all'interno di fenomeni di azione-reazione di cui peraltro non è sempre evidente e univoco il momento scatenante. È infatti indiscutibile che certe prese di posizione della Corte di giustizia particolarmente problematiche, in quanto erosive della sovranità nazionale al di là di ogni espressa previsione dei Trattati, si prestino a evocare lo spettro dei controlimiti e financo a suggerirne un uso in chiave prevalentemente, e forse anche emotivamente, difensiva. È però altrettanto indiscutibile che non di rado gli arresti della Corte di giustizia più idonei a suscitare, nella loro radicalità, la "tentazione" dei controlimiti siano ascrivibili, a loro volta, a macroscopiche violazioni degli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto UE.

Questi processi circolari di azione-reazione non possono più di tanto sorprendere. Men che meno dovrebbe risultare sorprendente, an-

---

<sup>518</sup> Grande Sezione, sent. 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*, cit., punto 2 del dispositivo.

<sup>519</sup> In quanto, a detta della Corte Suprema danese, un'interpretazione conforme al diritto UE della normativa danese di settore si tradurrebbe in un'interpretazione *contra legem* di quest'ultima.

<sup>520</sup> In ragione del fatto che il giudizio *a quo* riguarda una controversia tra privati, per cui una eventuale disapplicazione della normativa nazionale in tema di indennità di licenziamento (con conseguente riconoscimento al lavoratore del diritto all'indennità negato dalla vigente normativa danese) comporterebbe conseguenze *in malam partem* per un privato (qual'è, nel caso di specie, il datore di lavoro).

<sup>521</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 6.1.

<sup>522</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 6.2.

<sup>523</sup> Cfr., specialmente ma non solo, *supra*, *sub* parr. 6.1 e 6.2.

che agli occhi del giurista italiano, la giurisprudenza creatrice della Corte di giustizia, quando la sua attitudine ad intaccare le prerogative sovrane dei Paesi membri tragga origine dalle manchevolezze di questi ultimi nei confronti dell'Unione. Anzi, proprio in Italia è particolarmente ricorrente il fenomeno, non certo privo di tratti patologici, costituito dalla "supplenza" dei giudici (sia comuni sia costituzionali) nei confronti del legislatore nazionale, e dalla abnorme incidenza di tale funzione surrogatoria sugli assetti politico-costituzionali<sup>524</sup>. Non ci si dovrebbe quindi meravigliare (e scandalizzare) troppo se fenomeni per certi aspetti analoghi nella loro capacità di insidiare il principio di separazione dei poteri si riscontrano anche nei rapporti tra Unione europea e Stati membri<sup>525</sup>.

La sentenza *Taricco* della Corte di giustizia costituisce un esempio emblematico degli effetti perversi dei suddetti processi di azione-reazione. La palese, risaputa inadeguatezza della disciplina italiana della prescrizione non solo, come già ricordato<sup>526</sup>, ha contribuito alla condanna del nostro Paese da parte della Corte EDU nelle sentenze *Cestaro*<sup>527</sup> e *Varvara*<sup>528</sup>; essa non può, verosimilmente, non aver avuto un ruolo anche nella stizzita, e per molti commentatori criticabilissima, reazione dei giudici di Lussemburgo. Reazione rispetto alla quale oggi viene appunto, e da più parti, invocato il ricorso ai controllimiti.

Un futuro assai imminente ci dirà quanto fosse fondata la convinzione di coloro i quali, poco prima della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia, ritenevano improbabile che anche nel futuro la Corte costitu-

---

<sup>524</sup> Cfr. già *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, 1978; più recentemente *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americane*, a cura di S. Gambino, 2012.

<sup>525</sup> Cfr. al riguardo, con specifico riferimento alla sentenza *Taricco* della Corte di giustizia, le osservazioni di P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controllimiti in tre dimensioni*, cit., par. 5.

<sup>526</sup> Cfr. *supra*, sub par. 13.3, nt. 413.

<sup>527</sup> In merito alla quale cfr., per quanto in particolare concerne l'inadeguatezza dei termini prescrizionali previsti in relazione ai "fatti di Genova" del 2001, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015, par. 2.

<sup>528</sup> I nessi tra la disciplina italiana della prescrizione, la regolamentazione italiana della "confisca senza condanna" e la condanna dell'Italia nella sentenza *Varvara* della Corte EDU sono evidenziati molto efficacemente da V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d'innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015, 5. Sullo statuto della confisca urbanistica, sulla sua problematicità e sui verosimili condizionamenti esercitati su di esso "da tempi di prescrizione particolarmente esigui" cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2015, 10 ss. e, in particolare, 14.

zionale italiana potesse opporre i controlimiti<sup>529</sup>. Certamente, in un momento come l'attuale, contraddistinto dall'accresciuta invasività del diritto europeo sugli ordinamenti nazionali e dal contestuale accentuarsi di contrasti tra i Paesi membri e l'Unione per cause (in particolare economico-finanziarie, identitarie ovvero più propriamente nazionaliste) assai diverse tra loro ma convergenti nel sottendere una richiesta di maggiore autonomia nazionale, vicende come quelle evocate dalla sentenza in oggetto rischiano di divenire sempre più frequenti. E, parallelamente, rischia di divenire sempre più imbarazzante lo stato di incertezza ascrivibile alla incompiutezza dell'ordinamento costituzionale europeo, e dunque alla "inesistenza di regole, di tecniche, di meccanismi che permettano di risolvere questi conflitti in maniera soddisfacente per le parti in disaccordo"<sup>530</sup>.

I controlimiti, proprio a causa della intrinseca duttilità correlata alla loro contestuale natura giuridica e politica, mal si prestano a colmare questa "inesistenza di regole". Essi, semmai, possono offrire una risposta 'caso per caso', una soluzione provvisoria e come tale non preventivabile in partenza. L'alone di indeterminatezza che circonda i controlimiti, di riflesso, non fa che aumentare la responsabilità di chi "discrezionalmente" ne fa uso. Un seria riflessione comparatistica sui controlimiti, sui possibili pregi e difetti correlati ai loro svariati profili e tecniche di utilizzo, potrebbe verosimilmente favorire un affinato uso di tali strumenti in sede nazionale ed europea, a tutto vantaggio di una armoniosa integrazione tra i relativi ordinamenti.

Nell'attuale contesto postmoderno della "società liquida" teorizzata da Zygmunt Bauman, sta progressivamente venendo meno "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 sapere giuridico"<sup>531</sup>. I controlimiti, luogo per eccellenza di confusione tra norma e fatto, tra diritto e politica, ben evidenziano la fine di questa dicotomia, senza peraltro disvelare il segreto della sovranità e della legittimazione del potere. Al riguardo, credo si possa convenire con chi ritiene che questo segreto stia nella "relazione che lega chi comanda e chi ubbidisce, una relazione che si fonda, in ultima istanza sulla volontà di coloro che sono sottomessi"<sup>532</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr., per tutti, F. GALLO, *La concorrenza fra il diritto nazionale e il diritto europeo (UE e CEDU) nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Giur. comm.*, 2015, 259.

<sup>530</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell'esperienza spagnola*, cit., par. 1.

<sup>531</sup> M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., 4-5.

<sup>532</sup> G. DUSO, *Il potere e la nascita dei concetti politici moderni*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. Chignola, G. Duso, Milano, 2005, 176.

Meno inconfutabile, anche se non certo del tutto destituita di fondamento, mi pare la parallela asserzione secondo cui il rapporto di comando e ubbidienza *non* dipenderebbe “dal giudizio sui singoli contenuti del comando”<sup>533</sup>. In fondo, per ottenere il riconoscimento del primato del diritto UE sui diritti nazionali, la (allora) CEE dovette rassicurare gli Stati membri in ordine ai “contenuti del comando”, garantendo il rispetto dei loro principi e diritti fondamentali da parte delle fonti europee. Ma tutto restò appeso a un *solange* oggi più che mai carico di punti interrogativi derivanti anche – per l'appunto – dalla “relazione che lega chi comanda e chi ubbidisce”. In effetti, pochi dubbi sussistono in merito al fatto che, nell'attuale contesto di generalizzata crisi del processo d'integrazione europea<sup>534</sup>, i Paesi membri appaiano meno inclini a sottomettersi all'Unione<sup>535</sup>, dunque più attenti alla salvaguardia del loro patrimonio costituzionale e delle proprie prerogative sovrane. Anche il principio di attribuzione<sup>536</sup> (del resto ormai reversibile)<sup>537</sup> appare quindi più attentamente sorvegliato<sup>538</sup>, mentre si guarda con crescente sospetto alla clausola di flessibilità posta a fondamento dei poteri impliciti dell'Unione<sup>539</sup>, e con crescente interesse ai meccanismi di controllo del principio di sussidiarietà<sup>540</sup>, le cui croniche carenze – solo in parte colmate a seguito della adozione di un apposito protocollo allegato al TUE e al

---

<sup>533</sup> *Ivi*.

<sup>534</sup> Processo ormai contrastato, come si sa, addirittura da spinte in senso recessivo e che, oggi “più che mai, sembra sfuggire ad ogni tentativo di penetrarne l'essenza giuridica”: M.E. BARTOLONI, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte “costituzionaliste” e resistenze “internazionaliste”*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, 12.

<sup>535</sup> Cfr., esemplificativamente e da ultimo, M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, cit., 72 ss.; F.S. MARINI, *Il caso Taricco fra riserva di legge, sovranità e materia penale*, *ivi*, 68. In questo senso, si riscontra oggi la tendenza a condividere quanto affermato dal *Bundesverfassungsgericht* nel corso del suo “sospettoso cammino europeo” culminato nella vicenda *OMT/Gauweiler* (in precedenza a più riprese ricordata): che cioè sono gli Stati membri i “signori dei Trattati” - *Herren der Verträge*. Cfr., esemplificativamente e da ultimo, P. FARAGUNA, *Il ‘sospettoso’ cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler*, in *La cittadinanza europea - Serie Quaderni - Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, supplemento al n. 1/2016, p. 211 ss.

<sup>536</sup> Previsto, come noto, all'art. 5.2 TUE.

<sup>537</sup> Cfr. *supra*, *sub par.* 13.3, nt. 464. Cfr. altresì, *amplius* e per tutti, R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 517 ss.

<sup>538</sup> Cfr., con varietà di accenti, I. ALBERTI, G. TESAURO, *Rapporto della delegazione italiana al XXVII Congresso della “Fédération internationale pour le droit Européen”*, Fide, Budapest 2016, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 635 ss.; B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 49 ss.

<sup>539</sup> Cfr. l'art. 352 TFUE relativo alle cc.dd. competenze sussidiarie dell'Unione europea.

<sup>540</sup> Cfr. art. 5.3 TUE.

TFUE<sup>541</sup> – sono state e tuttora sono oggetto di costanti lagnanze da parte della dottrina<sup>542</sup>. In questo generale contesto, sembrano davvero lontani i tempi in cui le invasioni di campo della Corte di giustizia in nome delle esigenze sottese alla costruzione europea erano di fatto ben tollerate, come si è visto, persino in ambito penale<sup>543</sup>.

Personalmente, auspico momenti meno conflittuali e più disponibili nei confronti di un'Unione sin dall'origine vocata a una progressiva, ininterrotta crescita in chiave latamente federale; così come auspico, del resto, un'Unione attenta nel gestire i suoi poteri. Ma si tratta, appunto, di meri auspici formulati in un momento che peraltro non induce all'ottimismo. Però "la fine della storia" non esiste, e men che mai nel nostro molto provvisorio contesto regionale: l'attuale situazione non potrà allora che evolvere, seppure in direzioni impossibili da prevedere con certezza. Per contro è certo che, a prescindere dal suo contenuto, la sentenza *Taricco* della Corte costituzionale italiana non porrà fine alla saga dei controlimiti sommariamente abbozzata in queste pagine, ma ne costituirà solo un tassello. I controlimiti, insomma, paiono destinati a restare per molto tempo ancora un discorso aperto, come quello sul futuro dell'Europa.

---

<sup>541</sup> Il riferimento è, ovviamente, al *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*.

<sup>542</sup> Al riguardo cfr., in particolare, P. CARETTI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in [www.astrid-online.it/rassegna/28-10-2010/Caretti\\_IL-ruolo-dei-Parlamenti-nazionali-prima-e-dopo-il-trattato-di-Lisbona.pdf](http://www.astrid-online.it/rassegna/28-10-2010/Caretti_IL-ruolo-dei-Parlamenti-nazionali-prima-e-dopo-il-trattato-di-Lisbona.pdf), 12 ss. Con specifico riferimento al principio di sussidiarietà UE in ambito penale cfr. già, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 136 ss; nonché, più recentemente, A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 15 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>543</sup> Cfr. *supra*, sub par. 9.



PARTE PRIMA

PRINCIPIO DI ATTRIBUZIONE,  
PRIMATO DEL DIRITTO UE,  
PRINCIPI FONDAMENTALI  
DELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE





JEAN-PAUL JACQUÉ

LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE  
ET LA THEORIE DES «CONTRE LIMITES»

SOMMAIRE: I. Prolégomènes. – II. Le jeu de la primauté dans la jurisprudence de la Cour de justice. – III. L'intégration des contre-limites dans le droit de l'Union. – IV. *L'ultima ratio*: l'invocation de l'identité nationale. – V. Conclusion.

Depuis les débuts du processus d'intégration européenne, la question des rapports entre le droit national et le droit communautaire, puis de l'Union européenne, est resté un des classiques des études juridiques. S'agissant de la législation nationale, la primauté du droit communautaire sur la loi nationale antérieure et postérieure a fini par s'imposer<sup>1</sup>. par des chemins différents, selon les Etats, et avec une sécurité juridique plus ou moins grande. Par elle-même, la démarche qui conduit le juge national à reconnaître la primauté n'a rien d'extraordinaire, car elle trouve son fondement dans le droit constitutionnel national qu'il s'agisse d'une clause classique sur la suprématie des traités internationaux ou d'une clause plus spécifique relative à l'appartenance de l'Etat à une organisation dite supranationale. Dans tous les cas la primauté trouve un appui dans la constitution, même si c'est parfois au prix d'une interprétation large de celle-ci. Par contre, les conflits entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel national font appel à des solutions différentes en raison des démarches divergentes du juge communautaire et du juge national qui obéissent chacun à des normes de référence distinctes et suivent des démarches qui leur sont propres.

I. *Prolégomènes*

1. La primauté du droit de l'Union sur le droit constitutionnel national n'est pas un phénomène propre à l'Union. Tout juge international

---

<sup>1</sup> Voir J.V. LOUIS et TH. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

affirmerait de la même manière la primauté du droit international sur le droit constitutionnel national. La primauté n'est donc pas une caractéristique spécifique à l'ordre juridique de l'Union. Par contre, ce qui est original c'est la manière dont s'articulent les relations entre cet ordre et l'ordre national. En droit international classique, la gestion de ces relations relève du droit interne tandis qu'ici elle est réglée par le droit de l'Union. Mettant en oeuvre des rapports interétatiques, le droit international laisse aux Etats le soin de fixer, dans la cadre de leurs règles constitutionnelles internes, les modalités d'application des règles internationales à la seule condition qu'ils en assurent l'application effective. En cas de violation, il appartiendra à l'Etat de réparer les conséquences de la violation, la sanction pouvant éventuellement intervenir par le jeu de la réciprocité. Par contre, le droit de l'Union ne s'applique pas seulement aux rapports entre Etats membres, mais également dans les relations entre ceux-ci et particuliers, voire entre particuliers eux-mêmes<sup>2</sup>. De ce fait, l'effet direct vient compléter la primauté. Dès lors, les mécanismes classiques du droit international ne permettent pas de répondre aux objectifs du traité puisque, par la bilatéralisation des rapports qu'établirait, le jeu classique de la réciprocité-sanction porterait atteinte tant à l'unité du marché intérieur qu'aux droits que les particuliers tirent du traité<sup>3</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que le traité établit un système centralisé de sanction.

Même si un tel système n'est pas fréquent dans la société internationale, il est loin d'être novateur puisque, contrairement à la règle fédérale classique, la Cour de justice ne peut annuler une législation nationale contraire au traité<sup>4</sup>. Cependant, la Cour a su, par une utilisation habile des procédures juridictionnelles offertes par le traité, arriver à un résultat équivalent. Certes la procédure de manquement répond encore aux principes traditionnels dans la mesure où la constatation d'un manquement intervient au terme d'un processus qui implique les organes de l'Etat et se termine par un jugement déclaratoire. La mise en oeuvre du jugement de manquement appartient aux autorités nationales sous peine de sanctions pécuniaires et de l'éventuelle mise en cause de la responsabilité de

---

<sup>2</sup> Cette particularité se rencontre également dans les accords relatifs aux droits de l'homme, ce qui explique certaines de leurs spécificités, notamment l'existence d'un système de contrôle propre qui exclut en principe le jeu de la réciprocité. Elle n'a pas été reconnue par la Cour de justice aux règles de l'OMC.

<sup>3</sup> CJCE, arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Rec.*, 629.

<sup>4</sup> Le vieux principe fédéral "Bundesrecht bricht Landesrecht" ne trouve pas application dans ce cadre.

l'Etat à l'égard du particulier. Mais, dans ce cas, le schéma classique du droit international subsiste puisque l'ordre juridique national reste intangible, la réparation étant le seul remède. La novation est venue de l'utilisation du système de renvoi préjudiciel. En effet, le renvoi préjudiciel en interprétation permet à la Cour de justice d'intervenir à titre préventif alors que la situation est encore *sub judice* au plan national. Le manquement éventuel n'est pas encore définitif et le juge national pourra y remédier en donnant suite à l'arrêt de la Cour. La mission d'appliquer la primauté est dans ce cas confiée au juge national qui devient le juge de droit commun du droit de l'Union<sup>5</sup>. Cette solution limite la dramatisation des conflits puisque ceux-ci n'opposent pas un juge «étranger» aux autorités nationales, mais sont tranchés en dernier ressort par les autorités judiciaires nationales. Encore faut-il que celles-ci acceptent cette mission et écartent l'application des mesures nationales contraires au droit communautaire. Pour ce faire, elles doivent trouver dans leur ordre juridique un titre pour effectuer cette tâche qu'il s'agisse d'une habilitation constitutionnelle mise en œuvre par la ratification des traités communautaires, voire, dans des hypothèses plus rares, comme au Royaume-Uni d'une habilitation législative de portée générale. La conséquence en est qu'en présence d'une règle du droit de l'Union qui serait incompatible avec la norme constitutionnelle, incompatibilité éventuellement confirmée par un arrêt de la Cour de justice revêtu de l'autorité de la chose jugée, le juge national se verra attribuer la responsabilité de faire jouer lui-même la primauté.

2. La primauté n'établit pas une relation hiérarchique classique entre le droit de l'Union et le droit constitutionnel national. En d'autres termes, d'après le droit de l'Union, le droit national contraire n'est pas frappé d'invalidité. D'ailleurs, pas plus que la Cour de justice ne peut déclarer une norme nationale invalide, le juge national ne peut se prononcer sur la validité du droit de l'Union. La question ne devrait pas se ré-

---

<sup>5</sup> En effet, les États membres ont, selon la Cour et en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 10 (ex-5) du traité CE, l'obligation d'abroger la norme nationale incompatible avec le droit communautaire et, dans l'attente, de la laisser inappliquée (arrêt du 24 mars 1988, *Commission c/ Italie*, affaire 104/86, *Rec.*, 1799). Cette obligation s'impose à toutes les autorités nationales, y compris les autorités locales ou régionales (arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo c/ Commune de Milano*, affaire 103/88, *Rec.*, 1839), et tout particulièrement au juge national. Comme le note la Cour dans l'arrêt *Simmenthal*: «Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel».

soudre en terme de validité puisque chaque juge doit analyser la validité des normes applicables dans l'ordre juridique doit il a le contrôle en fonction des règles supérieures applicables dans cet ordre et ne saurait se prononcer sur la validité des normés émises dans un autre ordre juridique, fut-ce celui de l'Union. Les conflits se résolvent par l'inopposabilité d'une norme dans l'ordre juridique concerné.

3. Enfin, si tout juge agit dans le cadre d'un ordre juridique dont les règles s'imposent à lui et dont il tire son autorité, il ne saurait reconnaître la primauté à des normes issues d'un autre ordre à moins d'être habilité à le faire par son propre ordre juridique. Gardien de la primauté du droit, sa légitimité est donc fondée sur son ordre constitutionnel propre. Le statut du droit de l'Union dans l'ordre juridique national est fondé sur la constitution nationale. Dans ces conditions, sauf autorisation expresse de celle-ci, le juge national ne saurait accepter l'application de normes contraires à celle-ci. Dans ces conditions, la théorie des contre-limites apparaît comme étant le fruit d'un compromis visant à accepter la primauté du droit de l'Union dans le respect des dispositions constitutionnelles qui ont permis l'adhésion tout en sauvegardant certaines valeurs fondamentales dont on dira plus tard qu'elles relèvent de l'identité nationale.

## II. *Le jeu de la primauté dans la jurisprudence de la Cour de justice*

La jurisprudence de la Cour est sans équivoque en ce qui concerne la primauté du droit de l'Union sur le droit national, y compris le droit constitutionnel, s'opposant ainsi à l'invocation au niveau national de contre-limites dès lors qu'elles ne résultent pas du droit de l'Union lui-même. Mais elle vise aussi à garantir cette primauté sur le droit constitutionnel en organisant et limitant la concurrence potentielle des voies de droit en ce qui concerne son propre rôle et celui des juridictions constitutionnelles nationales.

1. Au delà de l'affirmation générale de la primauté du droit communautaire sur la législation nationale dans *Costa/Enel*<sup>6</sup>, c'est l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* qui affirme sans ambiguïté la primauté sur le droit constitutionnel national: «Le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national, quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même; que, dès lors, l'invocation

---

<sup>6</sup> Arrêt du 15 juillet 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat»<sup>7</sup>.

Cette vision des rapports de système se verra appliquée concrètement dans l'arrêt *Kreil* dans lequel la Cour écartera l'exception à l'application de la non discrimination fondée sur le sexe en matière d'accès à l'emploi tirée d'une disposition expresse de la loi fondamentale allemande<sup>8</sup>. Elle trouvera également une expression récente et vigoureuse dans l'arrêt *Melloni* dans lequel la Cour rappelle sa doctrine<sup>9</sup>. S'agissant de la possibilité pour les Etats membres d'appliquer une norme de protection des droits fondamentaux supérieure à celle garantie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle exclut celle-ci dès lors qu'elle conduirait à porter atteinte au principe de primauté et donc à l'uniformité d'application du droit de l'Union. Aussi, dès lors qu'un acte de l'Union contient une disposition impérative et que celle-ci est conforme à la Charte, il est exclu qu'un Etat membre puisse faire valoir un niveau de protection national plus élevé même si ce niveau résulte de l'application d'une norme constitutionnelle nationale. Par contre, en l'absence d'une disposition impérative, la Cour admet que la primauté n'étant pas en cause, la norme constitutionnelle nationale plus protectrice peut être appliquée dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union<sup>10</sup>.

Ce dispositif est complété par deux garde-fous. Tout d'abord l'arrêt *Simmenthal* confie au juge national le soin de veiller à la primauté en écartant les règles nationales contraires<sup>11</sup>. Il se voit donc placé dans la position d'arbitre entre les exigences du droit de l'Union et celles de son droit constitutionnel national. En outre, il lui est interdit de se prononcer sur la validité d'une norme de droit de l'Union et, en application de la jurisprudence *Foto-Frost*, doit en cas de doute saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel<sup>12</sup>. Ainsi, même si la Cour avait admis le jeu des

<sup>7</sup> Arrêt du 17 décembre 1970, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114. Cette jurisprudence est loin d'être étrangère aux réactions des Cours constitutionnelles allemande (29 mai 1974 - 2 BvL 52/71 - BVerfGE 37, 271 - *Solange I* -) et italienne, quoique avec une plus grande d'ouverture, (27 décembre 1973, n° 183, *Frontini et Pozzani*) à l'origine des contre-limites.

<sup>8</sup> Arrêt du 11 janvier 2000, C-285/98, ECLI:EU:C:2000:2.

<sup>9</sup> Arrêt du 26 février 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

<sup>10</sup> Arrêt du 30 mai 2013, *Jeremy F.*, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358.

<sup>11</sup> Arrêt du 9 mars 1978, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

<sup>12</sup> Arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost / Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452.

contre-limites, ce qui n'est pas le cas, elle en aurait gardé le contrôle par le biais du renvoi préjudiciel. En soi, la jurisprudence *Foto-Forst* est un au minimum un appel au dialogue des juges lorsque se pose la question d'un conflit entre un acte de l'Union et le droit constitutionnel national en ce qu'il permet d'éviter que le juge national ne se prononce lui-même sur la validité de l'acte, fonction réservée à la Cour de justice. C'est d'ailleurs ainsi que la Cour constitutionnelle allemande en saisissant la Cour de justice d'une demande préjudicielle dans l'affaire *OMT*<sup>13</sup>.

2. La Cour de justice veille donc avec soin à préserver l'exclusivité de son contrôle. Cette attitude est particulièrement sensible sur le plan procédural lorsque sont simultanément en cause l'appréciation de la conformité au droit de l'Union d'une norme nationale et celle de la conformité de cette même norme à la constitution. Il s'agit d'éviter que le contrôle de constitutionnalité ne se substitue au contrôle par rapport aux traités. Dans l'affaire *Melki*, la Cour a précisé que le caractère prioritaire de contrôle de constitutionnalité en France ne pouvait conduire à priver le juge national du droit d'adresser à tout moment une demande préjudicielle à la Cour de justice ou d'adopter des mesures provisoires ou encore de laisser inappliquée la mesure nationale contraire au droit de l'Union<sup>14</sup>. Le juge constitutionnel ne peut déclarer contraire à la constitution une loi transposant une disposition impérative d'une directive en soustrayant à la Cour de justice l'examen préalable de la validité de la directive au droit de l'Union<sup>15</sup>.

Mais la situation peut se présenter de manière différente. Dans l'affaire *Winner Wetten*<sup>16</sup>, la Cour constitutionnelle avait censuré la législa-

---

<sup>13</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre) du 16 juin 2015, *Peter Gauweiler e.a. contre Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

<sup>14</sup> Arrêt du 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188 et 189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

<sup>15</sup> «Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause».

<sup>16</sup> Arrêt du 8 septembre 2010, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503.

tion relative au jeu du Land de Rhénanie-Nord Westphalie, mais en avait maintenu les effets pour une période limitée. La question posée à la Cour de justice était de savoir si ce maintien en vigueur provisoire pouvait persister au cas où la mesure en cause serait contraire au droit de l'Union. On se trouvait dans la situation que voulait éviter l'arrêt *Melki*, c'est-à-dire une décision sur la constitutionnalité d'une loi dans le champ d'application du droit de l'Union. La solution la plus simple eut été de purger le contentieux au regard du droit de l'Union et, si besoin, de statuer ensuite sur la conformité de la loi à la Constitution dans la seule mesure où l'Etat disposait d'une marge de manœuvre. Mais ici, cette voie n'était pas ouverte puisque la Cour constitutionnelle s'était prononcée la première ce qui, au regard du droit de l'Union, pouvait aboutir à laisser inappliquée la décision du juge constitutionnel. En l'espèce, la Cour constitutionnelle allemande ne s'était pas prononcée sur la compatibilité avec le droit de l'Union estimant qu'il n'avait pas compétence pour le faire. La législation était simultanément incompatible avec la loi fondamentale et le droit de l'Union et le problème résultait du maintien provisoire des effets de la loi. Or les exigences liées à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union exigeaient l'éviction de la législation en cause et il appartenait à la seule Cour de justice de décider si des considérations de sécurité juridique imposaient le maintien provisoire de ses effets. Dans la mesure où tel n'était pas le cas, il convenait d'écarter les effets de la décision de la Cour constitutionnelle.

Une dernière hypothèse est celle dans laquelle le droit national accorde une valeur constitutionnelle au droit de l'Union. Dans ce cas, le juge constitutionnel pourrait être amené à apprécier lui-même la validité d'une législation de transposition par rapport à la constitution. Cette situation s'est présentée en Autriche puisque la Cour constitutionnelle a placé la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au rang constitutionnel<sup>17</sup>. Dès lors, le juge national est-il soumis à l'obligation de soumettre un recours incident de constitutionnalité à la Cour constitutionnel dès lors qu'une question de conformité à la Charte d'une disposition impérative d'une directive reprise dans une loi de transposition est invoquée? La réponse de la Cour de justice est dans la ligne de celle donnée dans les cas précédents<sup>18</sup>. Le juge national ne saurait être privé de

<sup>17</sup> Arrêt du 11 septembre 2014, *A. contre B. e. a.*, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195.

<sup>18</sup> «Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de cette directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'inter-



son droit de former une demande préjudicielle à la Cour de justice et il n'appartient pas au juge constitutionnel de se prononcer à priori sur la validité d'une disposition impérative d'une norme de l'Union transposée dans la législation nationale faute de quoi serait mise en cause l'efficacité du droit de l'Union. Ce juge peut bien entendu saisir lui-même la Cour de justice d'une demande préjudicielle. Par contre, il retrouve sa liberté lorsque le droit de l'Union laisse une marge de manœuvre aux États membres.

### III. *L'intégration des contre-limites dans le droit de l'Union*

Dans la mesure où les contre-limites constituent un risque pour la primauté, la Cour ne peut y rester indifférente et se contenter de répéter le leitmotiv de la primauté d'autant plus que les arguments développés par les cours constitutionnelles sont sérieux. Le dialogue entre les juges est constitué un moyen privilégié de trouver un accord, mais il n'est parfois pas suffisant et le recours à une révision des traités est indispensable. Dans tous les cas, il s'agit de désamorcer les conflits en intégrant certaines contre-limites dans le droit de l'Union.

La première illustration du dialogue est celle relative aux droits fondamentaux. Si l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* constitue une claire affirmation de la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel national, il comporte, dans un souci de dialogue, également une contrepartie en ce qu'il intègre la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union au titre des principes généraux du droit: «Le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ... la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitu-

---

roger la Cour de justice sur la validité de ladite directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable (arrêt *Melki et Abdeli*, EU:C:2010:363, point 56). Par ailleurs, lorsque le droit de l'Union accorde aux États membres une marge d'appréciation dans le cadre de la mise en œuvre d'un acte du droit de l'Union, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale, pourvu que l'application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêt *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, point 60)».

tionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté». La concession est importante dans la mesure où la Cour reconnaît les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, mais elle s'accompagne d'un *caveat* relatif aux spécificités de l'Union. Grace à cette formulation, la Cour constitutionnelle allemande acceptera dans *Solange II*, puis dans l'arrêt Bananes, de tempérer sa position jusqu'à rendre exceptionnelle l'invocation de la contre-limite. Mais ce n'est pas le seul exemple d'une telle intégration. Il faudrait citer la reconnaissance des exigences de l'état de droit dans l'arrêt *Les Verts*<sup>19</sup> ou du principe démocratique dans l'arrêt *Isoglucose*<sup>20</sup>.

La Cour a su également utiliser les exceptions permises par le droit de l'Union afin de prendre en considération certaines contre-limites. Ainsi, dans l'affaire *Omega Spielballen*, pour prendre en compte la vision très étendue des conséquences de la dignité de la personne humaine, tout en constatant que cette vision allait au delà des conceptions communes aux Etats membres, elle accepte celle-ci sur la base de la sauvegarde de l'ordre public en vertu de l'article 46 CE<sup>21</sup>.

L'intégration se produit également par la révision des traités. Parfois celle-ci prend la forme d'une consolidation de la jurisprudence. C'est le cas en ce qui concerne les droits fondamentaux. L'article 6 TUE introduit à Maastricht reproduit la jurisprudence existante, puis le mouvement s'est amplifié pour aboutir dans le traité de Lisbonne à donner force contraignante à la Charte des droits fondamentaux et à imposer l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. On peut également noter ce mouvement de consolidation en ce qui concerne les valeurs de l'Union. Le mouvement a commencé par une simple déclaration sur l'identité européenne adoptée à Copenhague le 14 décembre 1973 pour culminer dans l'article 2 TUE du traité de Lisbonne qui reprend les valeurs qui s'imposent tant à l'Union et aux Etats et dont certaines constituent des contre-limites. Mais, parfois les traités réalisent un pas en avant. Les préoccupations relatives à l'identité nationale figurent comme une simple mention à l'article 6 TUE à Maastricht et connaîtront un développement important à l'article 4 TUE à Lisbonne en incluant l'identité politique et constitutionnelle des Etats membres. Pour essayer de neutraliser la contre-limite relative à l'*ultra vires*, le traité de Lisbonne a précisé la rédaction de l'article 4 en indiquant que toute compétence qui n'est pas attribuée à l'Union appartient aux Etats membres ce qui

<sup>19</sup> Arrêt du 25 février 1988, 190/84, ECLI:EU:C:1988:33.

<sup>20</sup> Arrêt du 29 octobre 1990, *Roquette frères*, 18/79, ECLI:EU:C:1980:149.

<sup>21</sup> Arrêt du 14 octobre 2004, C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614.

peut s'analyser comme un signal adressé à la Cour de justice pour qu'elle se montre plus vigilante en ce domaine.

Un autre moyen de neutraliser les possibles contre-limites au moment de la révision des traités consiste, lorsque la Constitution nationale le permet, de faire vérifier la compatibilité de la révision avec la constitution et, le cas échéant, de réviser celle-ci en tant que besoin. Mais le remède n'est pas absolu, car l'incompatibilité constitutionnelle qui peut entraîner le déclenchement des contre-limites n'est pas toujours le fait des dispositions des traités, mais plutôt du contenu du droit dérivé. Dans ce cas, la solution est entre les mains du législateur auquel il appartient au moment de l'adoption de l'acte d'éviter les conflits en aménageant la rédaction de celui-ci. Il s'agit d'un élément classique du travail législatif qui peut s'appuyer sur les études d'impact réalisées en matière de droits fondamentaux. Le résultat est souvent un compromis qui permet de s'affranchir du risque de voir jouer les contre-limites soit parce que le texte prévoit des exceptions, soit parce qu'il permet de tenir compte des particularités nationales. On peut en trouver un exemple dans l'article 19 du règlement sur le programme de recherches Horizon 2020. Pour faire face aux controverses relatives à l'usage des cellules souches embryonnaires dans la recherche, le programme permet le financement de telles recherches, mais prévoit que les projets de l'UE doivent obéir aux lois du pays dans lequel est menée la recherche.

#### IV. *L'ultima ratio: l'invocation de l'identité nationale*

1. La stratégie d'incorporation dans le droit de l'Union des principes qui font l'objet des contre-limites ne peut couvrir l'ensemble du champ occupé par ceux-ci. En effet, certains principes sont spécifiques à certains Etats membres et, de ce fait, ne peuvent être incorporés dans les traités ou la jurisprudence puisque que, dans ce cas, ils pourraient être opposables de manière générale. D'autres font l'objet d'une interprétation plus large dans certains Etats que dans d'autres et n'ont pas de ce fait une portée générale à l'échelle de l'Union. On peut se référer dans la première hypothèse au principe de laïcité qui s'impose avec force dans des Etats comme la France tandis que d'autres se limitent à reconnaître la liberté de religion sans pour autant imposer la laïcité de l'Etat. Pour certains, la défense de la langue nationale constitue un élément fondamental alors que d'autres sont plus flexibles. Il en va de même en ce qui concerne le statut des minorités. Certains reconnaissent des droits collectifs aux groupes minoritaires tandis que d'autres, au nom de l'unité de

la nation, admettent seulement l'existence de droits individuels accordés aux membres des minorités. La seconde hypothèse, celle d'une portée particulière reconnue à certains droits est illustrée par l'arrêt *Omega Spielhallen* à propos de l'étendue du droit à la dignité de la personne humaine en Allemagne. Depuis d'ailleurs, la Cour constitutionnelle allemande a vu, notamment dans son jugement sur le traité de Lisbonne, dans ce droit un principe sur lequel repose l'architecture politique allemande, notamment les droits du Parlement qui impliquent une participation libre et égale des citoyens.

L'invocation de l'identité nationale, confirmée à l'article 4 du traité de Lisbonne, constitue donc l'ultime protection des contre-limites. Elle permet à la Cour de justice de reconnaître à un Etat membre le droit de se soustraire à certaines obligations des traités. Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, la Cour de justice a eu l'occasion de faire jouer cette disposition en estimant que l'interdiction du port des titres de noblesse en Autriche, bien que constituant une restriction à la liberté de circulation, constituait un élément de l'identité constitutionnelle autrichienne<sup>22</sup>. Comme dans l'affaire *Omega Spielhallen*, elle a fondé sa décision sur la protection de l'ordre public. Il est vrai qu'elle a aussi justifié celle-ci en voyant dans cette interdiction une expression particulière du principe d'égalité qui est reconnu par le droit de l'Union. La Cour a également reconnu dans la protection de la langue nationale un élément de l'identité nationale dans l'arrêt *Malgožata Runevič-Vardyn*, mais, ici encore, elle a souligné que la protection de la langue nationale était un objectif reconnu par le droit de l'Union et notamment par la Charte des droits fondamentaux<sup>23</sup>.

La question de la définition du contenu de l'identité nationale ne peut être tranchée de manière abstraite. La consécration constitutionnelle est sans doute un indice, mais il n'est pas suffisant. Une simple mention dans la constitution ne révèle pas toujours la nature de l'élément en cause et sa portée. Ainsi, comme le montre la jurisprudence, si la dignité de la personne humaine est certainement un droit reconnu à la fois par l'Union et ses Etats membres, elle est interprétée d'une manière extrêmement large en Allemagne pour des raisons historiques. Dans ce cas, le seul texte de la constitution n'est pas suffisant, il convient de tenir compte de l'histoire et de la culture nationale. En outre la constitution nationale n'est pas le seul révélateur de l'identité nationale et un principe non inscrit dans la constitution peut en faire partie. Il s'agit donc d'une démarche essentiellement casuistique dans laquelle la Cour devra s'ap-

<sup>22</sup> Arrêt du 22 décembre 2010, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

<sup>23</sup> Arrêt du 12 mai 2011, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291.

puyer sur la pertinence des arguments fournis par le requérant ou les intervenants. Dans la mesure où il s'agit le plus souvent de justifier une dérogation à une des libertés fondamentales, la question soulevée n'est pas une question de légalité d'un acte de l'Union, mais de non application de celui-ci dans l'Etat concerné.

Même si la Cour accepte l'argument lié à l'identité nationale comme justifiant une dérogation, encore faut-il que la dérogation n'excède pas ce qui est strictement nécessaire à la protection de l'intérêt en cause. C'est ainsi qu'à deux reprises la Cour de justice, tout en admettant que des législations de la région flamande étaient justifiées par la protection de la langue, a considéré qu'elles ne respectaient pas le principe de proportionnalité<sup>24</sup>.

2. Pour le juge national, le chemin normal devrait donc être de saisir la Cour de justice en invoquant l'identité nationale au lieu de faire jouer les contre-limites. Mais, pour ce faire, il doit tout d'abord considérer que la question relève du champ d'application du droit de l'Union. S'il estime que tel n'est pas le cas, il n'existe aucune raison d'avoir recours aux contre-limites et il se bornera à appliquer le droit national au cas qui lui est soumis. On sait que la Cour constitutionnelle allemande a une vision très limitée du champ d'application du droit de l'Union et a exprimé fermement ses réserves à propos de la jurisprudence *Akerberg Fransson*<sup>25</sup> qu'elle a considéré comme un cas d'espèce qui ne saurait établir un principe général<sup>26</sup>. De plus, le juge constitutionnel peut estimer à tort ou à raison qu'il n'y a pas lieu d'utiliser le renvoi préjudiciel parce que l'acte de l'Union en cause est clair. C'est la voie qu'a utilisée la Cour constitutionnelle allemande à propos de l'application du mandat d'arrêt européen en cas de jugement *in absentia* en Italie<sup>27</sup>. Dans ce cas, la seul

---

<sup>24</sup> Voir à propos de l'obligation d'établir les contrats de travail transfrontaliers en langue néerlandaise, arrêt du 16 avril 2013, C-202/11, *Anton Las*, ECLI:EU:C:2013:239 et à propos de l'obligation d'établir les factures en langue néerlandaise sous peine de nullité, Arrêt du 21 juin 2016, C-15/15, *New Valmar BVBA*, ECLI:EU:C:2016:464. Dans les deux cas, la Cour a refusé l'argument de protection de la langue pour défaut de proportionnalité.

<sup>25</sup> Arrêt du 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

<sup>26</sup> 1 BVR 1215 07, 24 April 2013: «*As part of a cooperative relationship, this decision must not be read in a way that would view it as an apparent ultra vires act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the member states in a way that questioned the identity of the Basic Law's constitutional order. The Senate acts on the assumption that the statements in the ECJ's decision are based on the distinctive features of the law on value-added tax, and express no general view. The Senate's decision on this issue was unanimous.*».

<sup>27</sup> Order of 15 December 2015 2 BvR 2735/14: «*There is no need for a preliminary request to the European Court of Justice under Art. 267 TFEU. The way in which the Union*

réaction possible pour l'Union serait l'ouverture par la Commission d'une procédure de manquement de l'Etat membre concerné.

En fin, nonobstant la possibilité d'invoquer l'identité nationale devant la Cour de justice, le juge constitutionnel national pourrait toujours estimer qu'en dernier ressort la décision définitive lui appartient. C'est en tout cas l'avis de la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision précitée du 15 décembre 2015<sup>28</sup> en se fondant d'ailleurs sur l'article 4 TUE à la simple différence que cet article ne donne pas le pouvoir ultime au juge national, mais s'adresse à la Cour de justice.

## V. Conclusion

Le système de l'Union a évolué vers une prise en compte des contre-limites tant par la voie de la jurisprudence de la Cour de justice que des

---

*law must be applied correctly is that obvious that there does not remain any room for reasonable doubts (acte clair). Consequently, there is no conflict between Union law and the protection of human dignity under the Basic Law in the case at hand*». Mais cette conclusion est précédée d'une longue analyse justifiant en toute hypothèse sa vision de la légitimité du contrôle du respect de l'identité nationale.

<sup>28</sup> Dont un passage mérite d'être cité intégralement: «*The identity review conducted by the Federal Constitutional Court safeguards the constitutional identity. As with ultra vires reviews, [identity] reviews may ultimately result in Union law having to be declared inapplicable in exceptional cases. To prevent German authorities and courts from simply disregarding the Union law's claim to validity, applying Art. 23 sec. 1 sentence 3 in conjunction with Art. 79 sec. 3 GG in a manner that is open to European integration and the legal concept expressed in Art. 100 sec. 1 GG both require that declaring a violation of the constitutional identity is reserved for the Federal Constitutional Court. In substance, identity review is a concept inherent in Art. 4 sec. 2 sentence 1 of the Treaty on European Union (TEU) and does not violate the principle of sincere cooperation within the meaning of Art. 4 sec. 3 TEU. The European Union is an association of sovereign states (Staatenverbund), of constitutions [Verfassungsverbund; sometimes referred to as multilevel constitutionalism], of administrations (Verwaltungsverbund) and of courts [Rechtspflegeverbund; sometimes referred to as multilevel cooperation of courts], which is founded on international treaties concluded by the Member States. As "masters of the treaties" (Herren der Verträge), Member States decide through national legal arrangements if and to what extent Union law is applicable and is accorded precedence in the respective national legal order. It therefore does not contradict the openness of the Basic Law to European integration if the Federal Constitutional Court, in exceptional cases and subject to strict conditions, declares an act of the European Union to be inapplicable in Germany. The fact that identity review is a concept inherent in the treaties is additionally corroborated by the fact that the constitutional law of many other Member States contains provisions to protect the constitutional identity and to limit the transfer of sovereign rights to the European Union. This does not entail a substantial risk for the uniform application of Union law, as the powers of review reserved for the Federal Constitutional Court have to be exercised with restraint and in a manner open to European integration. To the extent required, the Federal Constitutional Court will base its review of the European act in question on the interpretation provided by the European Court of*

révisions successives des traités. Cette évolution ne semble pas avoir convaincu toutes les juridictions constitutionnelles puisque certaines réaffirment régulièrement leur volonté de préserver le cœur de la souveraineté nationale. On peut analyser cette situation en terme conflictuels ou y voir l'expression d'un dialogue entre juges nationaux et Cour de justice. En fait, à l'exception d'un seul cas<sup>29</sup>, les réserves exprimées n'ont pas donné lieu à un refus d'application du droit de l'Union. Ne doit-t-on pas les considérer comme des éléments de dialogue dans lesquels chaque Cour adopte les limites à ne pas franchir avant de les adapter à la position exprimée par la Cour de justice. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle allemande, un acte de l'Union adopté *ultra vires* ne saurait primer sur une règle de droit interne. Mais, après avoir exprimé le principe avec fermeté, dans son arrêt *Honeywell*, la Cour constitutionnelle a adopté une vision ouverte au droit de l'Union qui doit être apprécié en fonction du principe constitutionnel d'ouverture au droit européen et a jugé qu'il ne saurait y avoir d'*ultra vires* qu'en cas de violation manifeste du principe d'attribution: «*Ultra vires review by the Federal Constitutional Court can moreover only be considered if it is manifest that acts of the European bodies and institutions have taken place outside the transferred competences ... A breach of the principle of conferral is only manifest if the European bodies and institutions have transgressed the boundaries of their competences in a manner specifically violating the principle of conferral (Article 23.1 of the Basic Law), the breach of competences is in other words sufficiently qualified (see on the wording "sufficiently qualified" as an element in Union liability law for instance ECJ Case C-472/00 P Fresh Marine <judgment of 10 July 2003> [2003] ECR I-7541 paras. 26-27). This means that the act of the authority of the European Union must be manifestly in violation of competences and that the impugned act is highly significant in the structure of competences between the Member States and the Union with regard to the principle of conferral and to the binding nature of the statute under the rule of law*»<sup>30</sup>.

Ainsi, l'opposition conceptuelle sur la primauté aurait pu générer de nombreux conflits. Or, jusqu'à présent, il n'en a rien été malgré quelques

---

*Justice in a preliminary ruling under Art. 267 sec. 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*».

<sup>29</sup> En l'occurrence, il s'agissait d'une situation très spécifique née de la séparation entre la République tchèque et la Slovaquie et qui était antérieure à l'adhésion de ces Etats à l'Union, voir Pl US 5/12 du 31 janvier 2012 à propos du régime de pension des citoyens tchèques ayant acquis des droits à pension en Slovaquie avant la scission de la Tchécoslovaquie.

<sup>30</sup> Arrêt du 6 juillet 2010, 2 BrV 2661/06.

alertes. Cette coexistence des systèmes est due à la modération réciproque des acteurs. Comme le souligne à juste titre le juge Tizzano: «...tout le système tend à la recherche de points de convergence – et parfois même de compromis – entre les diverses instances juridictionnelles... Il est en fait vrai que chacune d'entre elles est liée à un principe identitaire ainsi qu'à une cohérence intrinsèque qui lui est propre; mais il est tout aussi vrai que jusqu'à présent, elles ont toutes fait preuve de grande sensibilité aux exigences globales du système et à son harmonie»<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> *La protection des droits fondamentaux en Europe et les juridictions constitutionnelles nationales*, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2006, 9.





ANTONIO RUGGERI

PRIMATO DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE  
VERSUS IDENTITÀ COSTITUZIONALE?  
(ALLA RICERCA DELL'ARABA FENICE COSTITUZIONALE:  
I «CONTROLIMITI»)

SOMMARIO: 1. Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali. – 2. L'«inesistenza» di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali, secondo Corte cost. n. 238 del 2014: una soluzione valevole altresì per i casi di superamento dei controlimiti da parte delle norme dell'Unione? – 3. L'integrazione della prospettiva eurounitaria e di quella costituzionale, la incessante ridefinizione della identità costituzionale per effetto delle operazioni di bilanciamento tra il principio di apertura nei riguardi del diritto internazionale e sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il carattere condizionato dei controlimiti alla luce del canone della massimizzazione della tutela. – 4. *Controlimiti in senso formale e controlimiti in senso sostanziale*, esposti gli uni alla luce del sole, fatti valere gli altri per vie sotterranee, a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o di pronunzie dei giudici (specie europei) per via d'interpretazione. – 5. Al tirar delle somme: primato *e* (ed è), non già *versus*, identità.

1. *Gli introvabili controlimiti e limiti alla sovranità, in prospettiva assiologicamente orientata, nelle esperienze di diritto interno come pure in quelle al piano delle relazioni interordinamentali*

L'idea di «controlimite», nelle sue prime elaborazioni teoriche al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, si presenta – come si sa – strettamente ed inscindibilmente legata a quella di sovranità, allo stesso tempo rimandando, per opposizione, a quella di «limite» (e, naturalmente viceversa). Con la seconda, la sovranità si contrae, con la prima si espande: due movenze, dunque, speculari o – se si vuole – due profili inautonomi di un solo, composito fenomeno. In un caso e nell'altro, punto costante di riferimento sono i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale<sup>1</sup> che – come si sa –, secondo una tesi larga-

---

<sup>1</sup> ... e – tiene a chiarire la giurisprudenza costituzionale (part., sent. n. 183 del 1973 e succ.) – «i diritti inalienabili della persona umana» che, tuttavia – come si è fatto più volte no-

mente diffusa ed accreditata, posseggono l' idoneità a resistere alla revisione costituzionale e, in genere, ad ogni innovazione che non sia forzosa, eversiva dell'ordine costituito: principi, dunque, che fanno ed esprimono l'identità costituzionale *assiologicamente intesa*<sup>2</sup>, al cui servizio pertanto la sovranità si dispone, in essa rinvenendo la sua ragione d'essere, la giustificazione e il fine<sup>3</sup>.

Il rispetto dei principi<sup>4</sup> si spiega e proietta, dunque, ad ogni piano,

---

tare – entrando a comporre uno dei principi suddetti, possono farsi pianamente riportare all'unico limite costituito da questi ultimi. Volendo, potrebbe dirsi che lo stesso riferimento ai principi sia pleonastico, ovvero sia che si tratti della mera esplicitazione di ciò che è ovvio, non ammettendosi – per una dottrina assai risalente ed ancora oggi accreditata – nessuna possibile incisione da parte di qualsivoglia atto espressivo di potere costituito di norme che sono, in tesi, l'espressione più immediata e qualificante del potere costituente. Con la conseguenza che ammettere che il primato del diritto sovranazionale possa spingersi fino al punto di travolgere gli stessi principi equivarrebbe a riconoscere che si sia in presenza di un potere costituente europeo *in progress*. Una conseguenza che, tuttavia, non terrebbe conto del fatto che, trasposta l'idea di potere costituente dall'ambito dello Stato nazionale in cui è storicamente maturata nella dimensione europea, essa assume forma e contenuti originali, sì da potersi ammettere che per effetto dell'esercizio del potere stesso possa venire alla luce (se già non è venuto...) un ordine costituzionale dotato di connotati suoi propri, in seno al quale sia raccolta, preservata e viepiù promossa la tradizione liberale che ha la sua cifra più immediatamente caratterizzante ed espressiva appunto nella salvaguardia dei diritti fondamentali (alcune notazioni anticipatrici nel senso ora indicato possono, volendo vedersi nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014, 1 ss.).

Ora, senza evocare qui scenari e loro raffigurazioni teoriche, che rimandano all'idea di una Costituzione europea già affermatasi o in via di affermazione, si vedrà a momenti che sono da rivedere le stesse premesse su cui poggiano le indicazioni appena date, specificamente per la parte in cui si riferiscono al rapporto, complesso e fluido nelle sue concrete movenze, che s'intrattiene e svolge tra il primato del diritto dell'Unione e i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

<sup>2</sup> Non indugio qui sulla vessata questione concernente la distinzione tra valori e principi fondamentali dell'ordinamento (a riguardo della quale, di recente, L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Torino, 2015, 1 ss.); sta di fatto, nondimeno, che al piano positivo i valori stessi, per comune riconoscimento, hanno la loro più immediata e genuina proiezione e fedele rappresentazione appunto per il tramite dei principi, che li disvelano e servono *magis ut valeant*, alle condizioni oggettive di contesto.

<sup>3</sup> Finemente argomentata la tesi secondo cui la stessa sovranità, nello Stato costituzionale, richiede una profonda rigenerazione semantica, a mezzo della sua «desoggettivizzazione» e ambientazione al piano assiologico-sostanziale, appuntandosi sui valori fondamentali dell'ordinamento (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005 e, ora, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 57 ss., sul cui pensiero, di recente, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino, 2014, 55 ss.; E. CASTORINA, C. NICOLOSI, «Sovranità dei valori» e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *www.forumcostituzionale.it*, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*).

<sup>4</sup> Utilizzo d'ora innanzi, per brevità, il solo sostantivo, senza corredo dell'aggettivo che li qualifica, considerandolo implicitamente riferito al primo.

sia esterno che interno<sup>5</sup>. La sua osservazione nelle esperienze di diritto interno, pur non essendo di specifico interesse in questa sede<sup>6</sup>, merita ugualmente un cenno. Non è, infatti, senza significato la circostanza per cui anche nel corso dello svolgimento di siffatte esperienze il limite dei principi, che in buona sostanza è quello stesso dei «controlimiti», pur essendo ampiamente e vigorosamente predicato, non sia stato fatto in concreto valere<sup>7</sup>: al pari dell'araba fenice della tradizione, si sa che esso c'è e che deve esservi ma non si sa dove sia; quanto meno, non se ne rinviene esplicita traccia nella giurisprudenza costituzionale, il più eloquente indice delle quotidiane conversioni del diritto *vigente in vivente*<sup>8</sup>.

Emblematica per tutte la vicenda della riforma del Titolo V operata nel 2001, che non soltanto non si è trovata soggetta a sindacato di costituzionalità ma è, anzi, stata posta a parametro – come si sa – di una nu-

---

<sup>5</sup> A quest'ultimo, di contro, è stata, ancora da ultimo, prospettata (da R. GUASTINI, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, in *ConsultaOnline*, 1/2016, 16 marzo 2016, 153 ss. e spec. 165) la tesi secondo cui nessuna alterazione dell'identità costituzionale si avrebbe in presenza di revisioni adottate nel rispetto delle procedure al riguardo stabilite dalla stessa Carta costituzionale, l'affermazione di un nuovo ordine costituzionale riconoscendosi appunto per il mero fatto della inosservanza delle procedure medesime. Ma è tesi che – come si sa – è contestata dalla dottrina pressoché unanime, decisamente orientata ad ambientare il riconoscimento della identità costituzionale al piano assiologico-sostanziale.

<sup>6</sup> Inappropriato ed inopportuno, a giudizio di una sensibile dottrina (B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 186 ss., con richiamo ad un pensiero di C. Schönberger), l'accostamento tra l'ordinamento europeo e i regimi autoritari, per ciò che attiene all'incidenza esercitata nei riguardi dei principi di base dell'ordine costituzionale, malgrado il perdurare del *deficit* democratico che, per dottrina corrente, a tutt'oggi affligge l'organizzazione dell'Unione.

Ora, è ovvio che il confronto è improponibile; resta nondimeno il fatto che la stessa giurisprudenza costituzionale, trattando tanto dei limiti alla revisione costituzionale quanto dei controlimiti opposti all'ingresso in ambito interno delle norme eurounitarie, abbia fatto comunque riferimento ai principi stessi, senza nondimeno averne mai denunciato la violazione, della quale invece – come si sa – si ha riscontro unicamente nelle vicende processuali riguardanti le leggi comuni [riferimenti in P. GIANNITI, *Il sistema costituzionale italiano di protezione dei diritti fondamentali*, cap. V, parte I, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di P. Gianniti, I, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, 193 ss.].

<sup>7</sup> Su questa vicenda, da tempo fatta oggetto di notazioni di vario segno da parte di numerosa dottrina, ora, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015.

<sup>8</sup> Riferimenti invece si hanno nella giurisprudenza non costituzionale (in specie, in una nota e discussa pronunzia del Consiglio di Stato, sez. V, la n. 4207 del 2005). Si vedrà poi più avanti che i «controlimiti» sono alle volte opposti all'ingresso di pronunzie delle Corti europee (e, per ciò che qui specificamente importa, della Corte dell'Unione) *in via di fatto*, attraverso cioè riletture manipolative delle stesse, secondo quanto ancora di recente testimoniato da una discussa pronunzia della Cassazione, che sarà a tempo debito richiamata.

trita serie di pronunzie del giudice delle leggi, molte delle quali – per ciò che qui maggiormente importa – riguardanti proprio quell'art. 117, I c., in cui è espressamente fatto obbligo di osservanza degli obblighi internazionali e «comunitari»<sup>9</sup>.

La sovranità che, in ambito interno, emblematicamente e nel modo più elevato si esprime attraverso la revisione costituzionale non va dunque – perlomeno in apparenza<sup>10</sup> – incontro al limite suddetto<sup>11</sup>. Certo, si può obiettare che, in punto di diritto, la soggezione astrattamente c'è ed è da tenere ferma e che non v'è stato bisogno di farla valere a motivo dell'osservanza che sarebbe stata prestata nei riguardi dei principi di base dell'ordinamento dalle leggi di revisione, tra le quali quella del 2001, in ogni loro norma, nessuna esclusa. Cionondimeno, la circostanza per cui del limite non si sia avuto riscontro induce a ritenere che non già le leggi stesse si siano sempre presentate immacolate<sup>12</sup> bensì che ragioni varie, sulla cui origine e consistenza non è qui possibile indagare, abbiano indotto a non azionare il limite.

Questa vicenda non è, dunque, priva di interesse anche al fine dell'indagine che ora si avvia avente ad oggetto i controlimiti, a motivo delle assonanze che – al di là delle plurime e rilevanti peculiarità delle esperienze poste a raffronto – è dato riscontrare negli esiti cui il loro svolgimento ha fino ad oggi condotto.

2. *L'«inesistenza» di norme internazionali incompatibili con i principi fondamentali, secondo Corte cost. n. 238 del 2014: una soluzione valevole altresì per i casi di superamento dei controlimiti da parte delle norme dell'Unione?*

I due versanti lungo i quali i controlimiti possono affermarsi sono quello dei rapporti internazionali e l'altro dei rapporti (ieri con le Comu-

---

<sup>9</sup> Opportuna la correzione del termine, ormai inappropriato, da parte della riforma costituzionale «Renzi-Boschi».

<sup>10</sup> Si vedrà infatti tra un momento che il rispetto dei limiti all'esercizio della sovranità può essere (ed effettivamente è) assicurato in via di fatto, adeguando in via interpretativa i contenuti dell'atto di revisione ai principi fondamentali dell'ordinamento.

<sup>11</sup> Non credo che possano addursi quali esempi di una eccezione a questa regola i casi d'intervento ablativo sullo statuto siciliano, volti a realizzare il suo pur parziale, ma necessitato, adeguamento alla Carta costituzionale (specie per ciò che concerne l'affermazione del principio della unicità della giurisdizione costituzionale), ove si consideri il carattere risalente, precostituzionale, dello stesso statuto, non accostabile dunque agli atti espressivi del potere di revisione costituzionale.

<sup>12</sup> Tutt'altro! Tant'è che la giurisprudenza si è trovata costretta ad impegnarsi in una complessa ed ardua opera volta al complessivo rifacimento del Titolo stesso, alla sua «riscrit-

nità europee ed oggi) con l'Unione europea<sup>13</sup>. È interessante notare come i profili di diritto sostanziale si presentino strettamente intrecciati con quelli processuali. Se è vero che questi ultimi fanno da specchio ai primi e ne rivelano (e, per un'accreditata ricostruzione teorica, ne fanno<sup>14</sup>) le sembianze, è specificamente volgendo lo sguardo verso le esperienze processuali che può aversi l'immagine e la conferma dell'effettiva consistenza dei controlimiti.

È noto che di questi ultimi si è avuto di recente riscontro in un caso che ha fatto molto discutere, deciso con sent. n. 238 del 2014; e si tratta allora di chiedersi se le indicazioni che sono venute da questa importante pronunzia possano (e, se sì, in che misura o fino a che punto) valere altresì al piano dei rapporti con l'Unione.

Nella decisione *de qua*, la Corte sembra disporsi nell'ordine di idee secondo cui l'incisione dei principi fondamentali ad opera di una norma di diritto internazionale non scritto comporta (o, come si vedrà a momenti, *può* comportare<sup>15</sup>) la «inesistenza» della norma interna di adattamento, prodotta *ex art. 10, I c., Cost.* La Corte dichiara di non aver titolo per far luogo ad un'autonoma ricostruzione della norma esterna, dovendo allo scopo far riferimento al modo con cui essa è intesa nell'ordinamento di appartenenza<sup>16</sup>; tuttavia, al fine di stabilire se la corrispondente norma interna di adattamento si è, o no, prodotta, deve conoscerla: è *come se* la norma stessa facesse idealmente ingresso in ambito interno

---

tura», come si è detto da una sensibile dottrina (A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *www.forumcostituzionale.it*, ma trattasi di un sentire largamente diffuso). Ciò che nei fatti equivale – come si diceva – all'adeguamento della legge di revisione ai principi ed al suo complessivo aggiustamento in vista del recupero di una organicità e coerenza originariamente mancanti.

<sup>13</sup> Connotati peculiari presentano poi altre norme di origine esterna, quali quelle relative ai rapporti tra Stato e Chiesa cattolica (e, per una tesi ad oggi minoritaria, ancorché finemente argomentata, con le Chiese in genere, *ex art. 8, III c., Cost.*), alle quali nondimeno non è qui possibile riservare neppure un cenno.

<sup>14</sup> Basti solo tenere a mente l'impostazione di un'autorevole dottrina processualistica a riguardo dei rapporti tra diritto sostanziale e processo o, più in genere, l'indirizzo metodico-teorico patrocinato da note dottrine di stampo realista.

<sup>15</sup> Non è detto, infatti, che in altre, analoghe circostanze la Corte terrà ferma la qualifica della «inesistenza» delle norme internazionali non scritte che rechino offesa ai principi (ma, su ciò, subito *infra*).

<sup>16</sup> È questa una linea interpretativa che la Consulta ha già altre volte tracciato, ad es. per ciò che attiene all'interpretazione della CEDU, rimessa in via esclusiva alla Corte di Strasburgo, dandosi tuttavia allo stesso tempo alle autorità nazionali (e, in specie, ai giudici comuni ed alla stessa... Corte costituzionale) il potere/dovere di discostarsi laddove i suoi esiti risultino da pronunzie del giudice europeo diverse da quelle «pilota» ovvero inespressive di un indirizzo «consolidato» ed appaiano incompatibili col dettato della Carta costituzionale e principalmente, appunto, coi suoi principi fondamentali (sent. n. 49 del 2015).

per essere però subito respinta fuori da esso e considerata *come se* non fosse mai entrata, laddove se ne riscontri la irriducibile incompatibilità coi principi fondamentali. Se si vuole, può anche dirsi che la norma *c'è* (o, meglio, che *appare*), quale «fenomeno» del mondo fisico<sup>17</sup> ma che è da qualificare come *giuridicamente inesistente*, a motivo appunto dell'acclarato contrasto in cui si pone rispetto ai principi: una frontale contrapposizione, un'«*anticostituzionalità*», piuttosto che una mera *incostituzionalità*, ovverosia – come pure è stato detto, con diversità di espressione ma sostanziale comunanza di idee – una *invalidità in senso forte*, non già *in senso debole*<sup>18</sup>. Rimane, ad ogni buon conto, misterioso il fatto che, a

<sup>17</sup> Non si dimentichi che il lemma «fenomeno» rimanda al verbo greco *faînomai*, che designa appunto ciò che *appare* essere. Resta, ad ogni buon conto, ferma la differenza non da poco che, *il più delle volte*, si registra laddove siffatta «apparenza» si abbia di norme scritte, che possono avvalersi, del tangibile sostegno di disposizioni che le esprimono rispetto al caso in cui le disposizioni stesse non vi siano, trattandosi di norme non scritte per la cui ricognizione in seno al corpo sociale un ruolo di particolare rilievo gioca l'operatore [sottolinea, tra gli altri, quest'ultimo punto, P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in *www.sidi-isil.org*, 17 novembre 2014, spec. al § 2]. Dico *il più delle volte*, non potendosi negare in partenza che vi siano casi in cui risulti meno incerta (e, per ciò stesso, «creativa») la ricognizione di norme consuetudinarie (nazionali e non) rispetto a norme estratte da disposizioni linguisticamente carenti [delle non lievi, vessate questioni poste dal linguaggio, sia della Costituzione che delle leggi, si è tornati di recente a discutere in occasione delle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) su *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015, i cui Atti sono in corso di stampa, a cura di P. Caretti e R. Romboli, per i tipi della Plus di Pisa; alcuni contributi sono però già apparsi in *www.osservatorisullefonti.it*, 3/2015].

<sup>18</sup> La distinzione tra *anticostituzionalità* e *incostituzionalità* è di A. SPADARO, che ne ha fatto per la prima volta uso nel suo *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 262 ss.; la bipartizione delle due forme d'invalidità evocate nel testo è di R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Torino, 1992, 207 ss.

Ho fatto richiamo dei concetti suddetti in alcuni miei commenti alla sent. 238, dal titolo *La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta OnLine*, 17 novembre 2014, e, nella stessa *Rivista*, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili «seguiti» della 238 del 2014?*, 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.; di «anticostituzionalità» hanno, nella circostanza, discorso anche M. LONGOBARDO, «*Il non-essere non è e non può essere*»: brevi note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario, in *www.sidi-isil.org*, 10 novembre 2014, e A. LANCIOTTI, M. LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in *www.federalismi.it*, *Focus Human Rights*, 2/2015, 3 aprile 2015, § 4, ma in un ordine di idee distante da quello nel quale io mi riconosco.

Sulle forme dell'invalidità, con specifico riguardo alle leggi, v., part., di recente, G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, 2012, del quale v. pure Forma dat esse rei, *ovvero quand'è che può parlarsi di «legge»*

giudizio della Corte, si debba comunque passare dal sindacato di costituzionalità al fine di avere riscontro della inesistenza della norma di adattamento, un riscontro che invece, proprio a motivo della sua invalidità di tipo forte, dovrebbe considerarsi a pieno titolo rientrante tra le competenze (e le responsabilità) di ogni operatore (e, segnatamente, del giudice comune)<sup>19</sup>. Analogamente – accenno qui di passaggio ad un punto che ho altrove più volte toccato e sul quale rinnovo qui l’invito a fermare l’attenzione<sup>20</sup> – vi rientra il caso che l’antinomia sia meramente apparente, la norma di origine esterna e quella interna offrendo una «graduata» tutela dello stesso diritto e perciò disponendosi – se può dirsi così – a diverse

---

*e di legge «nulla-inesistente»*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1699 ss.; diversamente, A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 5100, e, dello stesso, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1708 ss.; D. NOCILLA, «Inesistenza» della legge di conversione?, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., spec. 726 ss., nonché, se si vuole, il quadro di sintesi che è in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Torino, 2014, 98 ss.

<sup>19</sup> Tralascio, poi, qui di riprendere la questione, fatta oggetto di esame nei miei commenti alla 238 sopra cit., relativa alla (in)idoneità di norme non attizie a costituire oggetto del sindacato di costituzionalità, così come invece ritenuto possibile dalla Consulta. Sta di fatto che, ammessa siffatta evenienza per la norma di adattamento nei riguardi di norme non scritte aventi origine esterna, essa parrebbe doversi parimenti ammettere per le stesse consuetudini costituzionali, sempre che si superi – come a me pare si possa (v., infatti, volendo, il mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli, 2012) – la radicale obiezione mossa da un’accreditata dottrina che in via generale ne esclude la configurabilità (così, part., R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, spec. 38 ss., e in altri scritti; varî punti di vista al riguardo in *Prassi convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Napoli, 2015).

Ad oggi, come si sa, delle norme in parola la Consulta ha riconosciuto l’idoneità ad integrare il parametro nei giudizi di costituzionalità; qui, si ragiona della loro attitudine a porsi ad oggetto dei giudizi stessi. Una eventualità che – a stare all’ordine di idee patrocinato dalla Consulta stessa – non mi sentirei in partenza di escludere, anche se l’ipotesi ora teoricamente fatta sembra invero essere di assai remoto riscontro, ove si convenga che, spettando in ultima istanza il riconoscimento della loro esistenza, in vista della sottoponibilità a sindacato, allo stesso giudice costituzionale, quest’ultimo potrebbe agevolmente sgravarsi della questione escludendo appunto che, nella circostanza, una vera e propria consuetudine si sia formata (magari «derubricandola» in mera prassi: così, P. CARNEVALE, *A Corte ... così fan tutti? Contributo ad uno studio su consuetudine, convenzione e prassi costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2014, 494), sì da non doverne quindi dichiarare la successiva... *inesistenza* per contrasto coi principi fondamentali. Insomma, non sembra credibile che la Corte accerti, in un primo momento, l’esistenza della norma consuetudinaria per quindi dichiararla... *inesistente* a causa della sua invalidità di tipo forte. A meno che la Consulta non giudichi maggiormente conveniente che la norma stessa perda, sì, effetti ma solo coi limiti usuali discendenti *ex art.* 136; nel qual caso, la Corte potrebbe dichiarare la norma sindacata esistente e invalida in senso debole.

<sup>20</sup> Da ultimo, nel mio *Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Consulta OnLine*, I/2016, 15 febbraio 2016, 121 ss.



«altezze» lungo la medesima linea retta che porta ai valori fondamentali (e, in ispecie, a quelli di libertà ed eguaglianza), visti nel loro fare «sistema»; diciamo pure, ad una diversa distanza dagli stessi, senza nondimeno urtarli o pregiudicarli. Non dandosi, dunque, in tesi, l'antinomia, non si vede come possa giustificarsi l'appello al giudice costituzionale perché sanzioni il presunto (ma, appunto, insussistente) *vulnus* recato ai «controlimiti».

Parimenti «graduato» può poi essere (sempre che, appunto, vi sia...) il contrasto coi principi fondamentali, avendosi ora una invalidità di tipo forte, che si converte nella qualifica della inesistenza delle norme che ne sono affette, ed ora una di tipo debole, che può portare all'annullamento delle norme stesse, pur convenendo non essere affatto agevole la determinazione della linea di confine tra l'una e l'altra specie d'invalidità. D'altro canto, se è vero che possono darsi casi in cui il *vulnus* recato alla Carta (e, segnatamente, ai suoi principi) può portare a considerare radicalmente viziate le norme che se ne rendano responsabili, non è meno vero che le esperienze della giustizia costituzionale conoscono innumeri casi in cui la violazione degli stessi principi è causa di mera annullabilità delle norme stesse<sup>21</sup>. Sarebbe altrimenti ben strano che le sole offese recate ai principi da norme internazionali non scritte debbano sempre, per sistema, far qualificare queste ultime come inesistenti. Insomma, non sembra che sia l'origine o la natura delle norme a giustificare la qualifica suddetta; di contro, è la violazione in sé e per sé, quali che siano le norme che la producano (interne o esterne e di questa o quella specie), a tradursi in questa o quella forma d'invalidità. La conclusione non può, pertanto, che avere generale valenza. E, dunque, ciò che si considera valere al piano delle relazioni con la Comunità internazionale, non può che valere – a me pare – altresì al piano delle relazioni con l'Unione. Di modo che, così come, non risultando urtati i principi fondamentali, è fatto obbligo al giudice comune (ed all'operatore in genere) di far subito applicazione di norme eurounitarie *self-executing*, facendosi al contempo «non applicazione» di norme interne con esse incompatibili, allo stesso modo potrebbe (e dovrebbe) aversi l'inverso laddove si sia in presenza di norme eurounitarie «anticostituzionali», che portino cioè a considerare inesistente la norma interna che ne garantisce l'osservanza, contenuta nella legge di esecuzione. Perché mai infatti – si torna a dire – dovrebbero darsi casi d'inesistenza di una norma interna non scritta, e non pure di una scritta, cui sia demandato il compito di dare efficacia ad una

<sup>21</sup> Forse il principio che con maggiore frequenza è stato utilizzato quale parametro nei giudizi di costituzionalità è quello di eguaglianza, anche nella sua peculiare espressione *sub specie* della ragionevolezza.

norma di origine esterna? Non si trascuri, peraltro, che la stessa giurisprudenza ha più volte riconosciuto che si danno casi di enunciati delle Carte che sostanzialmente «razionalizzano» norme di diritto internazionale consuetudinario. Di modo che inesistenti essendo, in tesi, queste ultime, per logica ed ineluttabile conseguenza inesistenti non possono che essere altresì le prime che vi danno voce.

L'appello al giudice costituzionale, in una congiuntura siffatta, dovrebbe pertanto considerarsi una garanzia in più<sup>22</sup>, che può ma non deve essere necessariamente azionata, restando nelle responsabilità del giudice comune l'adozione della qualifica dell'invalidità, se di tipo forte ovvero debole<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> ... e che dovrebbe, a mia opinione, tradursi in una dichiarazione di manifesta inammissibilità produttiva di effetti *erga omnes* (*Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo*, cit.). L'utilizzo alquanto originale degli strumenti processuali nella circostanza *de qua* è stato, con varietà d'impostazione e di svolgimenti, rilevato da molti autori, tra i quali, S. LEONE, *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 902 ss.; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 1/2015, 84 ss., spec. 88 s., nonché in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*, in *www.qil-qdi.org*, 19 gennaio 2014, spec. al § 6; O. POLLICINO, *From Academia to the (Constitutional) Bench*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1117 ss., spec. 1127 ss.; M.E. GENNUSA, *Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e molto di vecchio*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 834; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 11 gennaio 2016, spec. al § 3; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, in *www.federalismi.it*, Focus Fonti, 1/2016, 29 febbraio 2016, § 4. Diversamente, R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3914 s. e T. CANTELMO, V. CAPUOZZO, *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*, in *www.federalismi.it*, 1/2016, 13 gennaio 2016, spec. al § 4.1. Fa ora il punto sulla vessata questione P. VERONESI, *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, in *paper*).

<sup>23</sup> D'altro canto, pur laddove sia impugnata davanti alla Consulta una norma di legge che si assuma essere incompatibile con norma dell'Unione (in tesi, rispettosa dei «controlimiti»), la Corte che abbia accertato l'antinomia non dovrebbe caducare la prima norma laddove la seconda risulti *self-executing*, ancora una volta rigettando la questione perché inammissibile. Può, poi, discutersi se la sua pronuncia risulti o no, nella circostanza, produttiva di effetti generali, effetti che non si sarebbero avuti qualora l'accertamento fosse stato posto in essere dal giudice comune.

L'analogia col caso, appena discusso, di cui alla sent. n. 238, si rivela invero alquanto problematica, specie ove ci si disponga nell'ordine di idee, fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui in una congiuntura siffatta la legge sarebbe da considerare non già invalida (in senso debole o forte) bensì meramente «non applicabile» e, perciò, irrilevante al fine della risoluzione del caso.

Se, di contro, dovesse ritenersi che, per il mero fatto dell'accertamento da parte del giudice costituzionale dell'antinomia in parola, la pronuncia che vi faccia luogo debba conside-

Il punto è però stabilire al ricorrere di quali condizioni si giustifica l'attivazione dei controlimiti, facendosi dunque prevalere le ragioni dell'identità costituzionale su quelle del primato del diritto sovranazionale.

3. *L'integrazione della prospettiva eurounitaria e di quella costituzionale, la incessante ridefinizione della identità costituzionale per effetto delle operazioni di bilanciamento tra il principio di apertura nei riguardi del diritto internazionale e sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il carattere condizionato dei controlimiti alla luce del canone della massimizzazione della tutela*

Trattandosi di rapporti interordinamentali viene naturale pensare che gli stessi possano essere riguardati dall'una ovvero dall'altra parte, tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato<sup>24</sup>.

Non contesto, ovviamente, la correttezza dell'operazione; mi pare però che si renda necessaria una precisazione di ordine metodico-teorico, il cui significato si può cogliere appieno facendo oggetto di osservazione la struttura dell'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato, una struttura – si è fatto altrove notare<sup>25</sup> – composita, dal momento che tra i principi fondamentali di diritto interno v'è altresì quello dell'apertura al diritto di origine esterna, un'apertura non incondizionata bensì governata dal canone della massimizzazione della tutela<sup>26</sup>. Ne sono

---

rarsi provvista di efficacia generale, si avrebbe allora un incentivo per il giudice comune che punti all'accertamento stesso a dar vita ad una rimessione «suicida» della questione.

Ad ogni buon conto, seppure dovesse giudicarsi il verdetto della Consulta di per sé sprovvisto di generalità di effetti, ugualmente per il solo fatto di esserci risulterebbe dotato di una *vis* persuasiva innegabile, venendo quindi ad incoraggiare ed alimentare un «diritto vivente» ad esso conforme.

Accenno, infine, al fatto che le considerazioni sopra svolte non valgono – a stare all'indirizzo giurisprudenziale ormai invalso – con riferimento alle impugnazioni col procedimento in via d'azione, avendo la Corte – come si sa – acconsentito ai ricorsi da parte dello Stato o delle Regioni di norme nazionali non rispettose di quelle eurounitarie, pur se queste ultime siano autoapplicative, determinandosi quindi la loro caducazione con effetti *erga omnes*. E confesso che ancora oggi misteriosa ai miei occhi appare, come già dicevo annotando a caldo la pronunzia che più di vent'anni addietro ha dato vita all'indirizzo in parola, la ragione che porta a qualificare un medesimo «fatto» (l'antinomia di norma interna con norma sovranazionale) quale causa ora di mera «non applicazione» ed ora invece di annullamento della norma responsabile dell'illecito «comunitario».

<sup>24</sup> Non a caso, d'altronde, anche nell'incontro di oggi si ha testimonianza della dualità delle prospettive, la cui trattazione è stata demandata a studiosi di diverse appartenenze disciplinari e sensibilità culturali.

<sup>25</sup> Riprendo sul punto, con ulteriori precisazioni, gli esiti di uno studio di recente portato a termine: v., dunque, volendo, il mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Consulta OnLine*, III/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss.

<sup>26</sup> Al canone in parola la più sensibile dottrina ha prestato un'attenzione crescente: tra

espressione, da un canto, l'art. 4.2 del Trattato dell'Unione, un principio di base dell'Unione stessa che si riempie di contenuti attraverso il richiamo fatto ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali, *quodammodo* dunque – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – «europeizzati»<sup>27</sup>, e, dall'altro canto, gli artt. 10 e 11 della nostra Carta, nel loro

---

i molti altri e di recente, v. A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in *www.Cortecostituzionale.it*, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI, P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2014, 389 ss.; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte europea tra «guerra» e «dialogo». Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, e V. VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controllimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, entrambi in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di S. Sonelli, Torino, 2015, rispettivamente, 229 ss. e 253 ss.; G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel «diritto vivente»: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza «convenzionale» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2015, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli, 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controllimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Napoli, 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile «freddezza» della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, in corso di stampa, spec. al § 10; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel «gioco delle tre Carte»: qualche riflessione*, e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. al § 5, che preferisce discorrere di una tutela più «equilibrata», conforme a ragionevolezza.

<sup>27</sup> La formula, che è nel mio *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 827 ss., nonché in *www.forumcostituzionale.it*, ha – come si sa – fatto molto discutere: indicazioni, tra gli altri, in G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011, spec. 206 ss.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna, 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of*

fare «sistema» coi principi fondamentali restanti (e, in ispecie, a me pare, con quelli di cui agli artt. 2 e 3, la «coppia assiologica fondamentale» in funzione servente della quale si pongono gli artt. sopra citt.<sup>28</sup>).

La prospettiva eurounitaria, dunque, rimanda a quella nazionale, la sussume e fa propria, così come la prospettiva nazionale rimanda a quella sovranazionale.

Le due prospettive rimangono, sì, *distinte* e però, allo stesso tempo, sono *integrate* o, diciamo meglio, *parzialmente integrate*. Se ne ha lampante riprova dalla osservazione delle dinamiche della interpretazione; e basti solo al riguardo tenere a mente il modo con cui vengono a formazione le c.d. «tradizioni costituzionali comuni»<sup>29</sup>. È vero che – come si è fatto ripetutamente notare dalla più avveduta dottrina – la Corte di giustizia ne ha fatto (e seguita a farne) oggetto di originale rielaborazione piegata alle peculiari esigenze dell'ordinamento dell'Unione (e, in ispecie, appunto a quelle legate all'affermazione del primato); non è però meno vero che il punto costante di riferimento è dato proprio da quel *diritto costituzionale vivente* di cui si fanno interpreti e garanti le Corti nazionali (e – si badi – non solo, seppur principalmente, quelle costituzionali<sup>30</sup>). Tradizioni «comuni» che, poi, tornano in ambito interno sotto varie forme as-

---

*Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; M. BRANCA, *Il punto sui «controlimiti»*, in *Giur. cost.*, 5/2014, spec. 3903.

<sup>28</sup> Sulle mutue implicazioni che si danno tra i principi in parola, v., per tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

<sup>29</sup> Su ciò, di recente, oltre a G.M. SALERNO, *op. et loc. ult. cit.*, part. O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto «ascendente», ovvero la incidenza delle «tradizioni costituzionali comuni» nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 242 ss., e, dello stesso, ora, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., in *paper*, e *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa: il senso di un gerundio, e di un seminario*, in *www.diritticomparati.it*, 14 dicembre 2015, nonché G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 953 ss.

<sup>30</sup> Particolarmente meritevole di considerazione è il ruolo al riguardo giocato dai giudici comuni, un ruolo crescente, di centrale rilievo, che testimonia una sensibilità viepiù diffusa ed avvertita, protesa ad un fecondo ed intenso «dialogo» con le Corti europee, senza il quale molti diritti resterebbero senza risposta o, comunque, insufficientemente appagati. Non si dimentichi, peraltro, che sono pur sempre i giudici ad attivarsi sollevando questioni di legittimità costituzionale o azionando il meccanismo del rinvio pregiudiziale e dando, perciò, modo sia alla Corte costituzionale che alla Corte di giustizia di svolgere il proprio servizio a tutela dei diritti. Il limite strutturale cui va incontro la giurisprudenza comune è dato dalla

servendo alla loro osservanza norme, pronunzie dei giudici ed attività giuridicamente rilevanti in genere e, prima ancora – per ciò che qui maggiormente importa –, entrando a comporre i processi interpretativi degli stessi enunciati normativi di diritto interno (a partire da quelli costituzionali e, dunque, anche di quelli espressivi dei... *controlimiti*).

Il circolo interpretativo è, insomma, provato e non richiede, ovviamente, che qui si torni ad insistere su ciò che è ormai di comune dominio. Se si vuole la separazione (ma, forse, meglio, la *distinzione*) rimane tra le *fonti* (e, risalendo, gli *ordinamenti* cui esse appartengono), ma non è, non può essere, delle loro *norme* che, *proprio perché tali*, evocano l'idea della integrazione interordinamentale<sup>31</sup>: una integrazione che cambia volto di continuo, in ragione dei casi, delle norme in campo, degli interessi in gioco, delle combinazioni tra i valori dagli stessi sollecitate a prendere forma.

Emblematica testimonianza di questo stato di cose, qui sommariamente rappresentato ma estremamente complesso e vario nell'esperienza, si ha per il tramite dei rimandi fatti dall'una giurisprudenza all'altra o alle altre<sup>32</sup>.

Non a caso, la sent. 238, sopra richiamata, fa esplicito rinvio alla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia: non discute, cioè, il contenuto della norma configurata in ambito internazionale; solo che l'esito del bilanciamento tra il principio di apertura e i principi fondamentali restanti (sopra tutti, quello che dà protezione alla dignità della persona umana) porta ad una schiacciante vittoria dei secondi, al punto

---

sua scarsa visibilità, comunque più ridotta di quella di cui gode la giurisprudenza costituzionale. Anche a questo inconveniente, tuttavia, si sta tentando di porre rimedio, come tra l'altro testimonia, per un verso, l'introduzione del meccanismo di consultazione lungo il versante dei rapporti con la Corte EDU, di cui al prot. 16, e, per un altro verso, la sottoscrizione di recente di un protocollo d'intesa tra la Cassazione e la stessa Corte europea volto a dar vita a forme plurime (e, si spera, anche incisive) di reciproca collaborazione (una opportuna sottolineatura del suo rilievo è nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015* del Presidente della Cassazione, G. CANZIO, 92 s.).

<sup>31</sup> Nell'idea di «norma», dunque, come si è venuti dicendo, è insita quella della integrazione interordinamentale, ponendosi la prima quale il terminale di un processo interpretativo che si alimenta e rinnova incessantemente a mezzo della seconda.

<sup>32</sup> Il quadro è infatti assai più articolato e composito di quanto sia ora rappresentato, non di rado intrecciandosi con le relazioni qui fatte oggetto di specifica attenzione quelle che sia lo Stato che l'Unione intrattengono in seno alla Comunità internazionale (in particolare, con la CEDU). D'altro canto, come si è sopra rammentato, le Carte dei diritti, quella di Nizza-Strasburgo al pari della CEDU, «razionalizzano» talvolta norme di diritto internazionale consuetudinario, senza peraltro sottacere i casi, non infrequenti, di sostanziale corrispondenza tra i diritti protetti dall'una Carta con quelli previsti dall'altra. Un intreccio di cui rendono conferma proprio i casi di plurimi e congiunti riferimenti giurisprudenziali presenti in molte pronunzie giudiziali.

da far considerare inattivo, «inesistente» nella peculiare vicenda processuale data, lo stesso principio di apertura.

Il rinvio, nondimeno, può assumere forme varie, «graduate» per intensità ed effetti, a seconda del tipo di norma cui si indirizza. Come si è dietro accennato, anche sul versante dei rapporti con la Corte EDU, il giudice costituzionale ha con insistenza tenuto a rimarcare l'obbligo dei giudici nazionali di far riferimento alla giurisprudenza europea. Qui, tuttavia, si è avuta una flessibilizzazione dei rapporti stessi, l'obbligo in parola considerandosi valevole – come si è rammentato – unicamente ove si sia in presenza di decisioni-pilota e, particolarmente, di indirizzi interpretativi «consolidati»<sup>33</sup>. Una sia pur relativa autonomia di giudizio che, di contro, non si considera possibile sul versante dei rapporti con la Corte di giustizia i cui indirizzi, siano o no «consolidati», sono considerati comunque vincolanti per gli operatori di diritto interno<sup>34</sup>.

Sta di fatto che l'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato, per il fatto di annoverare tra i suoi elementi costitutivi e qualificanti il principio dell'apertura all'altro, obbliga a far luogo a delicate e non di rado complesse e sofferte *operazioni di ponderazione assiologica interne all'identità stessa*, tra la spinta a favore dell'apertura e quella alla chiusura, in vista dell'ottimale appagamento dell'identità stessa, dei beni della vita che ad essa fanno capo e che abbisognano di bilanciamenti governati – come si è venuti dicendo – da quella autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali<sup>35</sup> che è data dal principio della miglior tutela.

Ci si avvede così che l'identità costituzionale viene rimessa di continuo a punto, in ragione delle esigenze dei casi, per il modo cioè con cui viene in concreto ad affermarsi la Costituzione come «sistema»: un sistema che è *in nuce... «intersistemico»*<sup>36</sup>, per effetto della sussunzione in ambito interno di norme di origine esterna idonee ad offrire, per la loro parte, un servizio ai principi costituzionali, che alle volte può risul-

<sup>33</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla già cit. sent. n. 49 del 2015.

<sup>34</sup> Tornerò sul finire della riflessione che vado facendo su questa che ai miei occhi appare essere un'autentica, irrisolta aporia della costruzione teorica corrente delle relazioni interordinamentali.

<sup>35</sup> ... e non solo: anche nei raffronti tra norme di produzione interna i giudizi di costituzionalità si chiudono non di rado con la caducazione ovvero con l'assoluzione della norma sindacata a seconda del modo con cui viene a determinarsi la tutela dei diritti fondamentali e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare «sistema».

<sup>36</sup> Di un «sistema di sistemi» vado discorrendo da tempo: tra gli altri miei scritti, può, volendo, vedersi *L'interpretazione conforme e la ricerca del «sistema di sistemi» come problema*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 153 ss., nonché in *www.rivistaaic.it*, 2/2014, 30 maggio 2014. In argomento, ora, anche L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, cit.

tare – perché no? – ancora più adeguato di quello che sulla base delle stesse norme costituzionali si ha da parte del diritto nazionale. Non si dimentichi che la Carta di Nizza-Strasburgo, al pari per questo verso della CEDU, espressamente ritaglia per sé un ruolo meramente «sussidiario», dichiarando di voler entrare in campo unicamente laddove si dimostri in grado d'innalzare il livello della tutela. Un riconoscimento, questo, che è da considerare implicito negli stessi principi della Carta (e, segnatamente, in quelli di cui agli artt. 2 e 3), siccome espressivo della loro indeclinabile vocazione ad affermarsi *magis ut valeant*: tanto, cioè, che ciò si abbia grazie a norme nazionali (anche costituzionali!) volte a dare specificazione-attuazione ai principi stessi, quanto che invece l'ottimale svolgimento dei principi si abbia a mezzo di norme non nazionali.

Di qui, la conclusione, in precedenti studi raggiunta e che si ritiene ora di dover tener ferma, secondo cui, a stare al modello, tanto dalla prospettiva del diritto europolitano (e della CEDU) quanto da quella costituzionale, reciprocamente convergenti (e anzi, come si è veduto, integrate), i controlimiti dovrebbero essere attivati unicamente laddove la lesione causata ai principi da una norma di origine esterna risulti maggiore del servizio dalla stessa reso, nel mentre dovrebbe esser mandata assolta una norma che, seppur incompatibile con questo o quel principio, si dimostri nondimeno in grado di offrire ai principi un servizio ancora più apprezzabile di quello che si avrebbe per effetto della sua caducazione o non applicazione. Essendo quello dell'apertura un principio fondamentale di diritto interno, se ne ha che il bilanciamento interordinamentale si converte e risolve in un bilanciamento intraordinamentale (tra lo stesso principio dell'apertura e i principi restanti), e viceversa<sup>37</sup>: a testimonianza e conferma appunto di quella integrazione delle prospettive, di cui si è venuti dicendo.

4. Controlimiti in senso formale e controlimiti in senso sostanziale, *esposti gli uni alla luce del sole, fatti valere gli altri per vie sotterranee, a mezzo di manipolazioni sostanziali dei testi di legge o di pronunzie dei giudici (specie europei) per via d'interpretazione*

Tutto ciò posto, è però ugualmente da chiedersi perché nelle esperienze della giustizia costituzionale maturate lungo il versante dei rap-

---

<sup>37</sup> Ho avuto modo di rappresentare le varie movenze di siffatta conversione in altri luoghi, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011, 1° marzo 2011.



porti con l'Unione non si sia mai assistito ad esiti dei bilanciamenti in parola tali da portare all'entrata in campo dei controlimiti<sup>38</sup>; e, peraltro, è naturale attendersi che, quand'anche essi dovessero essere in qualche circostanza «esposti», si tratterebbe pur sempre di evenienze eccezionali, diversamente di ciò che è invece proprio delle vicende di diritto interno (con specifico riguardo al caso di norme di legge caducate per violazione dei principi fondamentali). E, invero, può apparire singolare la circostanza per cui, mentre le norme interne vanno incontro ad esiti di vario segno per effetto delle operazioni di bilanciamento su basi di valore, tra i quali v'è appunto anche quello della loro (parziale o totale) caducazione, di contro le norme di origine esterna (e, segnatamente, quelle eurounitarie) sono ad oggi uscite indenni dai giudizi di costituzionalità<sup>39</sup>. La qual cosa può, dunque, esser vista come la più probante testimonianza di un primato che parrebbe essere inarrestabile e praticamente incondizionato: un primato, cioè, quale autentico cuore pulsante della costituzione materiale sia dell'Unione che dello Stato<sup>40</sup>, davanti al quale docilmente e per sistema si piega la sovranità dello Stato stesso<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Fa il punto sullo stato delle cose, interrogandosi altresì sui suoi probabili, prossimi sviluppi, A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in *www.forumcostituzionale.it*. Spunti di particolare interesse anche in B. GUA-STAFFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, cit., spec. 149 ss. e 159 ss.; v., inoltre, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in *www.federalismi.it*, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO, A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; M. CON-DINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in Costa/Enel: *Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2015, 119 ss.

<sup>39</sup> Fanno storia a sé i rapporti tra Stato e Chiesa, quali regolati dai Patti richiamati dall'art. 7 e dalle loro modifiche. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui le note pronunzie della Consulta del 1971 avevano ad oggetto una normativa risalente al 1929 e, dunque, adottata in un contesto politico-istituzionale distante anni-luce da quello in cui sono venuti a formazione i trattati riguardanti le Comunità europee prima e, ora, l'Unione e rispondenti a finalità incomparabili con quelle che stanno a base della complessiva vicenda dell'integrazione europea, accompagnandone ed orientandone i non sempre lineari e comunque sofferti sviluppi.

<sup>40</sup> ... secondo quanto ha, ancora di recente, fatto opportunamente notare V. PICCONE, *La primauté nell'Unione allargata*, intervento al *workshop su Diritto dell'Unione Europea e Internazionale*, tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015, in *paper*.

<sup>41</sup> Di una sostanziale acquiescenza nei riguardi della giurisprudenza eurounitaria da parte delle giurisprudenze nazionali ha, di recente, discorso il Presidente della Corte lussemburghese, K. LENAERTS, *The Legacy of Costa v. Enel*, relaz. al *workshop* sopra cit., in *paper*; solo sporadici infatti – come si sa – i casi di «resistenza» opposta dalle Corti nazionali all'affermazione del primato, illustrati da O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech*

Questa conclusione richiede tuttavia una precisazione. Altro sono infatti i casi di aperta «ribellione» ed altra cosa quelli in cui si assiste ad una manipolazione per via d'interpretazione, abilmente mascherata, per canali sotterranei, operata a carico della giurisprudenza sovranazionale (e qui il riferimento è tanto a quella eurounitaria quanto a quella convenzionale) al momento della loro implementazione in ambito interno, specie per mano dei giudici comuni, i terminali delle operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate. Una evenienza, questa, che peraltro si ha anche nei riguardi della giurisprudenza costituzionale, la quale pure ha comunque bisogno – come si sa – del «seguito» datovi dai giudici al fine di poter essere compiutamente e fedelmente svolta; ed un'evenienza sempre più frequente, dal momento che sono appunto ricorrenti i casi in cui le Corti europee e i tribunali costituzionali adottano decisioni strutturalmente aperte, espressive di principi, che quindi si consegnano agli operatori di diritto interno per la loro *attuazione*, più e prima ancora che per la loro *applicazione* (altamente istruttiva in tal senso è l'esperienza delle decisioni-pilota della Corte EDU, per un verso, e, per un altro verso, quella delle additive di principio della Corte costituzionale)<sup>42</sup>.

---

*Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina, Cambridge, 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, cit., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al II Seminario annuale di *Diritticomparati.it* su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *paper*. Riferimenti anche in alcuni contributi che sono in *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, cit.

<sup>42</sup> Punta, invece, risolutamente a tenere fermo l'antico paradigma che vuole il giudice sempre (e soltanto) chiamato ad *applicare* la legge. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, però, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss. Di una «co-produzione» normativa tra giudici e legislatore discorre, ora, anche A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Il ruolo «creativo» degli interpreti (e, segnatamente, dei giudici), è, ancora di recente, rimarcato con opportuni rilievi anche da M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, spec. 199 ss.

Ora, al di là di ciò che può, a mia opinione (v., infatti, volendo, il mio *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine*, III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss., spec. 781 ss.), opporsi al piano teorico-ricostruttivo avverso siffatto modo di vedere le cose, innegabile mi parrebbe essere la tendenza, di cui si hanno numerose testimonianze tanto in ambito sovranazionale quanto in ambito interno, volta ad una complessiva responsabilizzazione del ruolo dei giudici, comuni e costituzionali, sollecitati dunque ad un impegno costante e viepiù incisivo al fine di dare risposte appaganti

Ora, la giurisprudenza comune si presenta al proprio interno, strutturalmente, «plurale», disperdendosi in mille rivoli e rendendosi in cospicua misura inconoscibile. Consiglierei, nondimeno, di tentare fin dove possibile di esplorare anche questo versante al fine di verificare fino a che punto i controlimiti sono costretti alla resa davanti alla marea montante del primato del diritto di origine esterna e dove invece riescono a farsi ugualmente, nei fatti, valere, pur se ricorrendo a tecniche decisorie volte a far luogo alle manipolazioni per via d'interpretazione, di cui si viene ora dicendo.

Ancora una volta, può su questo terreno riscontrarsi una sostanziale assonanza con le esperienze di diritto interno.

Si è rammentata poc'anzi la vicenda che ha visto sottratta la legge di revisione del Titolo V del 2001 alla sua parziale caducazione per il superamento dei limiti ad essa posti. È però di comune riconoscimento la circostanza per cui molti degli enunciati della legge stessa sono stati sostanzialmente «riscritti» ad opera della giurisprudenza costituzionale, nel mentre poco, quasi nulla, si sa di ulteriori manipolazioni di quest'ultima (dunque, potrebbe dirsi, di «*manipolazioni delle... manipolazioni*») da parte di pronunzie dei giudici comuni o di leggi che al Titolo stesso risultino funzionalmente connesse e che, nondimeno, non siano state portate al giudizio della Consulta.

Si diceva all'inizio di questa riflessione che limiti e controlimiti della sovranità sono le due facce di una stessa medaglia. Molte norme di legge (costituzionale e non) e pronunzie dei giudici aggirano, in maggiore o minor misura e con varia intensità di effetti, i principi di base dell'ordinamento, facendola nondimeno franca (anche per la parziale inadeguatezza degli strumenti sanzionatori o – come nel caso del giudice costituzionale – per l'impossibilità di impugnarne le decisioni in qualunque sede<sup>43</sup>) e

---

alle domande pressanti di giustizia. Che, poi, tutto ciò significhi che sia in atto una trasformazione strutturale della giurisdizione, in ciascuna delle sue plurime manifestazioni, è questione di cui non è possibile ora farsi carico.

<sup>43</sup> Lo stesso principio di cui all'art. 137, ult. c., Cost., nondimeno, richiede oggi, a mio modo di vedere, di essere complessivamente ripensato, specie alla luce del nuovo contesto internazionale e sovranazionale e delle novità registratesi in seno alle relazioni (anche, e specificamente, tra le Corti), sì da non potersi escludere in partenza che esso possa, al pari di ogni altro principio, partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore, segnatamente che possa farlo col principio di apertura al diritto di origine esterna. D'altro canto, se è vero – come ci è stato insegnato dai rivoluzionari francesi – che la Costituzione si ha unicamente laddove i diritti siano riconosciuti ed effettivamente fatti valere, a me pare che la stessa certezza del diritto costituzionale (in senso oggettivo) abbia teorico e pratico senso unicamente alla condizione che si converta ed interamente risolva in certezza dei diritti costituzionali, vale a dire appunto nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto. Ciò che può, dunque, talora passare attraverso la stessa riconsiderazione del giu-

molte norme di legge e sentenze difendono i principi e li fanno sostanzialmente valere a fronte di minacce provenienti *ab extra*, dando pertanto voce – pur se non dichiaratamente – ai controlimiti.

In un caso e nell'altro, come si vede, ci si può trovare in presenza di *modifiche tacite* della Costituzione<sup>44</sup>, ora a finalità di svuotamento ed ora a finalità di difesa dei suoi enunciati maggiormente espressivi e qualificanti, i principi: le une e le altre apprezzabili unicamente in prospettiva assiologicamente orientata.

Se ne ha la necessità di distinguere – a me pare – tra un'affermazione dei *controlimiti in senso formale* ed una *in senso sostanziale*. L'una può anche fare difetto, come si è veduto, per ciò che specificamente attiene alle relazioni col diritto dell'Unione, non aversene cioè il testuale riscontro; l'altra, invece, esserci, seppur in misura non compiutamente determinabile, non dandosi ad oggi strumenti adeguati per un monitoraggio a tappeto della giurisprudenza comune e criteri suscettibili di sicure applicazioni al fine dell'accertamento delle manipolazioni sostanziali per via d'interpretazione<sup>45</sup>.

---

dicato costituzionale, per effetto di un sopravveniente verdetto di Corte europea che, a giudizio della stessa Consulta, porti ad un innalzamento della tutela suddetta.

<sup>44</sup> ... al pari, peraltro, di quelle che possono investire altri documenti normativi, di origine interna o esterna (e, tra questi ultimi, in special modo le Carte dei diritti che con la Carta costituzionale condividono il tratto dell'apertura strutturale degli enunciati tra le cui trame, dunque, trovano fertile terreno per impiantarsi e crescere le modifiche in parola).

<sup>45</sup> Alle volte, peraltro, la stessa giurisprudenza costituzionale, che pure è – come si sa – soggetta ad una particolare visibilità, fa luogo a raffinate manipolazioni (non soltanto dell'oggetto ma) dello stesso parametro dei suoi giudizi e persino di... *se stessa*, a mezzo di un uso alquanto disinvolto della tecnica dell'autocitazione, del *distinguishing* e di altre ancora (della manipolazione del parametro ho discusso in più luoghi, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e «materia» costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, 1999, spec. l'ult. sez.; a riguardo della tecnica dell'autocitazione, v., part., A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, spec. 160 ss.).

Un esempio assai istruttivo di manipolazione per via d'interpretazione della giurisprudenza eurounitaria ci è stato di recente offerto da una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, cui si farà più avanti richiamo, che marca in modo netto la distanza dall'analoga decisione del tribunale costituzionale spagnolo sul caso *Melloni*.

È poi da mettere in conto che la pronuncia della Grande Camera su *Taricco* possa alimentare non poche, particolarmente incisive riletture da parte della giurisprudenza comune, quale quella avutasi da parte della Cass., IV sez. pen., 25 gennaio 2016, 7914/16 (annotata a prima lettura da A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 marzo 2016), specificamente per il caso che la Consulta, il cui verdetto è ad oggi atteso, non dovesse esplicitamente opporre l'osservanza dei «controlimiti». Si ha notizia che la stessa Cass., III sez. pen., avrebbe pochi giorni addietro sollevato una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 325 TFUE per come interpretato in *Taricco*, nella parte in cui impone la disapplicazione dell'art. 160 e 161 c.p., per contrasto con gli artt. 3, 11, 25, II c., 27, III c., e 101, II c., Cost.; l'ordinanza di rimessione non è tuttavia ad oggi disponibile.

È, poi, interessante notare, con riferimento alla proiezione dei controlimiti sul terreno dei rapporti sovranazionali, che le maggiori risorse «difensive» parrebbero essere dal giudice costituzionale messe in campo lungo il versante che collega l'ordine interno al diritto convenzionale piuttosto che su quello che porta all'Unione (spiegherò a momenti l'uso della forma verbale condizionale).

Se infatti si presta attenzione alle tecniche decisorie utilizzate dal nostro giudice delle leggi, parrebbe che questi tema maggiormente l'«aggressività» – com'è stata felicemente chiamata da una sensibile dottrina<sup>46</sup> – della Corte EDU piuttosto che gli assalti provenienti da Lussemburgo. Non a caso – come si è sopra rammentato – è alla giurisprudenza della Corte suddetta che si è ritenuto di poter applicare il «filtro» (ieri della «sostanza» ed oggi del carattere «consolidato»<sup>47</sup>) degli indirizzi giurisprudenziali vincolanti per i giudici nazionali in sede d'interpretazione conforme. Un filtro del quale – ad onor del vero – s'ignora quale sia il fondamento, somigliando piuttosto ad una sorta di *deus ex machina* che, come nelle antiche tragedie, cala dal cielo per sbrogliare una matassa talmente aggrovigliata da rendersi altrimenti non dipanabile.

Sta di fatto che il vincolo discendente dalle pronunzie della Corte di giustizia è ritenuto stringente, con ogni probabilità a motivo della riconosciuta natura delle stesse quali fonti di diritto a tutti gli effetti (una natura essa pure di cui non è chiaro il fondamento...)<sup>48</sup>, qualità questa di

---

<sup>46</sup> Mi rifaccio qui ad una nota indicazione di O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010 e *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Cambridge, 2013, 99 ss.

<sup>47</sup> Non è chiaro se la seconda formula – come si sa, introdotta da Corte cost. n. 49 del 2015, dietro cit. – costituisca una mera variante o esplicitazione linguistica della prima ovvero se si riferisca a nuovi concetti (di ciò, nondimeno, in altri luoghi).

<sup>48</sup> Una emblematica testimonianza di questa complessiva tendenza, che non appare essere esclusivamente caratterizzante i rapporti tra il nostro giudice costituzionale e la Corte dell'Unione ma comune ad altre esperienze di relazioni interordinamentali, può vedersi nella remissività dimostrata dal tribunale costituzionale spagnolo nel caso *Melloni* che, dopo aver posto un quesito in termini che chiaramente rivelavano la preoccupazione avvertita dal giudice nazionale per il rispetto dei principi della Carta spagnola, davanti ad una risposta inequivoca e ferma nel ribadire il bisogno di una scrupolosa osservanza del primato, vi si è docilmente allineato, «senza se e senza ma». Di ben altro stampo l'orientamento manifestato in un caso analogo dal *Bundesverfassungsgericht*, nella decisione (sopra accennata) del 15 dicembre 2015 – 2 BvR 2735/1 –, laddove è enunciato il principio secondo cui nel procedimento di consegna per effetto di mandato di arresto europeo conseguente a condanna in contumacia a trent'anni di reclusione va comunque salvaguardato il diritto di difesa. In tema di mandato di arresto europeo, si segnala ora la decisione della Grande Camera del 5 aprile

cui sarebbero invece prive le decisioni del giudice di Strasburgo<sup>49</sup>. La qual cosa, poi, passando dalle Corti alle Carte cui le prime danno voce, rischia di riflettersi in una diversa condizione, a conti fatti, riconosciuta alle Carte stesse: quasi che quella dell'Unione sia una fonte di diritto *optimo iure*, come tale appieno prescrittiva, salvo a denunciarne (in punto di astratto diritto) il superamento, in una vicenda processuale data, dei «controlimiti», laddove la Convenzione sarebbe una fonte solo... *parziale* o, diciamo meglio, *sub condicione*, ponendosi a punto di riferimento obbligato per gli operatori di diritto interno unicamente laddove sulla stessa si radichino indirizzi giurisprudenziali «consolidati» o decisioni-pilota e cessando invece di esserlo in difetto di siffatta condizione<sup>50</sup>.

---

2016, *Aranyosi*, adottata dietro rinvio pregiudiziale dell'*Hanseatisches Oberlandesgericht* di Brema, in cui è detto che la decisione-quadro sul MAE richiede di essere intesa e fatta valere alla luce e nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 4 della Carta di Nizza-Strasburgo, non acconsentendosi dunque all'esecuzione di un mandato laddove vi siano fondate ragioni che il soggetto destinatario dello stesso possa trovarsi esposto a trattamenti disumani e degradanti. Uno speciale significato va, a mio avviso, assegnato all'affermazione secondo cui il dettato della decisione-quadro può essere colto appieno nella sua portata prescrittiva unicamente se orientato verso la fonte, la Carta appunto, che dà voce e tutela al valore indisponibile della dignità della persona umana. Gli enunciati normativi dell'Unione, insomma, richiedono sempre, tutti, di essere fatti oggetto di letture assiologicamente orientate.

<sup>49</sup> Natura ed effetti delle decisioni in parola, pur essendo – come si sa – fatte oggetto di studi numerosi ed approfonditi [riferimenti, di recente, in P. GIANNITI, *L'incidenza delle sentenze della Corte EDU sul sistema italiano*, sez. III, cap. VII, parte I, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., 391 ss., e S. VANNUCCINI, *Lineamenti essenziali sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle modalità di espletamento dell'attività in ordine alla c.d. «post-judgment phase»*, in *www.federalismi.it*, *Focus Human Rights*, 1/2016, 22 gennaio 2016] attendono ancora oggi una loro adeguata definizione e sistemazione. Per ciò che qui se ne può dire, ho l'impressione che sia in atto una marcata tendenza alla diffusione ed al radicamento delle pronunzie in parola, anche oltre ciò che è al riguardo positivamente stabilito: insomma, nella «costituzione materiale» delle relazioni tra Convenzione e diritti nazionali si va – a me pare – verso un primato della prima, nel suo farsi «diritto vivente», non molto distante, nei suoi termini essenziali, rispetto a quello che è proprio del diritto eurounitario. Un discorso a sé dovrebbe poi farsi per ciò che attiene al «seguito» dato dal legislatore, rispettivamente, ai verdetti della Corte dell'Unione ed a quelli della Corte europea, laddove si registrano ad oggi perduranti ritardi e non rimosse carenze, la cui illustrazione porterebbe tuttavia troppo oltre l'*hortus conclusus* entro il quale la riflessione ora svolta deve tenersi (per talune prime indicazioni, con specifico riguardo all'attenzione prestata alla CEDU in Parlamento e dal Governo, v. M. MIDIRI, *La CEDU in Parlamento*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 85 ss. e A. GUAZZAROTTI, *Obbligo di rimediare alle violazioni della CEDU e logiche emergenziali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1047 ss.).

<sup>50</sup> A rigore, la Convenzione *ut sic* è sempre punto di riferimento obbligato per gli operatori nazionali, dovendosi distinguere la condizione della Carta da quella della Corte istituita a sua salvaguardia. Non v'è però chi non veda come questa dissociazione si dimostri essere nei fatti estremamente problematica e, con ogni verosimiglianza, impossibile da far valere. L'intento della Consulta, reso palese dalla sent. n. 49, cit., è infatti nel senso di somministrare ai giudici nazionali la direttiva di metodo di mettere da canto, puramente e semplicemente, la

Ancora una volta, tuttavia, consiglierei di non fermarsi alla crosta del fenomeno indagato. La conclusione appena raggiunta, infatti, è apprezzabile al piano formale-astratto, non pure ad uno sostanziale. In quest'ultimo, anzi, *proprio* la circostanza per cui la Consulta ritiene non potersi far luogo a selezioni della giurisprudenza eurounitaria può indurre non di rado a manipolazioni sostanziali della stessa abilmente camuffate e presentate quale forma peculiare di attuazione o applicazione in ambito interno<sup>51</sup>.

Di che ci si meraviglia, d'altronde? Non poche volte – come attesta anche un approssimativo scrutinio della giurisprudenza costituzionale – infatti, ritenendo essergli precluse addizioni e manipolazioni dei testi di legge, il giudice costituzionale penetra la corazza degli enunciati linguistici e punta diritto al cuore della sostanza normativa in essi racchiusa,

---

Convenzione in caso di mancanza di un indirizzo interpretativo «consolidato» o, meglio, di considerarne, in siffatta evenienza, facoltativa la osservanza, non essendo abilitati – a quanto pare – i giudici stessi a confrontarsi in modo diretto con la Convenzione stessa, senza la mediazione necessaria della giurisprudenza messa a punto a Strasburgo. Quand'anche, poi, si dovesse, con buoni argomenti, rigettare l'ipotesi ora fatta, ragionando nel senso che la Convenzione, siccome rilevante in ambito interno per il tramite della legge che vi ha dato esecuzione, obbliga comunque i giudici a prestarvi ossequio, il rischio – come si diceva – è che proprio l'ipotesi sopra formulata finisca con l'affermarsi.

<sup>51</sup> Non è chiaro quale ruolo possano al riguardo giocare i rinvii pregiudiziali operati dallo stesso giudice costituzionale. In generale, a me pare che, esponendosi a mezzo della richiesta presentata alla Corte dell'Unione, il giudice nazionale possa quindi esserne condizionato in misura maggiore rispetto a quella che si avrebbe in mancanza della richiesta stessa. Non è però detto che le cose stiano poi davvero così: anche i giudici *a quibus* nei giudizi di costituzionalità rivolgono domande al giudice delle leggi ma poi – come si è sopra accennato – non è affatto sicuro che si conformino sempre fedelmente alle risposte di quest'ultimo. Ad ogni buon conto, la questione, pur non essendo priva di interesse, a me pare che meriti di essere ridimensionata, se non altro per il fatto che i rinvii da parte della Consulta si contano – com'è noto – sulle dita di una mano e nulla fa al momento presagire che questo *trend* debba nel prossimo futuro subire una inversione di rotta.

*Mutatis mutandis*, qualcosa di simile potrebbe valere con riferimento alle consultazioni richieste alla Corte EDU, ai sensi del prot. 16 aggiunto alla CEDU, laddove parimenti viene da pensare che l'utilizzo di tale strumento da parte della Corte costituzionale, una volta a ciò abilitata, sarà estremamente contenuto. È vero che i pareri emessi dalla Corte europea, a differenza delle pronunzie dietro rinvio pregiudiziale, non sono vincolanti ma è anche vero – come si è fatto altrove notare – che il giudice nazionale che vi si discosti, sa di esporsi a successivi ricorsi alla stessa Corte consultata, stavolta in sede giurisdizionale. La qual cosa, poi, apre scenari inquietanti ed oscuri per ciò che specificamente riguarda i rapporti tra la Corte europea e la Corte costituzionale, stante la previsione del divieto di qualsivoglia impugnazione a carico delle decisioni di quest'ultima, cui si è già fatto sopra cenno. Una previsione che però, tanto lungo l'asse dei rapporti con la Corte europea quanto lungo quello dei rapporti con la Corte di giustizia, potrebbe – come si accennava poc'anzi – considerarsi essa pure passibile di bilanciamento assiologicamente orientato, soggetto cioè a quel canone della massimizzazione della tutela in cui – come si fatto notare – è da rinvenire la *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali in genere.

sottoponendola a (ora maggiori ed ora minori, e tuttavia pur sempre consistenti) rifacimenti. Certo, rimane poi la diversità degli effetti, le manipolazioni testuali dispiegandosi verso tutti, laddove quelle operate per via d'interpretazione posseggono – secondo la comune opinione – efficacia circoscritta ai casi. Il fatto in sé della manipolazione, nondimeno, rimane e con esso, dunque, il carattere intrinsecamente «normativo» della decisione che vi fa luogo.

5. *Al tirar delle somme: primato e (ed è), non già versus, identità*

Quale, allora, la conclusione del discorso fin qui svolto?

Due i punti sui quali, al tirar delle somme, mi pare che convenga particolarmente fermare l'attenzione, anche negli studi a venire e che dovranno tenere in adeguato conto gli svolgimenti delle relazioni interordinamentali, specie sul terreno delle esperienze giudiziali, ad oggi maturati e le linee di tendenza da essi tracciate.

Il primo.

Immaginare che il primato e l'identità costituzionale siano, a mo' di eserciti schierati e pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi, per loro vocazione cioè portati ad una insanabile contrapposizione è, a mia opinione, metodicamente prima ancora che teoricamente sbagliato. E ciò, per la elementare ragione che il primato, persino laddove sembri urtare con uno o più dei principi che fanno l'identità, può in realtà concorrere all'affermazione *magis ut valeat* dell'identità stessa, consentendo pertanto di pervenire a sintesi assiologicamente apprezzabili dei valori costituzionali nel loro fare «sistema». Quando questo si abbia, e quando invece no, è questione ovviamente da risolvere di volta in volta; negare tuttavia, per partito preso, la possibilità stessa di configurare questa ipotesi equivale a considerare che la Costituzione sia perfetta, inarrivabile per capacità di apprestare tutela ai diritti, sì da non temere *in alcun caso* il confronto con ogni altra Carta<sup>52</sup> e di potersi dunque chiudere a riccio in se stessa, senza bisogno di aprirsi alle altre Carte e da esse attingere quanto di meglio sono in grado di offrire al servizio dei diritti. L'esperienza, di contro, ci dimostra che le cose non stanno affatto così, secondo

---

<sup>52</sup> Non si dimentichi tuttavia, che la stessa Corte costituzionale ha fissato, in una ormai risalente ma non per ciò inattuale pronunzia, la n. 388 del 1999, il principio, di straordinario spessore metodico-teorico, secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti «*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*» – ciò che farebbe pensare ad un loro rapporto paritario –, precisandosi tuttavia subito prima che «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e *non meno intensa garanzia*, nella Costituzione».



quanto – a tacer d'altro – testimoniano i non pochi casi in cui lo stesso diritto costituzionale vivente si rinnova al proprio interno per effetto delle suggestioni ed indicazioni che vengono *ab extra* (e, segnatamente, tanto dalla giurisprudenza eurounitaria quanto da quella convenzionale)<sup>53</sup>. Si tratta, dunque, di soppesare tra i costi e i benefici che possono aversi per effetto dell'ingresso di norme di origine esterna, puntando pur sempre all'obiettivo della ottimale affermazione della Costituzione come «sistema» (... *di «sistemi»*). Ciò che, nondimeno, tengo qui pure in special modo a rimarcare è che, pur laddove si dia spazio alla prevalenza di norme di origine esterna che mettano sotto *stress* uno o più principi fondamentali, quest'esito pur sempre si avrebbe e giustificerebbe in ragione dell'affermazione dell'identità costituzionale, nei limiti in cui si renda possibile alle condizioni oggettive di contesto. Di modo che *primato ed identità possono, secondo modello, realizzarsi (ed effettivamente si realizzano) congiuntamente*, quanto meno laddove si faccia un uso congruo degli strumenti processuali e dei bilanciamenti che per il loro tramite prendono corpo nelle esperienze giudiziali.

Il secondo punto.

Cogliere se e dove i controlimiti sono fatti realmente valere a carico del diritto di origine esterna è estremamente disagiata e problematico, dovendosi svolgere l'indagine su un piano inclinato e scivoloso e non disponendosi di strumenti adeguati al monitoraggio richiesto. E ciò, ove si ammetta – come, a mia opinione, devesi – che i casi di esposizione dei controlimiti, da noi come altrove, possono essere assai contenuti o, addi-

---

<sup>53</sup> Ci si può, poi, chiedere perché mai ciò che quotidianamente si riscontra nelle pratiche interpretative ed applicative, specie giurisprudenziali, non possa (e, a mia opinione, debba) altresì aversi per effetto di innovazioni apportate al dettato costituzionale con la via piana della revisione.

Qualcuno dovrà dunque, prima o poi, spiegare perché mai, in nome del canone della miglior tutela, dietro richiamato, le previsioni della Carta costituzionale possano andare soggette ad innovazioni anche corpose all'incontro con le previsioni di altre Carte dei diritti, innovazioni candidamente presentate quale mero aggiornamento per via d'interpretazione, mentre non possano esserlo per mano del legislatore di revisione. Un autentico tabù, infatti, è – come si sa – considerata l'ipotesi di modifiche alla parte sostantiva della Carta, tanto più poi se riguardanti i principi fondamentali, innovati non già, ovviamente, a finalità di «restaurazione» (in cui è da rinvenire, secondo la più sensibile dottrina, il solo limite delle revisioni: G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1183 ss., spec. 1206) bensì allo scopo di assicurarne un'accresciuta implementazione nell'esperienza (con specifico riguardo al catalogo costituzionale dei diritti l'opportunità di un suo congruo e *temporis ratione* efficace aggiornamento è patrocinata nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bologna, 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Milano, 2012, 1103 ss.).

rittura, assenti, trovando tuttavia gli stessi ugualmente il modo di affermarsi, sia pure per vie sotterranee percorse dai giudici, specie comuni, che si rendano artefici di più o meno corpose manipolazioni dei testi di legge o di pronunzie di altri giudici (e, alle volte, come si è veduto, persino delle... *proprie*), cui pure si dichiara di prestare scrupoloso ossequio.

I controlimiti, insomma, ci sono e sono vivi e vegeti, rimanendone nondimeno legata l'affermazione agli esiti di bilanciamenti secondo valore; rintracciarli e darne un'adeguata rappresentazione rimane, ad ogni buon conto, un'impresa improba. È in questo loro continuo oscillare che si consuma il destino di un rapporto tra primato del diritto sovranazionale e salvaguardia della identità costituzionale che attende di essere costantemente ridefinito e rimesso a punto secondo i casi.

(7-8 aprile 2016)



ENZO CANNIZZARO

SISTEMI CONCORRENTI  
DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
E CONTROLIMITI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Pluralità di sistemi di tutela dei diritti fondamentali e criteri di soluzione dei conflitti: il criterio della protezione più estesa. – 3. Concorso fra sistemi di tutela e criterio di esclusività. – 4. Soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti. – 5. Verso una moderna teoria dei controlimiti. – 6. La perfidia del diritto.

1. *Considerazioni introduttive*

Ben difficilmente la sentenza *Taricco*<sup>1</sup> sarà collocata dagli storici dell'integrazione europea nel ristretto numero dei *grands arrêts* della Corte di giustizia. Il filo argomentativo seguito dalla Corte appare incerto e lacunoso. Taluni dei passaggi logici che conducono al dispositivo appaiono evasivi, frettolosi e trattati in maniera discutibilmente adeguata. Eppure la sentenza, in virtù dell'impatto che essa produce nell'ordinamento italiano, ha suscitato un incessante dibattito, nel corso del quale sono state invocate grandiose nozioni giuridiche quali la sovranità, i principi fondamentali dell'ordinamento, l'identità costituzionale.

Come è ormai noto, la sentenza *Taricco* ha accertato la potenziale incompatibilità della normativa italiana sulla prescrizione con il principio della effettività e della dissuasività delle sanzioni che gli Stati hanno l'obbligo di applicare al fine di combattere la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione. Di conseguenza, qualora il giudice ritenga che l'applicazione di tale normativa pregiudichi l'effettività delle sanzioni «in un numero considerevole di casi», egli dovrà disapplicarla.

Al fine di raggiungere tale conclusione, la Corte ha superato, con una certa disinvoltura, una serie di ostacoli.

---

<sup>1</sup> Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14.

Il primo riguarda la rilevanza della questione nel giudizio nazionale. Ancorché la Corte abbia indicato, apoditticamente, che la soluzione della questione interpretativa posta dal giudice delle indagini preliminari rilevasse al fine di adottare la sua decisione, emerge dalla medesima sentenza come tale soluzione non potesse in alcun modo pregiudicare la decisione in tale procedimento. Un rischio di prescrizione si sarebbe semmai potuto materializzare in relazione al procedimento di merito. Tale procedimento, in tutta evidenza, si sarebbe svolto, però, di fronte ad un diverso giudice al quale sarebbe, quindi, spettata la valutazione della rilevanza.

Ad accentuare ulteriormente il senso di smarrimento causato dalla lettura della sentenza, conviene rilevare come il dovere di disapplicazione del giudice nazionale sia stato fondato dalla Corte su una premessa difficilmente compatibile con i postulati teorici della dottrina degli effetti diretti. Il predicato della disapplicazione è infatti conseguito all'accertamento di un conflitto fra l'art. 325, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione, in combinazione con l'art. 2, par. 1, della Convenzione PIF. Eppure, ben difficilmente si potrebbe trarre da queste disposizioni, vaghe nella formulazione e incerte financo nel risultato da raggiungere, una norma avente effetti diretti, tale cioè, da sostituire la norma nazionale nel governo della fattispecie<sup>2</sup>.

Tali debolezze argomentative possono forse trovare una spiegazione valorizzando taluni passaggi delle conclusioni dell'Avvocato generale, che insistono sulla necessità di porre riparo, attraverso l'accertamento dei giudici nazionali, ad una deficienza «strutturale» dell'ordinamento italiano: l'incapacità, dovuta alla normativa sulla prescrizione, di assicurare l'effettività dell'accertamento processuale delle frodi ai tributi europei. Nel perseguire tale obiettivo, tuttavia, la Corte ha dovuto piegare ad esso la logica del rinvio pregiudiziale nonché forzare i limiti della sua disciplina normativa. È difficile chiedere infatti al giudice nazionale, chiamato

---

<sup>2</sup> La Corte non ha peraltro esplorato un argomento che, debitamente svolto, avrebbe potuto forse giustificare l'obbligo di disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione. L'effetto diretto, che non potrebbe conseguire alla sola disposizione dell'art. 325, par. 1, TFUE, potrebbe invece conseguire alla combinazione fra l'obbligo formulato dal diritto dell'Unione e la normativa statale che a tale obbligo dia corretta attuazione. In altri termini, la normativa statale, che costituisca una corretta attuazione dell'obbligo di effettività della sanzione, si salderebbe con essa in un unico complesso normativo, esso sì avente effetti diretti, il quale sarebbe violato da una successiva normativa statale che faccia venir meno il carattere dissuasivo delle sanzioni già adottate. Sugli effetti diretti come conseguenza pratica della compiutezza normativa di una regola europea, tale da sostituirsi integralmente nel governo della fattispecie alla disciplina nazionale confliggente, rinvio a quanto scritto in *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2015, 122 ss.

a risolvere singole controversie portate innanzi ad esso, di accertare deficienze strutturali del proprio ordinamento<sup>3</sup>.

Questa scelta di politica giudiziaria, di avvalersi del rinvio pregiudiziale al fine di sanare una deficienza strutturale dell'ordinamento di uno Stato membro, ha comportato una ulteriore incongruenza, pur non infrequente nella giurisprudenza della Corte. L'accertamento in concreto dell'esistenza di tale deficienza strutturale, che sfugge ai poteri istruttori della Corte di giustizia, è stata affidata al giudice nazionale. Il dovere di disapplicare la normativa sulla prescrizione, infatti, consegue all'accertamento della circostanza che l'applicazione di tale normativa impedisca ai giudici nazionali di accertare la frode o altre attività illecite in danno agli interessi finanziari dell'Unione «in un numero considerevole di casi». Questo accertamento costituisce il prolegomeno fattuale necessario per poter valutare l'incidenza della normativa sulla prescrizione sulla effettività della sanzione e, quindi, per far scattare il dovere di disapplicazione del giudice. Non mancano, invero, nella giurisprudenza casi in cui il dovere della disapplicazione è fatto dipendere da un accertamento «macrogiuridico» circa l'impatto della legislazione nazionale sull'effettività del diritto europeo. Peraltro, un tale compito ben difficilmente può essere svolto nell'ambito della definizione casistica tipica dell'accertamento giudiziale. Inoltre, un meccanismo che faccia dipendere la disapplicazione della normativa interna sulla prescrizione da un accertamento fattuale, compiuto da ciascun giudice nazionale, relativo all'impatto che tale normativa produce sull'effettività del diritto dell'Unione, comporta una distribuzione casuale di effetti, difficilmente accettabile<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Se pure è vero, come sottolinea l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, che «al giudice del rinvio non è impedito di rendere oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte le carenze sistemiche ..., a partire da una controversia concretamente pendente dinanzi al medesimo», è altrettanto vero che la Corte può rendere la propria sentenza solo allorché tutte le condizioni per la ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, inclusa la rilevanza della questione per il singolo procedimento, siano soddisfatte.

<sup>4</sup> L'applicazione del diritto dell'Unione europea ha sovente posto il giudice nazionale di fronte a compiti di accertamento statistico, rispetto ai quali esso appare palesemente inadeguato. Esempi celebri si possono rinvenire soprattutto nella giurisprudenza sulla disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato. V., *ex multis*, la sentenza *Job Center*, 11 dicembre 1997, causa C-55/96, che ha affidato al giudice nazionale il compito di vedere se il regime di monopolio dello Stato nel campo dell'intermediazione nel campo del lavoro salariato fosse adeguato a soddisfare la domanda esistente nel mondo del lavoro. Questa tecnica giurisprudenziale è stata utilizzata peraltro anche in altri settori. Si veda la celebre sentenza *Altmark* (24 luglio 2003, causa C-280/00), nella quale al giudice nazionale è demandato il compito di determinare i costi di una impresa media al fine di adempiere agli oneri di pubblico servizio nel campo del trasporto pubblico.

La parte più controversa della sentenza riguarda tuttavia la determinazione della compatibilità della disciplina sulla prescrizione con il sistema europeo dei diritti fondamentali. Al fine di ricostruire il dovere di disapplicazione da parte del giudice, la Corte si è previamente interrogata sulla compatibilità degli effetti normativi prodotti dalla sentenza, vale a dire la disapplicazione della prescrizione ad opera del giudice nazionale, con i diritti fondamentali individuali, derivanti, in particolare, dal principio di legalità e dal divieto di applicazione retroattiva della normativa sui reati e sulle pene. La Corte di giustizia ha peraltro indicato che, secondo il contenuto che tale principio assume nell'ordinamento europeo, esso non sarebbe violato dall'applicazione retroattiva di una disciplina peggiorativa della prescrizione, in virtù del carattere procedurale di tale disciplina.

Questo passaggio della sentenza *Taricco* – e le conclusioni da esso tratte dalla Corte di giustizia – sono state oggetto di vivaci contestazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito italiana, che hanno trovato espressione concreta in una serie di rinvii incidentali alla Corte costituzionale<sup>5</sup>. L'esercizio della giurisdizione penale oltre il termine di prescrizione previsto al momento della commissione del reato risulterebbe incompatibile, secondo queste tesi, con il sistema nazionale di tutela dei diritti fondamentali, il quale avrebbe da tempo riconosciuto, invece, natura sostanziale all'istituto della prescrizione. Di conseguenza, la situazione giuridica creata dalla Corte di giustizia con la sentenza *Taricco* costituirebbe una violazione grave di un principio fondamentale della Costituzione: il principio di legalità in materia penale. La Corte costituzionale dovrebbe quindi, in applicazione della dottrina dei controlli-miti, dichiarare l'inapplicabilità del diritto europeo, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, da parte dei giudici italiani.

All'origine della controversia vi sarebbe, quindi, una diversità di contenuto fra il sistema europeo e il sistema nazionale dei diritti fondamentali. Secondo il primo, il principio di legalità non vieterebbe di applicare in un procedimento penale un termine di prescrizione più lungo di quello vigente al momento della commissione della condotta penalmente rilevante. Pur se la Corte di giustizia non ha esplicitato i motivi alla base di questa conclusione, limitandosi ad attribuire all'istituto della prescrizione natura puramente procedurale, si può ritenere che essa trovi origine nella idea che tale istituto esprima il venir meno dell'interesse sociale alla punibilità di un certo reato, in corrispondenza allo scorrere del tempo, e non produca, quindi, alcun diritto di carattere individuale.

---

<sup>5</sup> Si veda, da ultima, l'ordinanza della Corte di cassazione, (sez. III penale), del 30 marzo 2016, n. 2282/2016 (dep. 8 luglio 2016).

Ad una conclusione diversa si porrebbe, evidentemente, qualora si ritenesse che il principio di legalità assicuri a ciascun individuo il diritto di poter prevedere in anticipo tutte le conseguenze della propria condotta illecita, inclusa quella che si verifica in relazione al venir meno dell'interesse alla sua punizione. Questa sarebbe, secondo i critici della sentenza *Taricco*, la concezione accolta dall'ordinamento costituzionale italiano.

Come si vede, il caso *Taricco* sembra riproporre la questione del concorso fra sistemi diversi di protezione dei diritti fondamentali, e, in particolare, la questione di determinare le conseguenze giuridiche della forza espansiva dei diritti fondamentali europei negli ordinamenti nazionali: una questione che ha un posto di assoluto rilievo nella perdurante ricerca di un assetto equilibrato dei rapporti fra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali.

Nei due paragrafi che seguono, si focalizzerà l'attenzione sulle divergenze nel contenuto dei diritti fondamentali applicabili, rispettivamente, nell'ordinamento europeo e in quello nazionale, e sulle regole di conflitto applicabili al fine di risolvere il dissidio fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali. Alla luce delle conclusioni raggiunte in questa analisi, si porterà l'attenzione sulla nota e controversa dottrina dei controlimiti. In particolare, occorrerà verificare se tale dottrina, elaborata in tempi remoti, e alla luce di un ben diverso panorama giuridico, sia ancora appropriata al fine di determinare i rapporti fra diritto europeo e diritto nazionale.

## 2. *Pluralità di sistemi di tutela dei diritti fondamentali e criteri di soluzione dei conflitti: il criterio della protezione più estesa*

La prima questione da affrontare, nell'itinerario concettuale che si è tratteggiato, è quella di vedere se vi siano norme atte a risolvere i conflitti fra sistemi di tutela dei diritti fondamentali.

La Carta dei diritti fondamentali sembra indicare un criterio di soluzione dei conflitti imperniato sulla ricerca del sistema che offra la protezione più estesa. Gli articoli 52, par. 3, e 53 della Carta indicano, con formulazione invero di non agevole interpretazione, che la Carta non pregiudica l'applicazione di altri strumenti di tutela dei diritti fondamentali che assicurino un livello di protezione più intenso, in particolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle Costituzioni degli Stati membri. L'applicazione di tale criterio alla vicenda in esame dovrebbe portare quindi alla conclusione che il sistema costituzionale ita-



liano, il quale garantisce, in ipotesi, una protezione più estesa al principio individuale di legalità in materia penale, debba trovare applicazione in luogo del sistema europeo, il quale garantisce al principio di legalità un contenuto più limitato.

Questa tecnica, intuitivamente molto soddisfacente, ha degli antecedenti storici nei primi trattati che assicurano la tutela internazionale dei diritti fondamentali. Essa è accolta dall'art. 53 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che indica come la Convenzione non possa essere interpretata nel senso di impedire una tutela più estesa dei diritti convenzionali derivante dal diritto interno ovvero da obblighi internazionali di ciascuna parte contraente.

Vi sono però delle evidenti differenze fra l'applicazione del criterio della protezione più estesa nell'ordinamento della Convenzione europea e, rispettivamente, nell'ordinamento dell'Unione europea. Nei rapporti fra il sistema della Convenzione europea e i sistemi costituzionali nazionali, infatti, non si verifica un concorso fra sistemi di tutela. La Convenzione, infatti, si applica indifferentemente a qualsiasi rapporto giuridico che ricada nell'ordinamento degli Stati parte. Il criterio della protezione più estesa vale, quindi, unicamente a delimitare il contenuto dell'obbligo, derivante dalla Convenzione nei confronti degli Stati parte, di assicurare una adeguata protezione ai diritti da essa stabiliti. Si tratta, quindi, di una norma unilaterale di soluzione dei conflitti.

In altri termini, l'art. 53 della Convenzione indica come l'obbligo incumbente sugli Stati parte di assicurare i diritti garantiti dalla Convenzione costituisca solo un obbligo minimo di tutela. Esso non impedisce, quindi, agli Stati parte della Convenzione di assicurare una tutela più estesa. Non contravverrebbe alla Convenzione, in altri termini, uno Stato il quale assicuri nel proprio ordinamento una tutela dei diritti fondamentali superiore a quella, minima, richiesta dalla Convenzione. Ovviamente, il criterio della protezione più estesa non è di così agevole soluzione, in particolare allorché la tutela che un certo sistema assicura ad un diritto individuale emerge da un processo di bilanciamento con un altro diritto individuale. Ai fini semplificati della presente analisi, è però sufficiente indicare come tale criterio funzioni relativamente bene allorché esso sia utilizzato per determinare i rapporti fra due sistemi di tutela che si applichino indifferentemente alle medesime situazioni giuridiche.

La ragione del successo del criterio della protezione più estesa nei rapporti fra il sistema della Convenzione e i sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali risiede proprio nella circostanza che tali sistemi sono complementari. I diritti convenzionali si applicano alla generalità dei rapporti giuridici dell'ordinamento nazionale e non mirano a sostituire i si-

stemi di protezione dei diritti fondamentali di ciascun ordinamento nazionale, ma si limitano a stabilire un controllo esterno rispetto ad essi qualora tali controlli non assicurino il livello di tutela voluto dalla Convenzione.

L'applicazione del principio della protezione più estesa appare molto più problematica nei casi in cui tale principio venga utilizzato come strumento di soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali.

Questo accade nell'ambito del concorso fra diritti fondamentali europei e diritti fondamentali di ciascuno Stato membro. A differenza di quanto accade rispetto alla Convenzione europea, infatti, il sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione e il sistema di tutela nazionale non si applicano ai medesimi rapporti giuridici. In via di principio, il primo si applica ai rapporti giuridici regolati dal diritto europeo; il secondo a quelli regolati dal diritto nazionale.

Se alla distinzione fra i rispettivi ambiti di applicazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali corrispondesse anche una rigorosa distinzione fra i rispettivi ambiti di applicazione dei due ordinamenti, un conflitto non potrebbe mai insorgere. Ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali troverebbe infatti applicazione rispetto ai rapporti giuridici ricadenti esclusivamente nel proprio ordinamento. Il sistema di diritti fondamentali nazionali si applicherebbe in via esclusiva ai rapporti normativi disciplinati esclusivamente dalla normativa nazionale; il sistema dei diritti fondamentali europei si applicherebbe in via esclusiva ai rapporti giuridici disciplinati unicamente dalla normativa europea.

La situazione è però ben diversa rispetto a questo semplice paradigma. È noto come i due ordini normativi concorrono nel governo di varie fattispecie, secondo una serie potenzialmente infinita di schemi normativi, la cui classificazione, evidentemente, sfugge ai limiti del presente lavoro. È proprio da questo continuo intreccio normativo che deriva il concorso fra il sistema di tutela dei diritti fondamentali europeo e quelli nazionali. Il problema di determinare il sistema «competente» di diritti fondamentali si pone, quindi, rispetto ai tanti e variegati rapporti giuridici disciplinati sia da norme europee che da norme nazionali.

Alla luce di questa osservazione, è evidente come il criterio della protezione più estesa risulti strutturalmente inidoneo a governare i rapporti fra sistema europeo e sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali. La sua applicazione, infatti, consentirebbe ai giudici nazionali di applicare il proprio sistema di tutela dei diritti fondamentali anche a norme nazionali strumentali rispetto all'applicazione del diritto europeo, alla sola condizione che sia possibile desumere da tale sistema un livello

di tutela superiore rispetto a quello assicurato nell'ordinamento europeo. In altri termini, l'applicazione del meccanismo della protezione più estesa finirebbe con il frammentare l'unitarietà del parametro di validità della normativa europea e di quella nazionale ad essa «collegata», in relazione al contenuto più o meno intenso di tutela dei diritti fondamentali assicurato in ciascuno degli Stati membri.

Verosimilmente è stata questa la ragione che ha indotto la Corte di giustizia ad indicare, in termini perentori, nel celebre par. 58 della sentenza *Melloni*, che «(t)ale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato». Al di là delle poco convincenti motivazioni che la Corte ha esposto nei paragrafi da 59 a 63 della sentenza, conviene osservare come l'art. 53 della Carta preveda, bensì, la possibilità di applicare gli *standards* più elevati previsti da una Costituzione nazionale a preferenza rispetto a quelli previsti dalla Carta. La disposizione precisa, tuttavia, che tale possibilità è limitata al «rispettivo ambito di applicazione» di ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali.

### 3. *Concorso fra sistemi di tutela e criterio di esclusività*

Ancorché severamente criticata in dottrina, occorre riconoscere come la soluzione adottata in *Melloni* risponda ad una logica non priva di razionalità. Evidentemente si tratta di una logica che fa prevalere le ragioni dell'uniformità nell'applicazione del diritto europeo rispetto alla preoccupazione di assicurare il massimo livello possibile di tutela a favore dei diritti individuali fondamentali. *Melloni* vale quindi ad escludere la possibilità di concepire il criterio della tutela più estesa come criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti. La Corte sembra indicare, piuttosto, come tali sistemi di tutela – quello europeo e quello nazionale – operino limitatamente al rispettivo ambito di applicazione, secondo logiche tendenzialmente di esclusività.

Il carattere esclusivo del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali non consente, quindi, che esso venga meno a favore dell'applicazione di norme costituzionali nazionali maggiormente «garantiste» nei confronti dei diritti individuali. Esso consente, semmai, che le esigenze di una tutela più intensa possano essere recepite e «internalizzate» nel sistema europeo, secondo una logica inclusiva, analoga a quella che ha presieduto la formazione di tale sistema. Un esempio eloquente del carattere

dinamico di esso viene dalla recente sentenza *Aranyosi e Căldăraru*<sup>6</sup>, la quale ha accertato l'esistenza di una deroga al sistema armonizzato di tutela dei diritti fondamentali stabilito dalla normativa europea sul mandato d'arresto europeo. Tale deroga si fonda sul carattere inderogabile del divieto di trattamenti inumani o degradanti, il quale prevale anche, «in circostanze eccezionali», sui «principi di riconoscimento e di fiducia reciproca fra Stati, i quali nel diritto dell'Unione, rivestono un'importanza fondamentale».

L'adozione di un criterio di esclusività esige peraltro di determinare il rispettivo ambito nel quale ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali dovrebbe trovare applicazione esclusiva. Già prima della adozione della Carta dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva indicato come i diritti fondamentali dell'Unione europea non si applichino solo alla normativa europea, ma altresì a qualsiasi norma nazionale che ricada nell'ambito di applicazione del diritto europeo<sup>7</sup>. Il criterio di demarcazione fra i due sistemi esclusivi di tutela dei diritti fondamentali finisce con il dipendere da un elemento quanto mai incerto, dato dalla nozione di ambito di applicazione del diritto europeo.

Tale nozione è stata intesa in senso restrittivo dai redattori della Carta dei diritti fondamentali. L'art. 51, par. 3, della Carta indica come la Carta si applica alle attività poste in essere dagli Stati membri «in attuazione del diritto dell'Unione». Si tratta, evidentemente, di una interpretazione che non tiene conto dei molteplici e variegati modi di interazione fra diritto nazionale e diritto dell'Unione. Difatti, la più recente giurisprudenza della Corte sembra interpretare la nozione di «attuazione» in maniera molto generosa, sì da includervi non solo norme nazionali adottate allo specifico fine di attuare obblighi europei, ma altresì a qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi in qualche modo l'effettività.

La più nota espressione di questo orientamento giurisprudenziale è probabilmente la sentenza *Åkerberg Fransson*<sup>8</sup>. La Corte di giustizia ha applicato i diritti fondamentali dell'Unione, in particolare quelli derivanti dal principio del *ne bis in idem*, ad una sanzione tributaria disciplinata da una legislazione nazionale applicabile indifferentemente a tributi nazionali ovvero a tributi che trovino fonte nella normativa europea, quale l'I.V.A.; a condizione, tuttavia, che tale sanzione risultasse, nonostante la sua qualificazione formale, sostanzialmente punitiva e, quindi, rientrasse nei criteri di definizione delle sanzioni penali elaborati dalla Corte stessa.

---

<sup>6</sup> Sentenza 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

<sup>7</sup> Sentenza *Wachauf*, 13 luglio 1989, causa C-5/88.

<sup>8</sup> Sentenza 23 febbraio 2013, causa C-617/10.

In tal caso, l'applicazione del sistema europeo sarebbe risultata più favorevole per l'individuo interessato, dato che la legislazione nazionale limitava l'applicazione del principio nazionale del *ne bis in idem* solo a violazioni espressamente qualificate come penali. L'adozione di una nozione estensiva di ambito di applicazione avuto la conseguenza di attrarre nell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali europei un rapporto giuridico disciplinato dal diritto interno e solo indirettamente collegato alla attuazione di norme europee, facendolo fuoriuscire dall'ambito di applicazione dei sistemi nazionali di tutela.

L'applicazione del criterio di esclusività a norme nazionali connesse in maniera solo indiretta o occasionale all'attuazione del diritto europeo crea indubbiamente notevoli asimmetrie normative. La medesima norma nazionale, infatti, sarà valutata nella sua compatibilità con i diritti fondamentali sulla base di un parametro diverso – quello europeo ovvero quello nazionale – a seconda che essa sia applicata in connessione all'attuazione di norme europee ovvero di norme nazionali. Ciò accade, in particolare, rispetto a norme strumentali, che non hanno un contenuto precettivo autonomo ma che determinano le modalità di applicazione di norme sostanziali ovvero ne assistono l'esecuzione. Questa era proprio la situazione normativa rispetto alla quale ha operato la sentenza *Åkerberg Fransson*. In quel caso, la norma che disponeva le misure sanzionatorie per la violazione di norme tributarie operava, indifferentemente, rispetto a violazioni di tributi puramente nazionali ovvero di tributi di origine europea. In casi del genere, la compatibilità della normativa sanzionatoria con i diritti fondamentali deve quindi essere valutata alla luce di un diverso parametro, quello nazionale ovvero quello europeo, a seconda della norma sostanziale la cui violazione innesca la sua applicazione.

L'applicazione dei diritti fondamentali europei a norme nazionali strumentali, che assistano indifferentemente l'esecuzione di norme sostanziali europee e nazionali, finisce, in altre parole, con il creare una sorta di «applicazione selettiva» dei diritti fondamentali rispetto a situazioni nazionali. La norma nazionale strumentale sarà soggetta esclusivamente ai limiti derivanti dai diritti fondamentali nazionali allorché essa sia applicata in una situazione puramente nazionale. Essa sarà invece soggetta esclusivamente ai limiti derivanti dal diritto europeo, allorché essa sia applicata in una situazione «collegata» al diritto europeo. Ciò si traduce, di fatto, in un trattamento diversificato degli individui che invocano i diritti fondamentali nei confronti della medesima norma nazionale sanzionatoria. Tale trattamento potrebbe essere qualificato come una violazione di un ulteriore diritto fondamentale di carattere secondario: quello derivante dal principio di non discriminazione nel godimento

dei diritti fondamentali, protetto, fra l'altro, dall'art. 14 della Convenzione europea.

L'adozione di un criterio di esclusività, e la contestuale sottrazione di una sfera normativa interna al rispetto dei diritti fondamentali nazionali, non producono generalmente conflitti allorché la tutela dei diritti fondamentali assicurata dall'ordinamento europeo risulti coincidente con quella assicurata dagli ordinamenti nazionali o superiore ad essa. In genere, infatti, i giudici nazionali tendono ad applicare la Carta dei diritti fondamentali, ovvero altri strumenti di tutela dei diritti, a situazioni interne, pur se addirittura scollegate con l'applicazione del diritto europeo, allorché ne risulti un incremento di tutela rispetto a quella assicurata dalle Costituzioni nazionali.

Conflitti possono sorgere, invece, allorché si verifichi l'ipotesi opposta: che cioè l'applicazione esclusiva del sistema europeo di tutela dei diritti comporti una diminuzione della tutela assicurata agli individui sulla base del diritto e della prassi nazionale.

#### 4. *Soluzione dei conflitti fra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e teoria dei controlimiti*

Il criterio di esclusività, e la sottrazione di numerose situazioni giuridiche disciplinate da norme nazionali all'applicazione del rispettivo sistema costituzionale di tutela, crea notevoli turbamenti concettuali. È comprensibile, quindi, che in relazione ad esso si siano moltiplicate le istanze di difesa delle prerogative nazionali, affidate a dottrine giurisprudenziali elaborate al fine di affermare la competenza delle Corti nazionali rispetto ad atti e attività dell'Unione potenzialmente lesive dei principi fondamentali del proprio ordinamento costituzionale. Come è noto, una dottrina del genere è stata da tempo elaborata dalla Corte costituzionale italiana ed è generalmente nota come dottrina dei controlimiti.

Nei suoi tratti essenziali, la dottrina tende ad escludere che il trasferimento di competenze a favore dell'Unione possa comportare un «inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»<sup>9</sup>. Il presupposto sostanziale di tale dottrina è dato, quindi, dall'esistenza nel sistema costituzionale interno di un nucleo intangibile di principi o diritti fondamentali, che costituiscano un argine anche rispetto all'esercizio di poteri trasferiti all'Unione. Le garanzie procedurali nelle quali essa si ar-

---

<sup>9</sup> Ambedue le citazioni sono tratte dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973, *Frontini*.

ticola si riassumono nell'esigenza di consentire che, attraverso il sindacato di costituzionalità sulla legge di esecuzione, la Corte costituzionale possa intervenire sull'atto o sulla condotta delle Istituzioni europee lesiva del nucleo intoccabile della legalità costituzionale.

La dottrina dei controlimiti, però, è stata elaborata in un panorama giuridico e politico ben diverso da quello odierno. Tale dottrina, al pari di analoghe dottrine elaborate presso altri ordinamenti costituzionali nazionali, era tesa a rimediare ad un evidente squilibrio del sistema di integrazione, dato dall'assenza di un sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali che costituisse un limite di validità all'esercizio delle competenze dell'Unione (allora la Comunità). In assenza di un sistema europeo, la competenza delle Corti costituzionali nazionali costituiva, in evidenza, l'unico meccanismo atto ad evitare che il trasferimento di competenze all'Unione si risolvesse in un aggiramento delle garanzie costituzionali interne. Insomma, la «esternalizzazione» dei procedimenti di formazione della decisione politica avrebbe dovuto comportare, per risultare costituzionalmente legittima, una corrispondente «esternalizzazione» dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali.

Ciascuno può misurare la distanza che separa questo periodo pionieristico dal tempo attuale. Alle sue origini, la supplenza nel ruolo di guardiani «esterni» della legalità assiologica della Costituzione nazionale era tesa a promuovere l'evoluzione del sistema europeo e la formazione di una funzione «interna» di tutela dei diritti fondamentali. Oggi, la dottrina dei controlimiti non tende a rimediare all'assenza di una sfera di diritti fondamentali nell'ordinamento europeo, quanto bensì a giustificare l'applicazione dei valori nazionali rispetto a quelli, aventi un contenuto largamente coincidente, derivanti dal sistema di tutela dei diritti fondamentali interno al sistema europeo.

##### 5. *Verso una moderna teoria dei controlimiti*

Si può, quindi, dubitare della idoneità di tale dottrina ad operare, immutata, nella attuale situazione, nella quale l'esigenza di assicurare la legalità costituzionale non si contrappone al «vuoto giuridico» dell'ordinamento europeo in tema di diritti fondamentali. Contrariamente alla situazione presente alla Corte costituzionale in *Frontini*, oggi non solo vi sono sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali, sul piano europeo e su quello nazionale; vi sono altresì norme di soluzione dei conflitti, per quanto ancora rudimentali e imperfette esse possano essere.

Una moderna dottrina dei controlimiti, in sostanza, non dovrebbe come accadeva in passato, dirigersi nei confronti di una norma dell'Unio-

ne, in ragione dell'assenza di un parametro di validità costituito dalla sfera dei diritti fondamentali. Essa, semmai, dovrebbe avere ad oggetto l'idoneità del sistema europeo dei diritti fondamentali ad assicurare una efficace e plausibile tutela. In questo ambito concettuale, una valutazione della idoneità delle norme di conflitto elaborate dalla Corte di giustizia, e in particolare del criterio di esclusività, ad assicurare un equilibrato assetto dei rapporti fra il sistema europeo e quello nazionale di tutela dei diritti individuali, appare ineludibile.

In questo senso, sembra ragionevole ritenere che la sentenza *Taricco* non inneschi, in primo luogo, un conflitto fra valori, come sovente ipotizzato in dottrina. Essa concerne piuttosto un conflitto di competenza: fra la pretesa della Corte di giustizia di applicare in via esclusiva il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali alla normativa italiana in tema di prescrizione, e la pretesa – riflessa per ora solo nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale – di applicare a tale normativa il sistema nazionale. Il carattere sistemico di tale conflitto rende quindi necessario un approccio di tipo globale; tal che la soluzione vada ricercata sulla base di un criterio che assicuri, ad un tempo, un equilibrio accettabile fra le sfere di competenza antagonista, e un livello soddisfacente di tutela dei diritti fondamentali.

Sarebbe invece macroscopicamente inadeguato un approccio analitico, che consenta alla Corte costituzionale di esercitare il proprio sindacato non già sull'idoneità del riparto di competenza in tema di tutela dei diritti fondamentali, quanto bensì sulla singola norma europea all'origine di una pretesa violazione del sistema dei diritti fondamentali. Tale approccio non considererebbe l'aspetto sistemico dell'apertura dell'ordinamento costituzionale, il quale non solo ha trasferito poteri sovrani all'Unione, ma ha altresì preteso e ottenuto che questo ordinamento si dotasse di un proprio sistema di controllo del rispetto dei diritti fondamentali. Esso finirebbe, quindi, con il vanificare gli effetti di tale principio, e con l'imporre un meccanismo di autonomia condizionata, subordinata, cioè, alla circostanza che il giudizio della Corte di giustizia produca l'esito auspicabile sulla base dell'applicazione del sistema costituzionale interno. Una tale soluzione sarebbe però aberrante. Essa sarebbe ispirata da una concezione di integrazione *à la carte*, tesa, effettivamente, solo alla unilaterale affermazione dei principi e dei valori propri dell'ordinamento nazionale.

Un approccio sistemico, d'altronde, non è estraneo neanche alla classica formulazione della dottrina dei controlimiti e, anzi, costituisce il logico sviluppo delle sue premesse. La stessa giurisprudenza della Corte costituzionale si è costantemente riferita all'eventualità di un giudizio di



costituzionalità relativo agli effetti prodotti da singole norme europee come a una eventualità «difficile da configurare anche in astratto»<sup>10</sup> o addirittura «sommamente improbabile»<sup>11</sup>. È evidente, insomma, come la giurisprudenza della Corte abbia considerato, fin dall'inizio, tale possibilità come eccezionale; circoscritta, quindi, a casi in cui l'applicazione di una norma europea avesse prodotto macroscopiche difformità rispetto all'esigenza di tutelare il nucleo essenziale dei diritti fondamentali individuali.

Alla luce di tale approccio andrebbe valutata, quindi, la vicenda aperta con la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco*. Nell'attrarre la normativa italiana sulla prescrizione sotto l'impero del sistema europeo, la Corte di giustizia ha distolto l'istituto della prescrizione dal principio di legalità dei reati e delle pene, sulla base della considerazione che tale istituto avrebbe una natura procedurale. A sostegno di tale conclusione, la Corte di giustizia ha quindi citato la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale considera che l'estensione del termine per la prescrizione, operata dal legislatore in un momento successivo alla commissione della condotta potenzialmente criminosa, non violi l'art. 7 della Convenzione<sup>12</sup>. Pur se la Corte di giustizia non ha svolto questo argomento, è sottintesa nella sua analisi la considerazione che la natura sostanziale della prescrizione non abbia molti sostenitori in Europa e, anzi, rimanga relegata all'ordinamento italiano.

Or bene, se così fosse, sarebbe difficile considerare che tale istituto, con la natura ad esso attribuita nell'ordinamento italiano, possa far parte del nucleo essenziale dei principi la cui violazione giustificerebbe l'attivazione dell'istituto dei controlimiti. Se pure l'integrazione europea non può certo promuovere una sorta di «armonizzazione» dei sistemi nazionali di tutela dei diritti fondamentali, e, anzi, esso assicura il rispetto delle tradizioni costituzionali di ciascun ordinamento, è difficile, da parte degli ordinamenti nazionali, pretendere l'effetto opposto: la conformità,

---

<sup>10</sup> Questa espressione è stata utilizzata dalla Corte costituzionale sempre nella sentenza n. 182 del 1973, *Frontini*.

<sup>11</sup> Sentenza n. 232 del 1986, *Fragd*.

<sup>12</sup> Si può notare, in proposito, il ruolo assunto dall'art. 7 della Convenzione europea nell'argomentazione della Corte di giustizia, come elemento per determinare il contenuto del principio di legalità dei reati e delle pene nell'ordinamento europeo. Il riferimento alla disposizione convenzionale non costituisce, di per sé, un omaggio al criterio della protezione più estesa che si applica nei rapporti fra la Convenzione europea e gli ordinamenti nazionali. È nella trasformazione della sua natura giuridica, da obbligo convenzionale ad elemento che concorre a parametro interpretativo del corrispondente diritto fondamentale dell'Unione, che l'art. 7 della Convenzione assume valore prescrittivo e contribuisce, così, alla determinazione del livello massimo di tutela applicabile negli ordinamenti statali.

cioè, dell'ordinamento europeo ai canoni di tutela dei diritti fondamentali accolti in ciascuno di essi<sup>13</sup>.

## 6. *La perfidia del diritto*

Nell'ambito delle scienze giuridiche, notoriamente, il principio della verificabilità non ha valore assoluto. Non soltanto osservatori che partano da premesse identiche ben possono approdare a risultati diversi. Può addirittura accadere che una premessa errata produca un risultato corretto, e viceversa. È, questo, un effetto della natura sociale del diritto, il cui accertamento è soggetto all'influsso di una serie potenzialmente infinita di fattori, inclusi quelli culturali o addirittura emotivi.

La vicenda *Taricco* sembra esemplificare in maniera paradigmatica questa stranezza epistemologica della scienza giuridica. Ciascuna delle varie argomentazioni che sorreggono la decisione della Corte di giustizia appare assai controversa, e tale da distorcere addirittura la funzione dello strumento processuale utilizzato per giungere a quelle conclusioni, vale a dire del rinvio pregiudiziale. La sentenza *Taricco* ha sollevato pulsioni e inquietudini profonde che potrebbero, se non adeguatamente controllate, causare una seria crisi nei rapporti con l'Unione europea. E tuttavia, paradossalmente, essa ha avviato una rinnovata riflessione sul tormentato

---

<sup>13</sup> Non è forse improprio ricordare come la giurisprudenza italiana è da tempo approdata ad una concezione funzionale del principio della tutela equivalente, affermata da tempo come criterio di soluzione dei conflitti fra sistemi alternativi di tutela dei diritti fondamentali. Tale concezione non subordina il processo di integrazione alla rigorosa equivalenza sostanziale fra il sistema europeo e quello nazionale di tutela dei diritti fondamentali. Una concezione funzionale sembra piuttosto esigere una forma di equivalenza fondata sul risultato. L'esempio migliore, nell'esperienza giuridica italiana, è dato verosimilmente dal noto caso della assenza, nel sistema normativo del mandato d'arresto europeo, di una causa di deroga all'obbligo di consegna, in relazione alla mancanza nello Stato richiedente di una previsione sulla durata massima della carcerazione preventiva. Proprio l'assenza di tale previsione ha inizialmente portato i giudici italiani, in applicazione di una concezione sostanziale dell'equivalenza, a sollevare questione di costituzionalità della Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo. Nella sentenza n. 4614 del 5 febbraio 2007, tuttavia, la Corte di cassazione ha ritenuto, sulla base di una diversa concezione, di carattere funzionale, che l'esistenza in alcuni Stati membri di istituti tesi ad assicurare, per altra via, esigenze analoghe a quelle assicurate nel sistema costituzionale italiano dall'istituto della durata massima della custodia cautelare, fosse sufficiente a garantire la conformità della Decisione quadro rispetto al sistema costituzionale italiano. Sulla dottrina della protezione equivalente, e sulle sue implicazioni sistemiche, sia consentito rinviare a E. CANNIZZARO e B. BONAFÈ, *Beyond the Archetypes of Modern Legal Thought. Appraising Old and New Forms of Interaction between Legal Orders*, in *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro, K. Tuori e S. Sankari, Cambridge, 2014, 78 ss.

regime della prescrizione nell'ordinamento italiano; sulla congruità di affidare a tale istituto il compito di assicurare una esigenza ad esso estranea, quale la ragionevole durata del processo penale; sulla opportunità di allineare l'ordinamento italiano ai modelli sovranazionali, che indicano come i due istituti – la prescrizione e la ragionevole durata dei procedimenti penali – assolvano a funzioni diverse, abbiano diversa natura e, di conseguenza, esigano un distinto regime giuridico. Se questo fosse stato l'intendimento della Corte di giustizia, si potrebbe dire che essa, almeno parzialmente, ha raggiunto i suoi scopi.

Un ulteriore, paradossale, merito della sentenza *Taricco* è quello di aver rinverdito il dibattito in Italia sull'istituto dei controlimiti. Elaborato in tempi ormai remoti, alla luce di dati normativi e teorici ben diversi da quelli presenti, sovente evocato ma mai davvero utilizzato, tale istituto appare, oggi, un utensile di non agevole impiego e capace, se maneggiato frettolosamente, di produrre più problemi di quanti non ne riesca a risolvere. Certo, appare assai avventurosa l'idea di un dovere costituzionale di negare esecuzione ad una sentenza interpretativa della Corte di giustizia in nome di una fedeltà alla incerta dottrina della natura sostanziale della prescrizione. Né mancano, nello strumentario della Corte costituzionale, i modi per evitare pericolosi «estremismi costituzionali», senza però rinunciare a far valere i dubbi e le perplessità nei confronti di una controversa sentenza della Corte di giustizia: dalla valorizzazione dei margini di discrezionalità che essa apre a favore dei giudici nazionali, alla possibilità di chiedere alla Corte di giustizia di precisare alcuni dei suoi profili problematici attraverso un nuovo rinvio pregiudiziale.

Ma è l'aggiornamento dell'istituto dei controlimiti a costituire, oggi, la sfida intellettuale più impegnativa per la Corte costituzionale. Se con la sentenza *Frontini* la Corte costituzionale ha assolto al compito storico che la attendeva – quello di promuovere l'evoluzione del diritto dell'Unione verso approdi ordinamentali omogenei a quelli nazionali –, il compito che spetta oggi alle Corti costituzionali sembra piuttosto quello di determinare i nessi di reciproca compatibilità fra i diversi strumenti di tutela. È evidente, infatti, che la rigorosa determinazione dell'ambito di applicazione dei sistemi nazionali e di quello europeo di tutela dei diritti fondamentali, affermata dalla Corte di giustizia, non ripristina l'impossibile simmetria fra sistemi di tutela dei diritti fondamentali e norme dell'ordinamento al quale essi appartengono. La sentenza *Taricco*, quindi, ben potrebbe costituire una occasione per avviare una collaborazione fra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia nella ricerca di una soluzione di un problema di particolare sofisticazione sul piano tecnico e di assoluto rilievo sul piano teorico.

Viceversa, la pura e semplice riaffermazione del primato del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali sembra evocare il ritorno ad un mondo giuridico assai semplice che appartiene, però, alla nostalgia del passato. Sempre più spesso, i conflitti che le Corti sono chiamate a risolvere non sono conflitti fra norme, ma derivano piuttosto, appunto, da asimmetrie ordinamentali. Essi rappresentano il riflesso ormai ineliminabile della interconnessione fra ordinamenti che ha definitivamente sostituito il dogma della chiusura ordinamentale che ha, invece, caratterizzato una fase del pensiero giuridico positivista che volge al termine.

Da ciò deriva anche lo sconcerto emotivo causato dalla sentenza *Taricco* e le pulsioni nazionaliste che essa suscita; dalla pretesa di «sradicare» una norma nazionale dal proprio ambito ordinamentale nazionale e di collocarla, ai fini del giudizio di compatibilità con i diritti fondamentali, nell'ambito del sistema europeo di tutela, da un lato; dalla contrastante pretesa che essa, invece, rimanga radicata, a tali fini, nel proprio ambiente giuridico nazionale, senza alcuna considerazione del ruolo strutturale che essa svolge nell'ordinamento europeo, dall'altro lato. Rispetto a questo fenomeno, che simboleggia le vicende transordinamentali del diritto contemporaneo, il puro e semplice ritorno al principio della nazionalità del diritto e, quindi, alla classica dottrina dei controlimiti, appare però altrettanto inadeguato e semplicista. Cosa accadrebbe in Europa se ciascuna Corte costituzionale pretendesse di applicare il proprio parametro di compatibilità con i diritti fondamentali a qualsiasi norma nazionale che attui il diritto europeo o che, variamente, interferisca con la sua applicazione?

Il compito di riequilibrare lo squilibrio derivante dalla imperfetta corrispondenza, fra la ripartizione delle competenze materiali fra Stati e Unione, e la determinazione dell'ambito di applicazione dei rispettivi sistemi di tutela dei diritti fondamentali, spetta quindi alla nuova scienza dell'integrazione dei sistemi giuridici. Ad essa, la sentenza della Corte costituzionale attesa nel caso *Taricco* potrà dare il proprio contributo.



MASSIMO LUCIANI

IL BRUSCO RISVEGLIO.  
I CONTROLIMITI E LA FINE MANCATA  
DELLA STORIA COSTITUZIONALE\*

SOMMARIO: 1. L'illusione della fine della storia costituzionale. – 2. L'ingombro dei controlimiti. – 3. Perché i controlimiti. – 4. Una falsa risposta: gli artt. 4.2 e 6.3 del TUE. – 5. E ora? *Taricco* e oltre.

1. *L'illusione della fine della storia costituzionale*

A non pochi studiosi che diffondono le loro idee a mezzo della lingua inglese e sanno far uso di formule eleganti e suggestive è dato in sorte conoscere uno smisurato successo nel dibattito scientifico internazionale. Non importa che quelle formule siano generiche o addirittura insignificanti: quel che conta è che si presentino con l'apparenza della scoperta originale, che siano facilmente memorizzabili e che possano prestarsi a una molteplicità di letture, tanto da garantire un dibattito *sine fine* sulle abissali profondità di analisi che schiuderebbero. Nello stesso mondo del diritto ne abbiamo vari esempi (per tutte penso, a costo di urtare qualche suscettibilità o di fare scandalo, a quella dworkiniana della *chain novel*)<sup>1</sup>, ma è fuori dell'ambito degli studi giuridici che, non fosse altro per la vastità dell'uditorio potenziale, si registrano i fenomeni di maggior popolarità *sine causa*. Paradigmatico è il caso dell'idea della fine della storia, che, dopo averla anticipata in un contributo su rivista, Francis Fukuyama espone in *The End of History and the Last Man*<sup>2</sup>. L'idea di fondo è nota: la democrazia liberale costituirebbe il punto di arrivo delle

---

\* Il saggio è destinato al *liber amicorum* per Piero Alberto Capotosti.

<sup>1</sup> R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (Massachusetts), 1985, trad. it. di D'ORAZIO, *Questioni di principio*, Milano, 1990, specie 194 ss.), che non approfondisce la questione della diversa natura delle singole maglie della catena, accontentandosi di dire che «un giudice che “interpreta” la decisione precedente sta effettivamente creando nuovo diritto nel modo che egli reputa migliore» (*ivi*, 182).

<sup>2</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York, 1992, trad. it. *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.

ideologie politiche dell'umanità e, addirittura, la sua forma di governo (o di Stato?) «definitiva». Non è il caso di tornarci, visto che ha attirato anche troppa attenzione, nonostante gli argomenti a suo sostegno (peraltro inframmezzati da considerazioni non banali su alcune questioni fondamentali della teoria politica) venissero da un incrocio a dir poco disinvoltato tra filosofia hegeliana della storia, dottrine antropologiche, indimostriati assunti psicologici, etc.<sup>3</sup>.

Fortunatamente, simili tesi non hanno fatto breccia nel mondo degli studi giuridici. Nondimeno, sebbene della storia costituzionale non si postulino esplicitamente una fine, ne traspare quanto meno una concezione monodirezionale nella diffusa opinione che: *a*) l'orizzonte dello Stato costituzionale di diritto sarebbe quello «ultimo»; *b*) tale forma politica sarebbe pacificamente assisa sull'accettata indiscutibilità di alcuni postulati d'ordine normativo (primo fra tutti, l'intangibilità e non negoziabilità della dignità umana); *c*) il processo di costante e graduale integrazione fra ordinamenti (statali, sovranazionali, internazionale) sarebbe irresistibile; *d*) in questo processo il ruolo più rilevante sarebbe giuocato dalle giurisdizioni, il cui «dialogo» garantirebbe gli equilibri istituzionali e assicurerebbe adeguata protezione ai diritti attraverso la loro tutela «multilivello».

Per come concepito dalla corrente (forse)<sup>4</sup> *mainstream* e comunque egemone, va detto, quello costituzionale appare come un ben singolare tipo di Stato, nel quale tutti gli elementi caratterizzanti dello Stato come forma politica moderna risulterebbero interamente trasformati. Così, il *territorio* non costituirebbe più un dominio riservato sul quale esercitare lo *ius excludendi* (visto che non è mancato chi ha teorizzato un illimitabile diritto umano all'immigrazione e all'accoglienza, almeno in capo all'evanescente categoria dei «migranti per necessità»)<sup>5</sup>, ma nemmeno la sfera del monopolio dell'uso legittimo della forza (visto che lo si dichiara permeabile a interventi militari esterni, anche unilaterali, specie se di tipo

<sup>3</sup> Rivelatore, fra gli altri, l'evidente imbarazzo nella scelta se definire «naturale» o «culturale» l'aspirazione dell'uomo al riconoscimento di se stesso, in quanto uomo, da parte degli altri uomini (F. FUKUYAMA, *La fine della Storia*, cit., spec. 169 s.).

<sup>4</sup> Per essere certi che lo sia si dovrebbe procedere a un impossibile inventario di tutta la produzione costituzionalistica mondiale. Si ha, poi, la sensazione che in Italia vi siano segnali non trascurabili di reazione. Sembra più prudente, allora, parlare di un indirizzo egemone (che ha dalla sua l'atteggiamento di molte Corti e quello dei mezzi di informazione).

<sup>5</sup> E. BETTINELLI, *Il clandestino: persona senza status?*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 143 s. Colpisce, in questo scritto, l'alto senso morale che lo anima. Ma, al di là dei problemi giuridici evidenziati nel testo, v'è da chiedersi se la massimizzazione di certi imperativi morali non possa comportare il travolgimento di altre esigenze parimenti meritevoli sul medesimo piano della morale. Chi, con un minimo di realismo, si soffermasse a esaminare le conseguenze pratiche della posizione qui criticata non potrebbe non ravvisarvi un'eterogenesi dei fini.

«umanitario»)<sup>6</sup>. Il *popolo* cesserebbe d'essere distinguibile dalla *popolazione*, visto che i filosofi politici che hanno pensato di addossare agli Stati uno specifico onere motivazionale nell'ipotesi in cui la loro legislazione negasse la cittadinanza agli stranieri stabilmente residenti sul loro territorio<sup>7</sup> sono stati scavalcati dai giuristi che hanno sostenuto che a quegli stranieri anche i diritti politici (compreso il diritto di voto per le assemblee parlamentari) dovrebbero essere garantiti come autentici diritti fondamentali<sup>8</sup>. La *sovranità*, infine, cesserebbe d'essere imputabile a un solo, più o meno preciso, soggetto storico (lo Stato, il popolo, la nazione), ma si diluirebbe in plurimi livelli di gestione, anche sovranazionali o internazionali, tanto da qualificarsi come «sovranità condivisa»<sup>9</sup>, o cesserebbe d'essere imputabile a chicchessia, configurandosi come astratta «sovranità dei valori»<sup>10</sup>, ovvero dovrebbe addirittura concepirsi (con evidente confusione fra categorie concettualmente distinte quali «autonomia», «diritti» e «sovranità») come «sovranità di ciascuna persona»<sup>11</sup>. In questo

<sup>6</sup> Interventi di questo tipo, per vero, paiono ormai ammessi dal diritto internazionale generale. La loro legittimità, tuttavia, come osserva la più attenta dottrina internazionalistica (v., in particolare, P. PICONE, *La «guerra del Kosovo» e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 343 ss., ora rist. anast. in Id., *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*. *Studi critici di diritto internazionale*, 3<sup>a</sup> ed., Jovene, Napoli, 2013, 323 ss.) dovrebbe essere vagliata, di volta in volta e in concreto, con particolare attenzione. Al di là della loro natura «umanitaria» o meno, poi, gli interventi unilaterali dovrebbero comunque essere condotti nel rispetto di quell'«unilateralismo per così dire “regolato”» di cui parla lo stesso P. PICONE, *L'insostenibile leggerezza dell'art. 51 della Carta dell'ONU*, in *Riv. dir. int.*, 2016, 29.

<sup>7</sup> P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze University Press, Firenze, 2014, spec. 293.

<sup>8</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2, 21. È interessante notare che l'argomentazione (peraltro, come sempre, raffinata, di questo A. muove (come subito dopo si dice nel testo) dalla crisi della sovranità, che sarebbe inesorabilmente attratta verso l'alto e finirebbe per configurarsi come «sovranità condivisa». Così stando le cose, si dice, «dal momento [...] che la sovranità è, almeno in parte, trasmigrata altrove, diventa assai arduo trattenere esclusivamente in capo ai cittadini il riconoscimento dei diritti di cui ora si discorre» (*ivi*, 18). A fronte di questi rilievi, però, sarebbe giusto chiedersi: *a*) perché, allora, non si chieda l'estensione della sovranità popolare anche ai nuovi campi in cui atti di sovranità possono essere compiuti; *b*) perché non si provi a identificare *démoi* modulari, di composizione diversa a seconda delle *issues* da decidere (è una delle proposte di Patricia Mindus nel libro che si è citato alla nt. 7). Forse la palese impraticabilità di queste strade ha indotto a seguire quella indicata nel testo, che però non è consequenziale alla premessa.

<sup>9</sup> A. RUGGERI, *Note introduttive*, loc. cit.

<sup>10</sup> G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, 9 ss.

<sup>11</sup> Questa singolare affermazione si trova in S. SENESE, *Corte costituzionale e sovranità*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 1, 56. Tale affermazione non può essere confusa con quella che, mettendo in luce il rapporto fra diritti di libertà e potere dei cittadini, ha notato che in Costituzione «La suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei



modo il rapporto fra lo Stato costituzionale di diritto e lo Stato di diritto viene interamente reciso. E questo, a mio avviso, è un errore (teorico).

Come ho osservato in altra occasione<sup>12</sup>, lo Stato costituzionale di diritto non nasce *ex abrupto*, assidendosi sulle ceneri ancora calde dello Stato di diritto, né di questo si pone come il naturale sviluppo<sup>13</sup>: se così fosse stato, un problema di rapporto tra legalità legale e legalità costituzionale non si sarebbe affatto posto, perché la legalità costituzionale avrebbe esaurito e assorbito in sé la legalità legale e – anzi – tra le due non sarebbe stato nemmeno possibile distinguere. La storia, però, ha voluto diversamente e legalità costituzionale e legalità legale hanno dovuto trovare un modo per convivere. Ma la convivenza non è cosa semplice<sup>14</sup>, come dimostra il fatto che, da noi e in molti altri ordinamenti, alle due legalità presidiano due custodi diversi (la Corte costituzionale e quella di cassazione) e che l'indiscussa prevalenza del principio di legalità costituzionale non rende per ciò solo agevole la riduzione dell'ordinamento a coerenza (a che altro servono, specularmente, la dottrina del diritto vivente e quella dell'interpretazione conforme a Costituzione?)<sup>15</sup>, né la composizione di eventuali conflitti<sup>16</sup>. In definitiva: sebbene il passaggio

---

quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico» (V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Cedam, Padova, 1955, ora in *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, 122, ma linee di analisi non dissimili si trovano, pur con variazioni significative, in molti studiosi: cfr., ad es., C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, rist., 10; N. BOBBIO, *Democrazia*, in *Alla ricerca della politica. Voci per un dizionario*, a cura di A. d'Orsi, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, 7; P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Cedam, Padova, 1972, spec. 1964 ss.; R[ubens] ESPOSITO, *Contributo alla identificazione giuridica del popolo*, Nocchioli, Firenze, 1984, 133; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, Padova, 2003, spec. 119 ss.). In tutti questi autori, infatti, la sovranità popolare è – sì – intesa pluralisticamente, nella consapevolezza della natura articolata del popolo, ma non frammentata in molteplici e irrelate sovranità individuali.

<sup>12</sup> Non avendo ragione di discostarmene, riprendo qui, in parte alla lettera, l'opinione sostenuta in M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 463 s.

<sup>13</sup> È questa, invece, l'opinione comune. V., ad es., E. CHELI, *Lo «Stato costituzionale», forma dell'ordinamento italiano*, in *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna, 2012, 49.

<sup>14</sup> La stessa Corte costituzionale, talora, dà atto dell'esistenza di questa duplice legalità: cfr., in particolare, le sentt. nn. 379 del 1996 e 206 del 2004.

<sup>15</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *Foro amm.*, suppl. al n. 7-8/07, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, 87 ss.

<sup>16</sup> Anche su questa delicata questione devo, per semplicità, rinviare ad un mio scritto: *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, 501 ss., dal quale sono tratte anche le considerazioni accennate nel testo.

allo Stato costituzionale di diritto non sia avvenuto senza soluzione di continuità<sup>17</sup>, la cesura con lo Stato di diritto non ha determinato una frattura così profonda da costringere a elaborare costruzioni teoriche e pratiche giurisprudenziali totalmente diverse da quelle maturatesi nel suo contesto. L'opinione qui criticata, invece, postula la fine di plurime categorie del diritto costituzionale e sgancia la presente fase storica da un passato senza il quale è impossibile comprenderla, proiettandola in un futuro del quale – ovviamente – non c'è alcuna prova.

È seriamente da dubitare, poi, che il processo immaginato da quell'opinione sia davvero così irresistibile come si dice. Certo, lo spazio apparentemente «liscio»<sup>18</sup> creato dalla globalizzazione parrebbe giustificare non solo il convincimento della crisi dello *ius publicum europaeum*<sup>19</sup>, ma anche quello dello sganciamento del costituzionalismo contemporaneo dalla sua stessa matrice storica (moderna), plasmata soprattutto da due elementi: assunzione da parte delle comunità politiche di una precisa forma istituzionale (lo Stato); riconoscimento ai componenti la comunità del potere di essere padroni del proprio destino (la sovranità). Eppure, fermo restando che una *krisis* nella vicenda storica dello Stato e della sovranità si è manifestata, negli ultimi decenni, in modo innegabile<sup>20</sup>, il *de profundis* per l'uno e per l'altra suona alquanto prematuro. Per ciò che concerne lo Stato, anche a uno sguardo superficiale si avverte bene che, ad esempio, gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea<sup>21</sup>: sono tuttora i «signori dei Trattati»; definiscono in notevole misura tempi e ruoli della normazione europea; gettano i loro interessi sul campo delle relazioni interne all'Unione, orientandole proprio in ragione del peso economico-politico di quegli interessi (sarebbe sorprendente che non lo si intendesse nemmeno dopo l'ultimo lustro – abbondante – di vicende europee). In realtà, come dovrebbe essere ormai chiaro, sono gli stessi Stati (meglio: i loro Governi) che hanno interesse ad alimentare la credenza nella fine della loro sovranità, per scaricare altrove la responsabilità politica delle scelte che compiono. Il che non significa, ovviamente,

<sup>17</sup> Per un (sintetico) elenco dei più significativi punti di discontinuità, rinvio ancora al mio *Garanzie*, cit., 461 ss.

<sup>18</sup> La formula è di C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Il Mulino, Bologna, 2001, 55.

<sup>19</sup> Come si sa, Carl Schmitt l'aveva antevoluta con impressionante lucidità in C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Berlin, Duncker & Humblot, 4ª ed. 1997 (1ª ed. 1950), spec. 285 ss.

<sup>20</sup> Sulla sovranità si possono vedere le posizioni, tanto simpatetiche nell'analisi quanto distanti negli esiti, di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. e M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, *ivi*, 1996, 124 ss.

che il loro agire sia libero e incondizionato: non lo è mai stato e il margine di libertà diminuisce in un mondo interconnesso. Ma una cosa è postulare condizionamenti di fatto dipendenti dalla materialità dei rapporti di forza o dall'immaterialità dei rapporti di egemonia (condizionamenti che sono pienamente compatibili con il sistema dello *ius publicum europaeum*), altra cosa è derivare da tali condizionamenti di fatto inopinate conseguenze in termini di ricostruzione degli istituti giuridici.

## 2. *L'ingombro dei controlimiti*

In un contesto analitico come quello oggi egemone, è chiaro, la dommatica dei controlimiti costituisce un fastidioso ingombro. Non a caso si è sempre detto ch'essi erano fatti più per essere minacciati che impiegati; che il loro valore era poco più che simbolico; che postularli non avrebbe minimamente inciso sull'oggettività di un inarrestabile processo storico. Le ultime vicende, specialmente italiane e tedesche, mostrano quanto assunti di questo genere fossero ingiustificatamente ottimisti: i controlimiti non solo hanno una compiuta sostanza normativa e politica, ma sono stati utilizzati e potrebbero esserlo nuovamente e con ancor maggiore efficacia se sol lo si volesse<sup>22</sup>.

Il momento per un cambio d'indirizzo sarebbe propizio. Solo un giurista chiuso nelle quattro mura del suo studiolo potrebbe non intendere che il «successo» attuale dei controlimiti si lega inestricabilmente alle gravi difficoltà del processo di integrazione europea e al diffuso malcontento non già per l'idea stessa di Europa, ma per il mancato scioglimento dei molti nodi politici che la (pur a suo tempo meritevole) politica dei «piccoli passi» ha annodato<sup>23</sup>. Solo il più inguaribile degli euro-otti-

---

<sup>21</sup> La stessa dinamica autoriproduttiva del diritto europeo, che la Corte di giustizia sembra asseverare con la sua giurisprudenza, non può far confondere la condizione dell'ordinamento eurounitario con quella di un ordinamento statale e far postulare la sua raggiunta indipendenza e autonomia dagli Stati membri: è infatti «inconcepibile l'idea che da esso si sviluppasse un processo di autoaffermazione che tenda ad affrancarlo dall'ordinamento interno», così E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 89).

<sup>22</sup> Il Presidente della Corte costituzionale, di recente, ha giustamente dichiarato «improponibile qualsiasi primato ideologico di questo o quel sistema ordinamentale», ma, non meno giustamente, ha ammonito a che il ripensamento concettuale cui deve procedere chi non vive più in una dimensione ordinamentale isolata sia operato «salvaguardando, al più possibile, la specificità» (P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, 3, cors. nell'orig.).

<sup>23</sup> Che il colpo più rumoroso sia stato battuto dalla Corte costituzionale (con la sent. n. 238 del 2014) nel dominio dei rapporti internazionali non toglie che sia proprio sul terreno

misti potrebbe non avvedersi che siamo di fronte a una costruzione sbilenca. Nessuno ha ancora risposto all'interrogativo su come possa reggere un sistema con moneta unica e debiti plurimi. Nessuno ha mai spiegato come possa darsi uno spazio senza frontiere quando la sicurezza nazionale è riservata agli Stati (art. 4.2 TUE) e ci sono forze armate e sistemi di *intelligence* separati (la recente catastrofe della sicurezza pubblica belga, se qualcuno si fosse distratto, sta lì a ricordarcelo). Nessuno ha ben compreso quanto sia inaccettabile il prezzo che in termini di certezza del diritto si paga alla continua in-decisione sulle fonti di tutela dei diritti. Personalmente, penso che da questo ginepraio si possa venir fuori meglio in avanti (con una forte iniziativa politica che ridia sangue all'idea di Europa) che all'indietro (con una progressiva chiusura degli Stati membri), ma è ben ora di uscire dall'equivoco di una situazione in cui gli interessi egoistici degli Stati (di quelli più forti, ovviamente) sono spacciati per interesse generale. Da questo punto di vista, trovo illuminante l'evoluzione della posizione tedesca sul debito pubblico. Nell'art. 135 del *Grundgesetz*, nel 1969, viene inserita la c.d. clausola d'oro, e cioè il principio della neutralizzazione delle spese d'investimento ai fini del computo del debito. Per quarant'anni le cose restano così, sin quando nel 2009 si abroga l'ultimo periodo dell'art. 135, par. 3, finendo per computare nel debito anche quelle spese. A fare questa operazione, che poi pretenderà di estendere a tutta l'Europa, è un Paese che aveva vissuto la riunificazione, si era pesantemente infrastrutturato, aveva recuperato il ritardo dei *Länder* dell'Est. È evidente che trasferire, oggi, questo regime ai Paesi che di infrastrutturazione hanno ancora bisogno (Italia *in primis*) determina conseguenze molto gravi e cagiona palesi svantaggi competitivi. Che in questa temperie i controlimiti vivano una stagione fortunata non è, davvero, sorprendente.

I controlimiti, si badi, se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario.

### 3. *Perché i controlimiti*

Se è nella contingenza storica degli ultimi anni che si possono trovare i motivi dell'attuale fortuna dei controlimiti e se la loro funzione più

---

dell'integrazione europea che la questione dei controlimiti si sta ponendo con la maggiore urgenza.

immediata è quella di essere un usbergo della statualità<sup>24</sup>, le ragioni profonde di questo istituto stanno altrove. E stanno, molto semplicemente, nel principio democratico. Il punto è limpidamente chiarito dalla Costituzione repubblicana. Si noti che l'art. 11 stabilisce che è l'Italia, non lo Stato, che «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Poiché l'art. 1 riserva la sovranità al popolo, consentire allo Stato di disporre le limitazioni avrebbe significato contraddire lo stesso *incipit* della Costituzione. Non bisogna equivocare: se è l'Italia (e quindi l'Italia in quanto Repubblica, come recita sempre l'art. 1) e non il popolo che può acconsentire a limitazioni di sovranità lo si deve semplicemente al fatto che questo non ha soggettività internazionale, ma ciò che conta è che quel che si sta limitando è sempre la sua sovranità. I controlimiti, allora, non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare. Essa, dunque: *a*) può essere limitata, ma non ceduta; *b*) poiché deve essere esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione» (art. 1), sempre e solo in quelle forme e in quei limiti può essere – logicamente – limitata<sup>25</sup>. Se, dunque, la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. «apertura internazionalista» della Repubblica. Di qui il consenso che deve essere manifestato nei confronti della sent. Corte cost. n. 238 del 2014 nella parte in cui, ponendo fine ad alcune incertezze alimentate dalla dottrina, chiarisce che i principi supremi della Costituzione che fungono da limiti alla revisione non sono diversi da quelli che restano invalicabili per le fonti sovranazionali e per quelle internazionali<sup>26</sup>. E consenso va manifestato anche all'uso del termine «controlimite», che così ha ormai finito per essere accolto nella giurisprudenza costituzionale. Termine assai felice, che si distingue significativamente dall'originaria formula (evocativa d'una inesistente simmetria) delle «controlimita-

<sup>24</sup> Lo si osservava in M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 1, 89.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 1, 60, radica i controlimiti non nel combinato disposto degli artt. 11 (anzitutto) e 1 Cost., ma solo nel secondo comma dell'art. 1, che assoggetta la sovranità popolare al rispetto dei limiti e delle forme della Costituzione. Potrebbe non essere una differenza di poco conto, qualora implicasse una sottovalutazione del riconoscimento del proprio fondamento democratico da parte della Costituzione. Inoltre la differenza fra potere costituente e potere costituito va mantenuta: è vero che entrambi sono limitati, ma il limite del secondo è giuridico; il limite del primo è (solo) storico (nel senso che nessuna decisione costituente ha la prospettiva di legittimarsi se va contro il momento storico in cui è assunta).

<sup>26</sup> Il consenso su questo punto, ovviamente, non comporta adesione anche al resto della pronuncia. Essa, anzi, a mio avviso, merita anche alcune considerazioni critiche: M. LUCIANI, *I controlimiti*, cit., 84 ss.

zioni alle limitazioni di sovranità» inizialmente proposta da Paolo Barile<sup>27</sup>: le «limitazioni», infatti, sono dinamicamente modulabili da chi le accetta; il «limite» sta lì nella sua oggettività e non può essere rimosso nemmeno da chi se ne giova (salvo, ovviamente, l'esercizio del potere costituente).

Ricondotta nell'alveo che le è proprio, la questione dei controllimiti si presenta nella sua luce corretta: non una (per taluno odiosa e retriva) resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo, di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l'intera comunità politica. In questa prospettiva assume nuovo vigore anche la classica questione del *deficit* democratico delle istituzioni eurolitarie, che pel solo fatto d'essere risalente alcuni vorrebbero cancellata – diciamo così – per stanchezza. Si tratta ancora, invece, di una questione di primaria importanza anche e soprattutto in campo penale (dove le esigenze di una legittimazione democratica della scelta di criminalizzazione si fanno sentire con particolare robustezza)<sup>28</sup>, la cui mancata soluzione determina conseguenze gravissime, che non possono essere liquidate invocando il nuovo che incalza, prendendosela con i «ferrigni 'realisti'»<sup>29</sup> o accusando di passatismo o «sovranismo» chi – semplicemente – intende dare un senso

<sup>27</sup> P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2417.

<sup>28</sup> Proprio in materia penale ne danno opportunamente conto G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, *Principio di legalità e diritto penale* (a cura di M. Sbriccoli), Giuffrè, Milano, 2007, t. II, 1250 (per l'ineccepibile osservazione che occorre «dare forte legittimazione politica alle scelte di tutela penale», anche perché «la sanzione penale è una medicina cui ricorrere con molta precauzione») e C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codicisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, spec. 537 e 544 ss. Il collegamento fra riserva di legge (penale) e democrazia è trascurato nella più diffusa impostazione internazionalistica, secondo la quale «la riserva di legge di cui all'art. 25, 2° comma, Cost. non assume la funzione di contro-limite che precluda la rilevanza nell'ordinamento italiano di fattispecie penali configurate in diritti estranei» (F. SALERNO, *Il limite – non il contro-limite – della riserva di legge sull'attuazione diretta della norma internazionale «generalmente riconosciuta» in materia penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, vol. IV, ES, Napoli, 2014, 2887).

Ovviamente, l'intervento delle istituzioni nazionali non è di per sé garanzia di democraticità (si pensi all'abuso del decreto legge o della questione di fiducia), che non si dà senza un procedimento legislativo adeguatamente aperto e condiviso (l'osserva opportunamente ancora C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, spec. 194).

<sup>29</sup> G. SILVESTRI, *Valori, illusioni e finzioni*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano, 2015, 43 (il saggio, in realtà, è un capitolo di *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009).

alla titolarità popolare della sovranità: la vera linfa di ogni possibile, futura, Europa politica<sup>30</sup>.

#### 4. *Una falsa risposta: gli artt. 4.2 e 6.3 del TUE*

A uno sguardo davvero superficiale, la questione dei controlimiti potrebbe dirsi risolta in ragione degli artt. 4.2 e 6.3 del Trattato sull'Unione europea, che avrebbero incorporato i controlimiti nel diritto eurounitario, trasformandoli da *controlimiti* esterni in semplici *limiti* interni (all'ordinamento dell'Unione). Basta andare appena sotto la superficie, però, per avvedersi che non è così.

Com'è noto, l'art. 4.2 del TUE stabilisce che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale [...]», mentre ai sensi dell'art. 6.3 «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Ora, è evidente che l'art. 6.3 serve a poco: se è vero che ciascuno Stato può partecipare alla costruzione delle tradizioni costituzionali comuni, non è meno vero che per i profili che non riesce a rendere comuni non trova nel Trattato alcuna copertura, quand'anche fossero in giuoco principi supremi, determinativi la sua identità. Trattandosi d'identità, allora, parrebbe più conferente l'art. 4.2, sul quale – del resto – si sono non a caso concentrate, per il profilo che qui interessa, le attenzioni della dottrina<sup>31</sup>. In effetti è così, ma l'essere pertinente non significa essere soddisfacente, anzi.

A mio avviso, l'art. 4.2 del TUE si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa. L'europeizzazione dei controlimiti, però, non comporterebbe una loro semplice neutralizzazione, ma un autentico snaturamento: l'ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto, infatti, pretenderebbe d'esserne

---

<sup>30</sup> Solo plurimi atti di esercizio della sovranità popolare (ovviamente anche nella forma di atti della rappresentanza politica, non di «diretti» pronunciamenti degli elettori), ormai è chiaro, consentiranno – se si avrà la saggezza di capire la loro indispensabilità – di condurre alla meta da cui burocrati ed economisti dogmatici ci hanno sempre più allontanato.

<sup>31</sup> V., ad es., P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 173 s.

il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*. Delle due, allora, l'una. O l'art. 4.2, così inteso<sup>32</sup>, deve ritenersi a sua volta illegittimo per contrasto con i principi supremi (se si vuole, con il metaprincipio supremo che vuole intangibili i principi supremi), oppure si cerca di darne un'interpretazione costituzionalmente orientata. In questa seconda prospettiva, la sola lettura armonizzante sarebbe questa: che l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è *solo* quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la *sua* Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è «*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*»: essendo «insita» in quella «struttura», infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata.

Da questo punto di vista, peraltro, v'è ancora molta strada da fare sul piano della ricostruzione scientifica. Si sa che l'attenzione della dottrina è costantemente rivolta alla garanzia *giurisdizionale* del rispetto dei controlimiti. È evidente, invece, che l'opposizione dei controlimiti può spettare (sempre secondo le regole costituzionali di ciascun ordinamento, ribadisco) anche a organi diversi (*in primis* al capo dello Stato, ma anche al Parlamento e allo stesso Governo)<sup>33</sup>. Anzi, se è vero quanto qui si sostiene, e cioè che i controlimiti sono intimamente connessi al principio democratico, l'intervento di organi «politici» avrebbe il vantaggio di non determinare il paradosso che la democrazia sia tutelata da istituzioni aristocratiche quali sono le Corti costituzionali<sup>34</sup>. Anche la stessa possibilità che i controlimiti siano fatti valere sempre in via giurisdizionale, sì, ma dal giudice comune e non da quello costituzionale, del resto, è stata poco sondata in dottrina. Come è noto, in giurisprudenza, la questione è stata affrontata, nel 2005, da un'importante pronuncia del Consiglio di Stato. Essa era stata preceduta da una sentenza additiva della Corte costituzionale, che aveva «manipolato» un testo di legge allo scopo di proteggere un diritto fondamentale (nella specie: la salute). Il diritto nazionale frutto della «manipolazione», dunque, risultava dotato di una copertura costituzionale specifica e per questo il giudice amministrativo di ultima istanza ritenne non solo di non *dovere*, ma di non *potere* sollevare alcuna

<sup>32</sup> Ovviamente, in prospettiva italiana, ad essere sindacabile sarebbe la legge di esecuzione del TUE nella parte in cui consente l'immissione nel nostro ordinamento di un art. 4.2 così interpretato.

<sup>33</sup> Specifica attenzione alla prassi presidenziale si trova, da ultimo, in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 115 ss.

<sup>34</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)*, in *Lo Stato*, 2014, n. 2, 187 ss.



questione pregiudiziale<sup>35</sup>. Fra i costituzionalisti questa decisione ha raccolto anche (giusti) apprezzamenti<sup>36</sup>, mentre fra i cultori del diritto europeo ha incassato critiche pressoché unanimi. Critiche comprensibili, invero, solo se si abbandona la (invece doverosa) prospettiva dei controlli-miti e si costruisce come inderogabilmente rigida l'imposizione al giudice nazionale di ultima istanza dell'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale. Forse non a caso, una recentissima sentenza della Corte di giustizia ha inteso ribadirlo con particolare intensità proprio con riferimento al nostro Consiglio di Stato (nella delicata materia del rapporto fra Adunanza Plenaria e Sezioni semplici)<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cons. Stato, sez. V, dec. n. 4207 del 2005: «Il Collegio deve osservare che secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia l'obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile. A partire dalla nota sentenza 6 ottobre 1982 in C. 283/81 (Cilfit) si è ammesso che l'obbligo di rinvio venga meno quando l'applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Alla detta a statuizione, conosciuta ormai come teoria dell'atto chiaro, ha fatto seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. civ. sez. lav. 25 ottobre 2002 n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000 n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav., 1 febbraio 2000 n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999 n. 4564; 9 giugno 1998 n. 5673) e del Consiglio di Stato (sez. VI, 20 ottobre 2004 n. 6884; sez. IV, 19 giugno 2003 n. 3475; 31 maggio 2003 n. 3047; sez. VI, 4 ottobre 2002 n. 5255; 1 aprile 2000 n. 1885; sez. V, 23 aprile 1998 n. 478) l'enucleazione di ulteriori casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa. Più precisamente si è affermato che «*i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite)...*» (sez. VI, n. 6884/2004, cit.).»

<sup>36</sup> V., in particolare, A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come «controlli-miti» alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)*, in Id., «*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, *Studi dell'anno 2005*, Giappichelli, Torino, 2006, ove (pur criticando l'andamento motivazionale della pronuncia) si mettono in luce il suo «solido aggancio» ai «valori di base dell'ordinamento costituzionale» (p. 398) e il riconoscimento, *ivi* compiuto, della «funzione servente di un diritto fondamentale» esercitata dalla precedente sentenza della Corte costituzionale (p. 397).

<sup>37</sup> Corte di giustizia, Grande sez., 5 aprile 2016, *PFE*. La Corte ha affrontato il seguente quesito: «se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o della validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» (punto 31).

La risposta è stata la seguente: *a*) «l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla vali-

## 5. *E ora? Taricco e oltre*

Non viviamo in un mondo costituzionale pacificato. I tentativi di neutralizzazione delle contraddizioni che sono compiuti fuori del contesto di una strategia politica di ripensamento dell'integrazione sovranazionale e internazionale sono goffi e destinati al fallimento. L'ipotesi che un problema politico di primaria importanza come quello che è posto dalla difettosa integrazione raggiunta in Europa possa essere risolto dal «dialogo fra le Corti» è ingenua (ha ragione chi ritiene che quel che viene comunemente chiamato «dialogo» sovente non sia altro che una reciproca *actio finium regundorum* fra le varie Corti)<sup>38</sup> se non preoccupante (quando ai giudici si chiedono mediazioni sostanzialmente politiche o – come di recente si è fatto – s'immagina ch'essi possano addirittura «strutturare» o «conformare» un ordine costituzionale non si fa un favore ai giudici e non si fa un favore alla democrazia)<sup>39</sup>. Fin quando si daranno popoli europei, a ciascuno di loro spetterà la sovranità e la questione dei controlimiti resterà aperta (oltre che entro i singoli ordinamenti costituzionali e nel rapporto fra questi e l'ordinamento internazionale) anche

---

dità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale» (punto 36); b) «l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o alorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione» (punto 42).

Risposta di dubbia correttezza, a mio parere, perché la logica del processo amministrativo italiano è quella della valorizzazione dell'Adunanza Plenaria per rapporto alle Sezioni semplici, in funzione nomofilattica e di certezza. Prima di arrivare alla conclusione che ha raggiunto, dunque, la Corte di giustizia avrebbe dovuto dimostrare che la Sezione semplice era da qualificare comunque come giudice di ultima istanza nello specifico assetto processuale disegnato dall'art. 99 cod. proc. amm. E non l'ha fatto.

<sup>38</sup> R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, 13. Talvolta, poi, il dialogo resta davvero in secondo piano: l'esempio della sent. Corte cost., n. 238 del 2014, è illuminante, visto che il dialogo con la Corte internazionale di giustizia ch'essa ha lasciato aperto potrebbe dirsi, tutt'al più, «tenue» (così F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quad. cost.*, 2015, 52; intravede segni più marcati di dialogo, invece, F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in *Federalismi*, Focus Fonti, 29 febbraio 2016, 7).

<sup>39</sup> La tesi cui si accenna è stata sostenuta da L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in corso di pubblicazione, 11 del dattiloscritto). Nel medesimo scritto, peraltro, l'À. si discosta dall'indirizzo egemone quando, opportunamente, solleva dubbi sul criterio della «massimizzazione della tutela» dei diritti fondamentali (*ivi*, 14).

sul terreno del sistema sovranazionale europeo e del sistema europeo della Convenzione.

Ora, all'ordine del giorno sta il caso *Taricco*, portato all'attenzione della nostra Corte costituzionale da due ordinanze di rimessione (la seconda, invero, *in fieri* e nota solo perché anticipata da un comunicato stampa) della Corte di Appello di Milano<sup>40</sup> e della Corte di cassazione<sup>41</sup>. Già sono arrivati inviti alla Corte costituzionale a essere prudente, a confermare la sua propensione «a raffreddare la temperatura dei conflitti»<sup>42</sup>, a trovare una soluzione di compromesso che non apra una «guerra» fra le Corti. Come accennerò più avanti, una contrapposizione alla Corte di giustizia non aprirebbe alcuna guerra, ma al di là di questo non trovo convincenti le sollecitazioni a una pura e semplice neutralizzazione del conflitto, talvolta così preoccupate di garantire un *appeasement* da suggerire alla Corte soluzioni fondate su premesse dommatiche addirittura opposte<sup>43</sup>. In particolare, per quanto sia stato autorevolmente sostenuto, non sembra plausibile affermare che un problema di controlimiti in parte non si porrebbe, perché (come poi vedremo) almeno per una delle fattispecie descritte dalla sentenza, i criteri sulla base dei quali, ai sensi della *Taricco*, il giudice nazionale dovrebbe decidere se disapplicare o no il diritto interno sono così vaghi che la stessa sentenza sarebbe inoperativa<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> App. Milano, sez. II pen., ord. 18 settembre 2015.

<sup>41</sup> Sez. II pen., ud. 30 marzo 2016, all'esito della quale è stata diramata una «Notizia di decisione» con la quale si comunica che la «soluzione adottata» è il promovimento di una questione di costituzionalità relativa «All'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, 8.9.2015, causa C-105/14, *Taricco* – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli art. 160, comma 3, e 161, comma 2 cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorché ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.».

<sup>42</sup> Rilevata, ad es., da P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 179.

<sup>43</sup> È quanto accade – a me sembra – a P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile impriscribibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 14 s., in cui si sostiene che la linea della Corte di giustizia nel caso *Taricco* potrebbe essere avallata anche sul piano nazionale, alternativamente, perché: *a*) il nucleo essenziale del principio *nullum crimen* «non sembra riguardare il “tempo dell'oblio”, il quale può successivamente cambiare senza che l'imputato possa lamentare alcuna lesione dei suoi diritti»; *b*) solo il termine di cui all'art. 157 cod. pen. (non quello identificato dagli artt. 160 e 161 in riferimento all'interruzione della prescrizione), «in quanto intimamente legato alla gravità del reato e alla legalità della pena» avrebbe «natura sostanziale».

<sup>44</sup> Così E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6.

La Corte di giustizia ha inteso affermare con forza il principio del primato e quello dell'effetto utile, imponendo al giudice nazionale un'obbligazione alla quale questi non può sottrarsi allegando la (pur palese) vaghezza della pronuncia di Lussemburgo. Certo, si dovrà leggere l'ordinanza della Casazione per capire se, effettivamente, ci siano margini per un compromesso, anche perché essa invocherà parametri ulteriori rispetto all'art. 25 Cost. (già assunto a paradigma dalla Corte di Appello di Milano), quali gli artt. 3, 11, 27, comma 3, e 101, comma 2, Cost., ma il caso *Taricco* è paradigmatico e mette sul campo questioni di primaria importanza non solo per la nostra Costituzione, ma per la nostra civiltà giuridica.

Siamo nel dominio del diritto penale, già pesantemente colpito, di recente, da un discutibilissimo indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, che, consolidatosi nell'arco di trent'anni (dal caso *X e Y c. Olanda* al caso *Cestaro*)<sup>45</sup>, si è mosso in una prospettiva che chiamerei non solo *panpenalistica*, ma *panvittimistica*<sup>46</sup>, e ha preteso di introdurre un principio di obbligatoria criminalizzazione di talune fattispecie di violazione di diritti fondamentali. Come è stato esattamente osservato, quella giurisprudenza, sebbene «animata da un evidente afflato etico»<sup>47</sup>, oltre a non trovare esplicito fondamento nella Convenzione<sup>48</sup>, si scontra con alcuni valori essenziali dello Stato di diritto, in quanto: stravolge la funzione della pena, trasformandola in strumento di riparazione del pre-

---

<sup>45</sup> Sentt. *X e Y c. Olanda*, n. 8978/80, 26 marzo 1985 (ivi la Corte EDU, dopo aver affermato in via generale, al punto 24, che «*Le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution*», così riconoscendo «*la marge d'appréciation des États contractants*», ha tuttavia concluso, nel caso di specie, che «*La Cour estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime* [si trattava di una sedicenne, handicappata mentale, che era stata costretta ad avere rapporti sessuali]. *Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question*»: punto 27); *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11, 7 aprile 2015 (come si ricorderà, si tratta del drammatico caso del G8 di Genova, in ordine al quale si è detto che «la Corte ritiene necessario che l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'articolo 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte»: punto 246).

<sup>46</sup> Condivisibile l'osservazione di B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8, che sovente, perseguendo l'esigenza (pur sacrosanta) di tutela della vittima «ci si dimentica [...] che occorre salvaguardare tutte le persone sottoposte a procedimento penale, ed anche l'imputato».

<sup>47</sup> R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 566.

<sup>48</sup> R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale*, cit., 573.

giudizio subito dalla vittima<sup>49</sup>; conseguentemente, rovescia il principio di colpevolezza, ammettendo che la sanzione sia proporzionata non a questa, ma al tipo di pregiudizio causato<sup>50</sup>; sottrae la decisione sulla pena al circuito democratico<sup>51</sup>.

Quel che è accaduto sul piano del diritto convenzionale si è ripetuto su quello del diritto eurounitario. La sentenza *Taricco*, appunto, costituisce un ulteriore esempio della «penetrazione del diritto europeo *anche* nelle valutazioni politico-criminali»<sup>52</sup>, interferendo pesantemente in un ambito che tradizionalmente si riteneva riservato agli Stati. Dicevo che si tratta di un caso paradigmatico, ma affrontarne le conseguenze nel diritto interno potrebbe essere, per la Corte costituzionale, meno problematico di quanto appaia a prima vista. La *Taricco*, infatti, a mio modesto parere, è una brutta sentenza (brutta, intendo, come una sentenza può esserlo, e cioè in quanto non o mal motivata). Vado per punti, seguendo l'ordine argomentativo della pronuncia, limitandomi all'essenziale e trascurando i pur non secondari profili processuali (meriterebbe attenzione la disinvolta «correzione» dell'ordinanza di promovimento che la Corte, recependo i suggerimenti dell'Avvocato Generale, ha operato)<sup>53</sup> e di diritto sostanziale strettamente eurounitario (appare, a mio avviso, dubbia la ricostruzione degli effetti dell'art. 325 TFUE che la Corte di giustizia propone)<sup>54</sup>.

i) La Corte di giustizia postula che il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario sia quello finanziario. Infatti, «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» (punto 38, ma v. anche punti 39 e 42). Nessun peso è assegnato alla diversa natura degli interessi in giuoco (libertà

<sup>49</sup> R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale*, cit., 592.

<sup>50</sup> R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale*, cit., 597.

<sup>51</sup> R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale*, cit., 607 s.

<sup>52</sup> C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., 535.

<sup>53</sup> V. i punti 50, 65 e 72 s. delle *Conclusioni* dell'Avv. Gen. Kokott e il punto 35 della sentenza.

<sup>54</sup> In particolare quando afferma che «In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente».

personale e riserva di legge penale da un lato; interesse finanziario dell'Unione e – dunque – delle sue istituzioni, Corte di giustizia compresa, dall'altro). La centralità dei diritti della persona, tante volte proclamata a dimostrazione dell'alto livello di protezione raggiunto dal diritto europeo, non la si ravvisa.

*ii)* Sulle orme della Corte EDU, si ribadisce la possibilità che agli Stati si impongano obblighi di criminalizzazione: «Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di [...] tutelare [...] gli interessi finanziari dell'Unione [...] possono [...] essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA» (punto 39). Qui valgono le medesime perplessità evidenziate per la giurisprudenza di Strasburgo.

*iii)* La Corte di giustizia (punti 45 e 46) riconosce che la ragione dell'inefficacia del sistema sanzionatorio italiano potrebbe risiedere in ragioni diverse da quelle indicate dal giudice remittente<sup>55</sup>, ma, «fidandosi» dell'ordinanza di rinvio e senza il minimo accenno di approfondimento istruttorio, l'imputazione è a carico proprio delle norme indicate dal giudice italiano (e cioè dell'art. 160 cod. pen., cui la Corte di giustizia aggiunge l'art. 161, nella parte in cui limitano gli effetti temporali dell'interruzione della prescrizione sul decorso di questa)<sup>56</sup>. In realtà, l'inefficacia potrebbe dipendere da moltissime cose: dalla farraginosità delle (altre!) regole processuali; dall'esiguità del termine prescrizionale; dall'inefficienza degli uffici giurisdizionali o di polizia<sup>57</sup>, etc. La sentenza non offre la minima prova che proprio le norme sospette di contrasto col diritto eurounitario siano le «responsabili». Non solo: la Corte non si preoccupa minimamente dell'efficacia o meno dell'azione amministrativa, ma avrebbe dovuto farlo, visto che se l'amministrazione finanziaria fosse in grado di recuperare tutte le somme evase e di applicare le relative sanzioni pecuniarie la necessità della sanzione penale sarebbe tutta

<sup>55</sup> Paradossalmente, le stesse *Conclusioni* dell'Avv. Gen. Kokott lo riconoscono implicitamente ai punti 125 ss.

<sup>56</sup> È interessante notare che l'ordinanza di rinvio (ord. Trib. Cuneo, 17 gennaio 2014) aveva menzionato l'art. 161 solo nella descrizione della vigente disciplina della prescrizione penale (par. 3), ma ai fini del rinvio aveva considerato il solo art. 160 (par. 18), sulla base della premessa, subito enunciata, che il difetto di repressione dei reati fiscali nel nostro ordinamento era «un esito prevedibile fin da principio, a causa del tenore dell'ultimo comma dell'art. 160 codice penale» (par. 5).

<sup>57</sup> Proprio in riferimento alla grave vicenda del G8 di Genova, ad esempio, si è esattamente osservato che «è inspiegabile la ragione per la quale [...] ci siano voluti undici e dodici anni per arrivare a sentenze definitive» (B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 4).

da dimostrare<sup>58</sup>. Il remittente aveva affermato che la nostra amministrazione finanziaria (punto 24) non ci riesce, ma, a parte la necessità di una verifica istruttoria (che è mancata), la responsabilità dell'inefficacia non avrebbe potuto essere ascritta alle norme amministrative? La scelta del «colpevole» appare arbitraria, non meno di quella compiuta dalla giurisprudenza CEDU allorquando sceglie di sanzionare la mancata penalizzazione di una fattispecie oppure, in alternativa, il mancato esercizio di indagini efficaci e imparziali, anche qui senza indicare il criterio che dovrebbe determinare l'una o l'altra opzione, nel contesto dell'obbligazione dello Stato di «*protéger le droit des personnes relevant de sa juridiction*»<sup>59</sup>.

*iv*) una delle due condizioni<sup>60</sup> che il giudice nazionale deve verificare per poter procedere alla disapplicazione del diritto interno è che «dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegu[a], in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» (punto 47). È evidente l'eccesso di discrezionalità che così viene affidata al giudice nazionale. Se, per quanto riguarda la gravità del fatto, una sua delimitazione si potrebbe intravedere nel collegamento con la disciplina delle aggravanti (nel senso che il mancato riconoscimento dell'aggravante escluderebbe la gravità della frode fiscale)<sup>61</sup>, nessun confine s'incontrerebbe quanto alla definizione della nozione di numerosità dei casi (quando il numero dei casi potrà mai ritenersi «considerevole»? ). Ma, oltre a questo profilo, già segnalato in dottrina, va messo in luce anche quello che la sentenza non chiarisce nemmeno a quali casi si stia riferendo. Si potrebbe trattare, in effetti, di un certo numero di casi rapportati al totale di fattispecie penali scrutinate nell'intero territorio nazionale, oppure al totale dei casi scrutinati dal singolo giudice procedente. Nel primo caso il giudice dovrebbe avere a disposizione statistiche affidabili (ci sono? La Corte se ne è preoccupata?)<sup>62</sup>. Nel secondo, la casualità della disapplicazione sarebbe

---

<sup>58</sup> Analogamente, G. CIVELLO, *La Cassazione rinvia alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 6.

<sup>59</sup> Così, da ultimo, la cit. sent. *Cestaro*, par. 207. Anche questo punto critico della giurisprudenza CEDU è messo in luce da R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale*, cit., spec. 576.

<sup>60</sup> L'altra è «verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana» (punto 48).

<sup>61</sup> È la via imboccata da Cass., sez. IV pen., 25 gennaio - 26 febbraio 2016, n. 7914, *Tormenti*, par. 7.3.

<sup>62</sup> La criticità di questo profilo è opportunamente messa in luce anche da F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8.

totale, perché tutto dipenderebbe dall'accidentale andamento di singoli gruppi di processi.

v) La Corte di giustizia, sprezzantemente, non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale e nega la possibile violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (punto 57). Con buona pace del «dialogo fra le Corti».

vi) Non una parola è spesa sul principio di certezza del diritto: scelta davvero singolare, in una sentenza che ha ad oggetto un istituto come la prescrizione, che proprio alla certezza del diritto è servente.

Come si vede, almeno a mio parere, una pronuncia approssimativa, mal motivata, incoerente e incompleta. Quel che più conta, una pronuncia che, nonostante opposte, pur autorevoli, opinioni contrarie<sup>63</sup>, appare in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordine costituzionale, per ragioni che la dottrina ha già avuto modo di mettere in luce e che qui ci si può anche limitare a rammentare in sintesi estrema: violazione della certezza del diritto in quanto la disapplicazione è affidata a un più che discrezionale apprezzamento, caso per caso, del giudice nazionale<sup>64</sup>; violazione del principio *nullum crimen sine lege*, vista la natura sostanziale della prescrizione penale e la sua funzione garantista<sup>65</sup>; radicale alterazione del bilanciamento fra diritti e interessi costituzionalmente pregevoli, con l'incondizionato predominio dell'interesse finanziario sul diritto di difesa e sul principio dell'affidamento<sup>66</sup>; cancellazione della funzione rieducativa della pena imposta dall'art. 27 Cost. («a distanza di molti anni dalla commissione del reato, infatti, il condannato potrà essere un soggetto del tutto diverso da quello che lo aveva commesso»)<sup>67</sup>; violazione del principio della ragionevole durata del processo, formalizzato dall'art. 111 Cost.<sup>68</sup>, a causa dell'indefinita protrazione della

<sup>63</sup> Per tutti, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., spec. 10 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., *passim*. In giurisprudenza, oltre alla cit. sent. *Tormenti*, la sent. Cass., sez. III pen., 17 settembre 2015 - 20 gennaio 2016, n. 2210, *Pennacchini*.

<sup>64</sup> R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, 8; R. LUGARÀ, *La tutela «multilivello» dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Liberio osserv. del diritto*, 2015, 37; G. CIVELLO, *La Cassazione «rinvia»*, cit., 5.

<sup>65</sup> R. LUGARÀ, *La tutela «multilivello»*, cit., 38.

<sup>66</sup> R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, loc. cit.; G. CIVELLO, *La Cassazione «rinvia»*, cit., 6.

<sup>67</sup> B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 8.

<sup>68</sup> Il fatto che il testo attuale dell'art. 111 Cost. sia quello risultante dalla novellazione apportata dalla l. cost. n. 2 del 1999 potrebbe far dubitare dell'intangibilità del principio (es-



prescrizione<sup>69</sup>. E va aggiunto che il principio di legalità delle pene fissato dall'art. 25 Cost. è in stretto collegamento con il principio della sovranità popolare di cui all'art. 1: ha ragione chi lamenta come le «pretese di una legalità plasmabile da spinte di matrice giurisprudenziale, arrivino a mettere in discussione lo stesso modello di democrazia rappresentativa»<sup>70</sup>. La stessa Corte costituzionale, di recente, ha già asseverato la contrarietà a Costituzione di un regime della sospensione della prescrizione dimostratosi tale da determinare il fenomeno di soggetti «eternamente giudicabili» e ha affermato che «La sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi, altrimenti si modifica la sua natura e si altera profondamente la fattispecie alla quale la sospensione si applica. Una sospensione del corso della prescrizione senza fine determina di fatto l'imprescrittibilità del reato, e questa situazione, in violazione dell'art. 3 Cost., dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli imputati che vengono a trovarsi in uno stato irreversibile di incapacità processuale»<sup>71</sup>. La Corte, ovviamente, non ha discusso di principi supremi, ma non ne aveva bisogno, perché la norma assoggettata al suo controllo (quella di cui all'art. 159, comma 1, cod. pen.) non godeva di alcuna copertura costituzionale. Qui le cose stanno in termini diversi.

A mio avviso, quelli ricordati qui sopra non sono semplici paradigmi costituzionali, ma principi (di civiltà giuridica) che strutturano l'identità del nostro ordinamento. A questo proposito, va precisato che l'identificazione dei principi supremi è meno malagevole e discrezionale di quanto appaia a prima vista. Non si tratta, infatti, di stabilire cosa sia *ontologicamente* principio supremo, ma semplicemente di accertare dove si collochi il *punto di non riconoscibilità* di un ordine costituzionale. Raramente tale punto è identificato con precisione dal diritto positivo (lo si fa, ad es., all'art. 139 Cost. per l'irrivocabilità della forma repubblicana); talvolta è dal diritto positivo solo suggerito (v. il riferimento ai diritti «inviolabili» o la proclamazione che l'Italia «è» una repubblica democratica, sicché se cessa d'essere repubblica democratica cessa anche d'essere «Italia» per come oggi la conosciamo); talaltra è ricavabile solo in ragione di

---

sendo precluso alle leggi costituzionali e di revisione non solo derogare principi supremi in essere, ma anche introdurne di nuovi). In realtà, come la dottrina ha avuto subito modo di rilevare, le statuizioni del novellato art. 111 non fanno altro che esplicitare principi costituzionali del cui positivo riconoscimento non si dubitava.

<sup>69</sup> G. CIVELLO, *La Cassazione «rinvia»*, loc. ult. cit.; implicitamente, B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 9.

<sup>70</sup> C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale*, cit., 183.

<sup>71</sup> Sent. 25 marzo 2015, n. 45.

una specifica indagine storica<sup>72</sup>. Indagine storica, appunto: la questione, per vero, ricorda da vicino il problema, postosi nelle c.d. scienze dure, della riconoscibilità di un oggetto a fronte della progressiva cancellazione o sostituzione di alcuni suoi tratti caratteristici, ma se per l'ottica e per le scienze della mente questa indagine è possibile in via sperimentale e a mezzo di accertamenti individuali, nella scienza giuridica è possibile solo a mezzo di una valutazione storica, forzatamente a maglie larghe<sup>73</sup>, che consideri le radici dell'ordinamento e le ragioni profonde della sua nascita e della sua successiva evoluzione<sup>74</sup>.

Interessa maggiormente, comunque, vedere le prospettive. Preciso subito che «tirare per la giacchetta» la Corte costituzionale non è elegante, ma – come dimostrano gli eccellenti «seminari preventivi» ferraresi – nulla vieta di confrontarsi su questioni sottoposte al suo esame, manifestando preferenza per l'una o per l'altra soluzione. In questo caso, quale sia la soluzione più corretta pare, a me, molto chiaro.

Sinora i controlimiti, azionati nei confronti dei Patti lateranensi e del diritto internazionale, non hanno avuto alcun ruolo nei riguardi (oltre che delle leggi costituzionali) del diritto eurounitario. Al di là di eventuali ostacoli processuali<sup>75</sup>, vi sono tutte le condizioni perché il vento cambi: *a*) siamo a un punto bassissimo del consenso nei confronti del progetto di integrazione europea, che può essere risollevato solo imprimendo una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione, novellamente palesatosi in *Taricco*<sup>76</sup>; *b*) la sentenza violativa dei controlimiti è

<sup>72</sup> Dubito assai, dunque, che il metodo per identificare i principi supremi sia «senz'altro assiomatico» (così, invece, F. SALERNO, *Il limite*, cit., 2865).

<sup>73</sup> La dottrina ne è ben consapevole e non a caso si è riscontrata, nelle sue analisi, una significativa «ampiezza del margine interpretativo in gioco»: P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 45.

<sup>74</sup> È facile prevedere l'obiezione: chi critica la discrezionalità che la Corte di giustizia confida al giudice penale è costretto a riconoscere una discrezionalità ancor più incisiva ai soggetti che sono chiamati a identificare i controlimiti. Si tratterebbe, però, di un'obiezione ingenua, perché è ovvio che quando si attingono gli elementi fondativi di un ordine costituzionale ci si colloca ai confini fra la legittimità e l'effettività, sicché è inevitabile un'indagine d'ordine storico-politico (quasi superfluo il richiamo a nozioni come «ragion di Stato» o «*salus rei publicae*» e alla loro vicenda storica).

<sup>75</sup> Ne elenca alcuni, possibili, ma non per questo necessariamente fondati, 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 *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, spec. 2 ss. In ogni caso, non essendo ancora disponibile il testo dell'ordinanza della Corte di cassazione, non è possibile alcun ragionamento d'ordine processuale sul giudizio incidentale (che sarà) da essa introdotto.

<sup>76</sup> Ribadisco: non si tratta di ostacolare, ma di favorire, il processo di integrazione europea. La questione, una volta di più, è il *sensu* (la direzione, cioè, e il significato profondo) di tale processo: la sentenza *Taricco* si muove interamente in quella prospettiva economico-fi-

talmente discutibile che opporvisi sarebbe semplicemente un atto di civiltà giuridica; *c*) la Corte di giustizia non ha mostrato la minima considerazione per la Corte costituzionale italiana, la quale, non foss'altro per tutelare la propria dignità, potrebbe e dovrebbe reagire<sup>77</sup>; *d*) vera l'interpretazione dell'art. 4.2 del TUE che sopra si è avanzata, la Corte costituzionale non dovrebbe temere di innescare una «guerra» con la Corte di giustizia, per la semplice ragione che anche ai sensi di un diritto europeo rettammente interpretato è *sua* competenza la determinazione dei tratti identitari del nostro ordinamento: chi vorrebbe tenere i controlimiti sempre in soffitta agita lo spauracchio di chissà quali catastrofi, ma una Corte costituzionale autorevole come la nostra non ha motivo di farsene spaventare. Le ragioni della tutela dei diritti della persona e la «ragion di Stato», per una volta, coincidono e, unite, cospirano nel senso della cancellazione della grave anomalia che la sentenza della Corte di giustizia ha determinato.

Del resto, invocare i controlimiti a fronte di una sentenza di Lussemburgo non sarebbe più una novità.

È accaduto nel 2012 alla Corte ceca, ma quel precedente, in realtà, può ritenersi solo limitatamente significativo. Infatti, la complessa questione che determinò la «ribellione» dei giudici di Brno (quella del trattamento pensionistico dei cittadini della *ex* Repubblica cecoslovacca che avessero lavorato sia in quella che sarebbe divenuta la Repubblica ceca che in quella che sarebbe divenuta la Repubblica slovacca), per un verso, era molto interna a un durissimo scontro fra Corte costituzionale, Parlamento, Governo, giudice amministrativo nazionale<sup>78</sup>; per l'altro, riguar-

---

nanzaria che i popoli europei, in maggioranza, trovano sempre più indigesta; una reazione si muoverebbe nella prospettiva politica che, sola, può salvare l'idea stessa di Europa. Come sempre, non è affatto detto che sostenere sempre e comunque le istituzioni dell'Unione significhi essere un (vero) europeista.

<sup>77</sup> È stato rilevato, in dottrina, «un clima di *complicità* tra la Corte costituzionale e le altre supreme magistrature, le quali si sostengono a vicenda nel mettere in atto le necessarie contromisure per combattere ogni tentativo di “colonialismo giurisdizionale” in materia di diritti fondamentali da parte delle corti sovranazionali» (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 139). Non so quanto questo clima esista davvero. Certo, trattandosi di diritti *fondamentali*, il colonialismo dovrebbe essere escluso *per definizione*, essendo la fundamentalità apprezzabile *solo* nella prospettiva dell'ordinamento interno (che, appunto, li «fonda» e ne è «fondato»).

Ne consegue che anche ricostruendo i rapporti fra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali in termini di «coabitazione» (M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, spec. 236), è alle Corti nazionali che spetta definire, almeno per rapporto alla Corte di giustizia, il nucleo intangibile delle Costituzioni delle quali sono garanti.

<sup>78</sup> Indicazioni in J. KOMAREK, *Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, in *Eutopia Law*, 28 febbraio 2012.

dava il caso particolarissimo (e rilevante anzitutto per il diritto internazionale) della pacifica separazione di due componenti di uno Stato un tempo unitario<sup>79</sup>. Lo stesso punto centrale della decisione della Corte ceca, peraltro, lo dimostra, laddove, criticando la sent. CGUE 22 giugno 2011, C-399/09, *Landtová*, si afferma che «*Failure to distinguish the legal relationships arising from the dissolution of a state with a uniform social security system from the legal relationships arising for social security from the free movement of persons in the European Communities, or the European Union, is a failure to respect European history, it is comparing things that are not comparable*»<sup>80</sup>.

Ben più significativo il caso della Germania, perché i controlimiti sono stati applicati dal *Bundesverfassungsgericht* con la nota sent. 15 dicembre 2015 (caso *R.*), che oltretutto è leggibile anche come una reazione «tedesca» alla provocazione «italiana» della sent. Corte cost. n. 238 del 2014<sup>81</sup>. Qui, il Tribunale costituzionale federale, pur ostentando un'apparente deferenza per il diritto UE, ha contrapposto l'identità costituzionale tedesca a una sentenza della Corte di giustizia (si tratta della sentenza *Melloni* sul mandato di arresto europeo) finendo per renderla inoperativa. Indubbiamente, non c'è la forma dello scontro, perché il *Bundesverfassungsgericht* fa risalire l'inoperatività delle regole sul mandato di arresto a una lettura congiunta del diritto tedesco e dello stesso diritto europeo<sup>82</sup>, ma dello scontro c'è tutta la sostanza, perché la sentenza *Melloni* aveva chiaramente affermato che le norme nazionali poste a protezione dei diritti costituzionali non avrebbero potuto opporsi al-

<sup>79</sup> Sottolinea la «*uniqueness of the issue of pension claims associated with the dissolution of the Czechoslovak state and the need to resolve it within bilateral Czech-Slovak relations*» L. PÍTROVÁ, *The Judgment of the Czech Constitutional Court in the «Slovak Pensions» Case and its possible Consequences (in Light of the Fortiter in Re Suaviter in Modo Principe)*, in *www.ilaw.cas.cz/tlq*, 2013, n. 2, 101.

<sup>80</sup> La vicenda ha assunto toni drammatici quando un giudice ceco (il *Nejvyšší správní soud*) ha investito la Corte di giustizia di una nuova pregiudiziale, il cui terzo quesito così suonavano: «Se il diritto dell'Unione europea osti a che un organo giurisdizionale, che è giudice supremo di uno Stato in materia amministrativa, avverso le cui decisioni non sono ammessi rimedi di giustizia giurisdizionali, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale, alle valutazioni giuridiche espresse dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca, laddove appaia che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea». Lo stesso giudice ha però ritirato la propria domanda, sicché, con ordinanza presidenziale del 27 marzo 2013, si è disposta la cancellazione della causa dal ruolo della Corte di giustizia.

<sup>81</sup> R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, cit., 18.

<sup>82</sup> Per il Tribunale federale sarebbe dal *Grundgesetz* (prima ancora, dunque, che dal diritto europeo) «*eine Auslegung gebieten, die den von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten bei einer Auslieferung Rechnung trägt*» (par. 84).

l'applicazione delle regole eurounitarie sul mandato di arresto<sup>83</sup>. E tutto l'andamento motivazionale della sentenza tedesca lo dimostra<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> Sent. Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*:

a) «la soluzione adottata dal legislatore dell'Unione, consistente nel prevedere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in absentia deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa, è incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato»;

b) «l'articolo 4-bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in absentia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente» (punto 46);

c) «l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati d'arresto europei emessi ai fini dell'esecuzione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente, attuata dalla decisione quadro 2009/299, tende, come indica l'articolo 1 della stessa, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri» (punto 51);

d) «l'articolo 4-bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta» (punto 53).

<sup>84</sup> La questione, come si sa, riguardava un mandato di arresto europeo conseguente una condanna in contumacia pronunciata da un giudice italiano. In sintesi, i principali passaggi argomentativi della sentenza sono stati questi:

a) «*Grenzen für die Öffnung deutscher Staatlichkeit ergeben sich jenseits des im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramms in seiner konkreten Ausgestaltung aus der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität des Grundgesetzes*» (par. 40);

b) «*Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt*» (par. 41);

c) alla garanzia del rispetto di questi limiti «*dient die Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*» (par. 41);

d) «*Soweit Maßnahmen eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit den in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätzen geschützte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus*» (par. 42);

e) «*Die Identitätskontrolle verstößt nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 EUV. Sie ist vielmehr in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV der Sache nach angelegt*» (par. 44);

f) Il mandato di arresto europeo non può essere eseguito, nella specie, perché «*Mit seiner Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gehört der Schuldgrundsatz zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist (vgl. BVerfGE 123, 267 <413>). Er muss daher auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils gewahrt werden*» (par. 53);

g) «*Die Pflicht, einem Europäischen Haftbefehl Folge zu leisten, ist schon unionsrechtlich begrenzt [...]. Einem Europäischen Haftbefehl ist auch nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht*

Certo, l'anomalia potrebbe essere eliminata in vario modo: con una secca declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione del TFUE o «alla tedesca», utilizzando i controlimiti per leggere il diritto UE in modo da neutralizzarlo per rapporto ai principi supremi (ma, in realtà, stravolgendo la lettura della Corte di giustizia); certo, l'eliminazione dell'anomalia potrebbe e dovrebbe accompagnarsi a un serio monito al legislatore nazionale perché intervenga a riformare il regime della prescrizione ovvero tutte le altre previsioni normative, processuali e no, che possono ostacolare l'efficacia della lotta all'evasione fiscale (dell'IVA)<sup>85</sup>, ma l'anomalia, in un modo o nell'altro, va eliminata.

Si è obiettato che non varrebbe la pena sfidare il primato del diritto eurounitario «per *difendere* – in ultima analisi – *l'impunità* di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro»<sup>86</sup>, ma si tratta di un dubbio sorprendente: letta nella chiave dell'impunità del possibile colpevole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, «varrebbe la pena» d'essere prevista e difesa.

Insomma: quando è troppo è troppo. Tuttavia, se non lo si dice, quel troppo non sarà più una patologia, ma diventerà fatalmente la normalità. I controlimiti stanno lì per impedire che questo accada e il «*predominio assiologico della Costituzione*», che la Corte costituzionale ha affermato nella sent. n. 49 del 2015 in riferimento alla CEDU, ha il logico destino di dover essere operativo anche in riferimento al diritto dell'Unione, non accontentandosi di proclamazioni meramente formali, ma pretendendo ch'esse ne assicurino la realizzazione in tutte le ipotesi in cui – davvero – conta. E stavolta conta.

---

*Folge zu leisten, wenn er den Anforderungen des Rahmenbeschlusses nicht genügt (aa) oder die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge (bb). Auch aus der Sicht des Unionsrechts gilt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens insoweit nicht unbezogen (cc), so dass die Verweigerung der Auslieferung wegen eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung eines in Abwesenheit ergangenen Strafurteils unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann (dd)» (par. 85);*

*b) non è nemmeno necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, perché la «richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt» e perché «Das Unionsrecht gerät mit dem Menschenwürdeschutz des Grundgesetzes nach Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG im vorliegenden Fall nicht in Konflikt» (par. 125).*

<sup>85</sup> L'importanza di un monito è giustamente sottolineata da P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato*, cit., 17.

<sup>86</sup> F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 14 (cors. nell'orig.).



PARTE SECONDA

I CONTROLIMITI  
NEL PANORAMA EUROPEO





HENRI LABAYLE

L'IDENTITE CONSTITUTIONNELLE DE LA FRANCE,  
CONTRE-LIMITE A LA PRIMAUTE  
DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE?

SOMMAIRE: I. La signification de la réserve de constitutionnalité relative à l'identité constitutionnelle de la France. – A. L'émergence de la réserve. – B. L'affirmation de la réserve. – II. Le contenu de la réserve constitutionnelle. – A. Les composantes de la réserve. – B. La fonction de la réserve.

Traiter de l'existence de «contre-limites» à l'autorité du droit de l'Union dans l'ordre juridique français est moins aisé qu'il n'y paraît. Beaucoup de raisons militaient pourtant *a priori* pour que les réticences politiques françaises face à l'intégration européenne trouvent en matière constitutionnelle une traduction à la hauteur de celle qui se manifesta pendant près de trente ans au Conseil d'Etat à propos de l'autorité de la loi au regard du droit communautaire. L'examen de la jurisprudence constitutionnelle française témoigne cependant de ce qu'ici, l'attitude française a sans doute été beaucoup moins originale ou remarquable que ne le furent en leur temps celles du juge constitutionnel allemand ou de son homologue italien.

Sans doute est-ce parce que le positionnement constitutionnel de la République française n'est pas fait du même métal que celui de ses voisines. La Constitution de la V<sup>e</sup> République connaît en effet deux grandes voies de contrôle du droit de l'Union: celui, préventif, qui est réservé aux traités lors de leur ratification, en vertu de l'article 54 de la Constitution, et celui qui est susceptible de peser sur l'acte procédant à la transposition du droit dérivé en droit interne. La loi de transposition peut alors être mise en cause directement avant sa promulgation ou, ensuite, par voie d'exception.

Le premier mécanisme, à l'inverse de ce que l'on aurait pu imaginer, n'a, guère suscité en définitive de blocage insurmontable. Certes, et cela était parfaitement logique, ont émergé par son canal les principales hypothèses de conflit entre la Constitution et les projets de traités réalisant des avancées de l'intégration européenne. A chaque étape ou quasiment,

le Conseil constitutionnel ne s'est pas fait faute de les mettre à jour dans une longue liste de décisions où il constatait leur incompatibilité avec les règles constitutionnelles. Néanmoins, rien n'a jamais été irrémédiable. Faute de disposer, dès 1958, d'un titre juridique permettant au droit communautaire de trouver pleinement sa place dans la Constitution, le droit français a, en effet, eu recours à la technique des «modifications-adjonctions» à cette Constitution, conduisant à reconnaître progressivement une place spécifique au droit de l'Union.

La décision 92-308 DC du 9 avril 1992 relative au traité de Maastricht a levé un verrou décisif de ce point de vue: le Conseil constitutionnel y reconnaissait l'incompatibilité du projet de traité avec la Constitution sans en rendre impossible l'adoption pour autant: il y rappelait en effet la souveraineté du pouvoir constituant<sup>1</sup>. La loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a donc introduit dans la Constitution un nouveau titre intitulé «des Communautés et de l'Union européennes», avant que les épisodes suivant ne confirment l'intérêt de cette technique permettant de «résorber» les incompatibilités constatées<sup>2</sup>. La révision du 25 janvier 1999 succéda ainsi à la décision 97-394 DC relative au traité d'Amsterdam et celle du 1er mars 2005 à la décision 2004-505 DC relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

L'avancée européenne n'a donc par été contrariée par un quelconque immobilisme constitutionnel, bien au contraire. La jurisprudence constitutionnelle s'est en effet adaptée à cette avancée jusqu'à assumer la spécificité de cette nouveauté.

Initialement et pour partie parce que l'assimilation du droit communautaire à une forme de droit international l'y poussait, la ligne de défense du juge constitutionnel français avait consisté à accepter les «*limitations*» de souveraineté impliquées par la construction européenne tout en s'opposant à tout «*transfert*» de celle-ci<sup>3</sup>. Difficilement tenable, cette position fut abandonnée en 1992. Un traité communautaire peut désormais être contraire à la Constitution soit parce qu'il contient une clause «*directement contraire*» à une norme ou à un principe constitutionnel, soit parce qu'il porte atteinte aux «*conditions essentielles d'exercice de la*

---

<sup>1</sup> Décision 92-308 DC, *Rec.*, 55, cons. 14: «considérant toutefois qu'au cas où des engagements internationaux souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle».

<sup>2</sup> Voir B. GENEVOIS, *Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée*, RFDA, 1992, 937.

<sup>3</sup> Décision 76-71 du 30 décembre 1976, Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct, *Rec.*, 15.

*souveraineté nationale*». Ce second critère est en définitive devenu l'élément déterminant de l'examen d'un éventuel transfert de compétences par le Conseil constitutionnel. La participation de la France «*au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision*» dépend alors non pas d'un éventuel transfert, qui n'est pas par lui-même inconstitutionnel, mais du degré «*essentiel*» ou pas d'une atteinte à la souveraineté nationale<sup>4</sup>.

Cette affirmation étant posée à l'égard du droit originaire, la question du droit dérivé et tout particulièrement celle du contrôle de la transposition des directives à l'instant de leur transposition en droit interne demeurerait entière. Au vu du développement exponentiel de ce droit dérivé, vérifier sa compatibilité avec le texte constitutionnel devenait problématique et d'autant plus sensible qu'à la différence des traités, un conflit avec le texte constitutionnel pose des problèmes techniques délicats à surmonter.

L'introduction, en 1992, d'un nouvel article 88-1 dans la Constitution en vertu duquel «*la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences*» va ouvrir une nouvelle étape. Celle-ci va permettre au juge constitutionnel de dessiner les conditions de la compatibilité de ce droit dérivé avec le texte constitutionnel et les modalités de leur contrôle. Il va le faire en donnant un titre constitutionnel à l'obligation conventionnelle de transposer le droit dérivé qui pèse sur le pouvoirs publics: pour le juge constitutionnel, cette exigence de transposition est de nature constitutionnelle et son non-respect méconnaît l'article 88-1.

C'est donc en définissant, sur le terrain strictement constitutionnel, les conditions dans lesquelles cette exigence doit être satisfaite que le juge constitutionnel a été amené à en délimiter l'étendue. Fixant les limites éventuelles de cette obligation, en parallèle de ses exigences classiques relatives au respect des conditions essentielles de la souveraineté nationale, le juge a mis progressivement à jour une véritable «réserve

---

<sup>4</sup> Trois critères sont généralement invoqués à cet égard: le domaine concerné par le transfert de compétence et son éventuel caractère "régalien" de ce domaine; l'ampleur concrète des transferts consentis et, notamment, question de savoir s'il s'agit d'un abandon de compétences ou simplement de l'ouverture d'une matière à l'exercice de compétences partagées entre institutions nationales et communautaires; les procédures de dessaisissement et les modalités d'exercice de la compétence transférée prévues par le traité, laissant place ou non à une influence des représentants de la France dans le processus décisionnel européen (vote à l'unanimité ou vote à la majorité qualifiée).

constitutionnelle» relative au respect de «*l'identité constitutionnelle de la France*»<sup>5</sup>.

Réfléchir à sa signification et à son émergence (I) permet de comprendre sa fonction, faute de parvenir nécessairement à lui donner un contenu aisément identifiable (II).

### I. *La signification de la réserve de constitutionnalité relative à l'identité constitutionnelle de la France*

Un peu curieusement lorsque l'on sait le peu d'appétence initiale de la Constitution de la V<sup>e</sup> République pour les questions européennes, le texte constitutionnel ne dit mot d'une quelconque «*identité*» qu'il aurait été nécessaire de protéger, au plan interne comme international. La réserve constitutionnelle a donc été le fait d'une construction jurisprudentielle (A), le besoin de fournir un statut à la transposition des directives en droit interne lui donnant sa véritable signification (B).

#### A. *L'émergence de la réserve*

La décision 2004-496 DC du 10 juin 2004 relative à la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*<sup>6</sup> fonde l'ensemble de la construction. Le Conseil constitutionnel y affirme que la transposition d'une directive aux «*dispositions inconditionnelles et précises*» constitue une obligation de nature constitutionnelle et non pas seulement de nature communautaire. Le seul obstacle susceptible de lui être opposée serait la présence d'une «*disposition expresse contraire de la Constitution*».

En d'autres termes, sur la base de la seule Constitution et indépendamment de toute référence au principe de primauté, les pouvoirs publics doivent se conformer à cette règle. Le juge constitutionnel refuse

<sup>5</sup> Pour un éclairage récent: L. BURGORGUE-LARSEN, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pédone, Paris, 2011; R. MEHDI et al., *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, Bruylant, 2015.

<sup>6</sup> *Rec.*, 101 cons 7: «considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution: "La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences"; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne».

par voie de conséquence de contrôler une loi de transposition se bornant à tirer les conséquences d'une directive inconditionnelle et précise car cela le conduirait à contrôler matériellement la directive. Il l'explique sans détours: ce contrôle de la directive relève exclusivement de la compétence de la Cour de justice.

Au plan historique, date sans doute de cette période l'apparition en droit français de l'idée d'une «*contre-limite*» à l'autorité d'un droit communautaire en pleine expansion, avec la mention selon laquelle seule une «*disposition expresse contraire à la Constitution*» pourrait faire obstacle à cette autorité. A la lire, la volonté expressément affirmée du constituant permettrait donc de tenir en échec le droit de l'Union. Cette formulation, jugée «peu intelligible»<sup>7</sup> ou «peu pertinente»<sup>8</sup>, manquait suffisamment de clarté pour que le Conseil juge utile de préciser sa pensée, en trois temps.

La décision 2004-498 DC relative à la *Loi sur la bioéthique*<sup>9</sup>, rendue quelques semaines plus tard, enrichit déjà indirectement le problème. D'une part, le juge constitutionnel, tout en répétant la formule à la lettre, y constate que les droits et libertés invoqués sont «*également protégés*» en tant que principe général de droit communautaire. C'est là une façon détournée d'annoncer ce qui deviendra «l'équivalence des protections» et d'indiquer que ces droits ne sont pas propres à l'ordre constitutionnel français. D'autre part, indice supplémentaire, le commentaire, quasi-officiel, qui en est fait par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel éclaire les arrières pensées du juge: «les seules normes constitutionnelles opposables à la transposition d'une directive communautaire sont les dispositions expresses de la Constitution française et propres à cette dernière»<sup>10</sup>. Dans un but précis: «disposer en toutes circonstances d'un juge et d'un seul». On devine là les évolutions à venir.

Les débats relatifs au Traité portant Constitution pour l'Europe vont en effet s'emparer de ce contexte. On se souvient en effet que son article I-6 exprimait tout haut ce que le droit de l'Union connaissait de-

---

<sup>7</sup> Services du Conseil Constitutionnel, *La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, novembre 2004, 54.

<sup>8</sup> B. GENEVOIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé*, RFDA, 2004, 651, lequel invoquait le fait que «la limitation du contrôle à des dispositions constitutionnelles spécifiques, c'est-à-dire des dispositions n'entrant pas dans le champ des prévisions de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, conférerait à la jurisprudence nouvelle une plus grande cohérence».

<sup>9</sup> *Rec.*, 122.

<sup>10</sup> Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, Cahier n° 17.

puis toujours, et en particulier depuis la proclamation solennelle de la jurisprudence *Costa c. Enel*: la primauté du droit de l'Union. Affirmation de la primauté qui était précédée par une affirmation tout aussi sensible, dans un article I-5 sur lequel on reviendra, et selon laquelle «*l'Union respecte l'égalité entre Etats membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ... Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale*».

L'occasion de lier l'interprétation des deux articles du traité était trop belle pour ne pas être saisie par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2004-505 DC *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du 9 novembre 2004<sup>11</sup>: «*il ressort de l'ensemble des stipulations de ce traité, et notamment du rapprochement de ses articles I-5 et I-6, qu'il ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution*». Aussi, la portée du principe de primauté ne peut s'évaluer qu'à la lumière de sa délimitation effectuée par la réserve de compétence contenue dans l'article I-5, incluant le respect de l'identité nationale et celle des fonctions essentielles de l'Etat. D'où la conclusion du juge: la primauté du droit de l'Union n'est pas opposable, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions de la Constitution française inhérentes à ses structures fondamentales politiques et constitutionnelles.

Il ne restait alors qu'à franchir un dernier pas, peu de temps après. Clarifiant sa formulation de la position constitutionnelle française, la décision 2006-540 DC du 26 juillet 2006 relative à la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*<sup>12</sup> va fixer le droit en abandonnant la formule de la «*disposition expresse*». Désormais, pour le Conseil constitutionnel, «*la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti*»<sup>13</sup>.

L'autolimitation du contrôle du juge, refusant de se pencher sur l'opération de transposition d'une directive, sauf incompatibilité manifeste, est donc assortie d'une limite, celle de la réserve de constitutionnalité portant sur l'identité constitutionnelle.

---

<sup>11</sup> Rec., 173; H. LABAYLE et J.L. SAURON, *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, RFDA, 2005, 1.

<sup>12</sup> Rec., 88.

<sup>13</sup> Cons. 19.

## B. *L'affirmation de la réserve*

Le critère d'une «*règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*» susceptible de s'opposer au droit de l'Union dégagé ainsi sera répété par la suite. Par un effet de miroir, il prolonge en droit interne l'affirmation initiale du traité constitutionnel, reproduite par l'article 4 § 2 du traité de Lisbonne et protégeant «*l'identité nationale*» des Etats membres (a). Son maniement impose cependant de garder un cap parfois délicat (b).

a) La chronologie de l'émergence de la réserve constitutionnelle française relative à l'identité constitutionnelle révèle une filiation: le droit interne fait écho à l'apparition de cette notion en droit de l'Union, à l'occasion des débats relatifs au traité portant Constitution pour l'Europe.

Ces débats n'étaient pas complètement nouveaux. La clause européenne de respect de «*l'identité nationale*» est, en droit, apparue dès le traité de Maastricht dans son article F § 1<sup>14</sup>, répétée par celui d'Amsterdam dans son article 6 § 3<sup>15</sup>, sans d'ailleurs que leur prolongement avec le dispositif retenu par le traité de Lisbonne soit aussi naturel qu'on le prétend d'ordinaire. Ce que l'on a appelé la «*clause Christopherson*», du nom du représentant danois au présidium de la Convention pour l'avenir de l'Europe qui en porte la paternité, a ouvert la voie à son écriture dans le futur traité de Lisbonne, après la transition que l'on sait dans le traité portant Constitution.

Le choix du groupe de travail n° V de la Convention de faire expressément référence à «*l'identité nationale*» des Etats membres permettait à la fois d'écarter la suggestion d'une Charte des droits des Etats mais aussi de répondre ouvertement à la crainte d'une communautarisation rampante. Mettre en relief le respect de cette identité nationale tout en précisant ses éléments constitutifs explique la substance de l'article I-5 du traité portant Constitution, repris aujourd'hui par l'article 4 § 2 du Traité sur l'Union européenne.

L'ambiguïté de cette technique de travail est visible immédiatement: se référer à l'identité est en relation évidente avec la question de l'autorité du droit de l'Union, même si cette référence fut présentée dans un groupe de travail relatif aux compétences dites «*complémentaires*». Ses auteurs précisaient à son propos qu'elle «*ne constitue pas une clause dérogatoire*» et, d'autre part que «*les Etats membres demeurent tenus de respecter les dispositions des traités*». D'où un effet de brouillage un peu

<sup>14</sup> «L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques».

<sup>15</sup> «L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres».



curieux, certains (parmi les Etats membres) voyant là une question ordinaire, relevant simplement de la distribution des compétences, tandis que d'autres lui attribuaient une importance fondamentale, réservant la question de la primauté du droit de l'Union. Un troisième courant de pensée, enfin, avec la Commission, pensait mettre là en relief «l'intensité», l'exercice des compétences, en une forme édulcorée du principe de subsidiarité.

Dans ces conditions, venant à peine de s'engager lui-même dans la formulation d'une réserve de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne pouvait y rester insensible, en 2004, lors de son examen préventif du traité portant Constitution. La lecture du dossier documentaire accompagnant la décision 2004-505 DC révèle d'ailleurs l'état d'esprit régnant à l'époque au Conseil constitutionnel. Ses services n'hésitent pas à souligner ouvertement<sup>16</sup> en quoi la «soupape de sécurité» de la décision 2004-496 DC n'était pas remise en question par ledit traité portant Constitution. De leur point de vue, lire l'article I-6 relatif à la primauté «à la lumière» de l'article I-5 relatif à l'identité nationale était déterminant: «cette expression semble précisément ménager les règles précises et spécifiques des constitutions nationales, celles dans lesquelles s'incarnent l'identité et les structures constitutionnelles et politiques essentielles des Nations». D'où la solution finale retenue le 19 novembre 2004 par le Conseil dans la décision 2004-505 DC. Il constate la compatibilité du principe de primauté tel que formulé par le traité avec la Constitution et il semble même consacrer une vision très large de ce principe, même s'il demeure peu bavard sur les contours de cette notion.

Sans doute est-ce parce que ce n'était pas son objet. Pourtant identité nationale et constitutionnelle ne n'inscrivent pas dans la même perspective<sup>17</sup>. Le point de vue européen reconnaît que certaines fonctions essentielles de l'Etat, vraisemblablement identiques dans tous les Etats membres, échappent à la préhension du droit de l'Union européenne. En revanche, la revendication nationale de l'identité constitutionnelle se fonde au contraire sur la différenciation, sur la singularité qui fait précisément cette identité. Dans l'Union, elle doit être conjuguée au pluriel et

---

<sup>16</sup> Services du Conseil constitutionnel, *La jurisprudence constitutionnelle française relative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, novembre 2004, 62.

<sup>17</sup> Pour des débats récents: S. MARTIN, *L'identité de l'Etat dans l'Union européenne: entre identité nationale et identité constitutionnelle*, RFDC, 2012, n° 3, 13; D. BAILLY, *La notion d'identité constitutionnelle de l'Etat membre de l'Union européenne, étude de droit constitutionnel européen*, Thèse, Montpellier, 2014; M. GUERRINI, *L'identité constitutionnelle de la France, Recherche sur les fonctions de la réserve identitaire dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Thèse, Aix Marseille, 2014.

relève du droit de l'Union, dans sa reconnaissance comme son cadrage. Au plan national, elle ne peut avoir que la Constitution comme fondement.

Quoi qu'il en soit, chacun a pourtant compris dès 2004 que la position jurisprudentielle établie dès juin dans la décision «*Economie numérique*» était une position de base, un point de départ. Du reste, peu avant, dans le «commentaire» autorisé de la décision 2004-496 DC, puisqu'effectué par le secrétaire général du Conseil constitutionnel, ce dernier avançait ouvertement que cette réserve de constitutionnalité pouvait être constituée d'une disposition expresse et «*spécifique*» du bloc de constitutionnalité. Après coup, un même commentaire expliquera même en 2008 qu'en fait, cette réserve du Conseil se serait inspirée «directement, y compris dans sa formulation, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 232 du 13 avril 1989, Société FRAGD»<sup>18</sup>.

Souligner l'originalité, la spécialité, la particularité de la règle constitutionnelle nationale pour lui permettre d'échapper à l'autorité du droit de l'Union était déjà un indice révélateur. Il annonçait le pas définitif, le passage de la spécificité à l'invocation expresse du critère de l'identité constitutionnelle.

Cet effet d'annonce sera quasiment effectué de manière officielle, avant même de trouver sa réalisation en droit. Il tient dans la formule connue du président du Conseil constitutionnel de l'époque, Pierre Mazeaud, présentant ses vœux au Président de la République quelques semaines après la décision du 4 novembre 2004 sur le traité constitutionnel. De son point de vue, «*le droit communautaire ... prévaut, en cas de conflit, sur nos normes nationales, y compris, dans la généralité des cas, sur nos règles constitutionnelles. Mais non, le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté, ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler ici de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme "inhérent": crucial et distinctif. Autrement dit: l'essentiel de la République*»<sup>19</sup>.

Le fruit était mûr. Quasiment mot à mot, le Conseil constitutionnel va faire siens ces paramètres dans sa jurisprudence de principe du 27 juillet 2006, 2006-540 DC relative à la *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Il y sacralise la barrière d'une «*règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la*

<sup>18</sup> Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, 89.

<sup>19</sup> Les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18, juillet 2005.

*France*» et ses décisions ultérieures n'y dérogeront pas, quittant le terrain des «*dispositions expresses contraires*» évoqué précédemment.

b) À compter de cette date, tout se déroule comme si l'ultime interdit de la Constitution résidait dans cette «*identité constitutionnelle de la France*», et ceci quand bien même le texte de cette dernière n'en ferait pas mention. Avec constance, près d'une quinzaine de décisions du juge constitutionnel vont y faire référence, pour la dernière fois en décembre 2015: 12 décisions ordinaires de constitutionnalité et 3 questions prioritaires de constitutionnalité<sup>20</sup>.

Cette «contre-limite» se rattache donc juridiquement à la Constitution, et à elle seule. Son article 88-I qui régit les rapports de la République avec l'intégration européenne conduit le juge constitutionnel à tirer deux conséquences de la volonté du constituant. La première est celle d'une «*exigence constitutionnelle*» de transposition des directives en droit interne tandis que la seconde tient à la limite de cette exigence: le respect de «*l'identité constitutionnelle*».

Dans le souci d'en circonscrire précisément le champ d'application, le juge constitutionnel a été amené à en indiquer les conditions d'invocation, lors de l'apparition du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) de l'article 61-1 de la Constitution.

Le Conseil avait estimé initialement dans sa décision 2010-605 DC du 12 mai 2010 relative à la *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* que l'exi-

---

<sup>20</sup> Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, cons. 7 à 9; décision 2004-497 DC du 1er juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 18 et 19; décision 2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la bioéthique*, cons. 4; décision 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, cons. 7; décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 17 à 19; décision 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 4 à 6; décision 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 42 à 44; décision 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 17 à 21; décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration*, cons. 41 à 46; décision 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 28 à 32; décision n° 2014-694 DC du 28 mai 2014, *Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié*, cons. 4; décision 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 4 et 5; Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 5; Décision 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *Kamel D.*; Décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora*, cons. 10; décision 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding*.

gence constitutionnelle de transposition des directives ne figurait pas au nombre des «*droits et libertés que la Constitution garantit*» au sens de l'exigence posée par l'article 61-1 de la Constitution relative à la QPC. Elle n'était donc pas invocable par les justiciables puisque ces derniers pouvaient agir autrement, en vertu de l'article 55 de la Constitution, devant les juridictions administratives et judiciaires pour établir le contrôle de la compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France. L'étendue réelle de l'applicabilité de l'argument de «l'identité constitutionnelle» demandait donc à être précisée.

Quelques mois plus tard, la décision 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D.* a clarifié les choses, même si c'était dans le cadre d'une décision de rejet. A un requérant qui mettait en cause les dispositions de transposition anticipée d'une directive relative à la protection subsidiaire, le Conseil constitutionnel répond qu'il n'y a pas lieu à statuer mais ceci après avoir vérifié que la directive en cause n'était pas susceptible de porter atteinte à «*aucune règle ni à aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*»<sup>21</sup>. La réserve constitutionnelle peut donc être utilisée aussi dans le cadre d'une QPC.

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a été conduit à d'utiles précisions lorsque sont en cause des dispositions législatives s'appliquant de la même manière à des situations régies par une directive communautaire et à des situations placées hors du champ de celle-ci.

Saisi dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* de dispositions législatives relevant de cette problématique particulière, le Conseil constitutionnel a opéré une dissociation claire dans son contrôle. Si la transposition législative relève d'un contrôle au regard des seules exigences de l'article 88-1 de la Constitution, pour le surplus, lorsqu'il s'agit de situations placées hors du champ de la transposition, il est possible de contrôler au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles. Concrètement, le Conseil constitutionnel a ainsi accepté de contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives relatives au régime fiscal des sociétés mères en tant qu'elles n'étaient pas des mesures de transposition de la directive «mère fille» tout en se refusant en revanche à contrôler ces mêmes dispositions en tant qu'elles étaient des mesures de transposition de la directive<sup>22</sup>.

Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil a ensuite été saisi d'une difficulté fondée sur l'interprétation du principe d'égalité devant la loi, face à un texte s'appliquant à des situations communautaires et à des

---

<sup>21</sup> Considérant 4.

<sup>22</sup> Décision 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*.

situations purement internes, au risque de provoquer une discrimination à rebours. Le Conseil constitutionnel a estimé à propos du contrôle des dispositions intervenant hors du champ de la transposition au regard du principe d'égalité, qu'il pouvait prendre en compte les dispositions intervenant dans le champ de la transposition pour opérer son contrôle. Concrètement, il a donc censuré la discrimination à rebours parce que contraire au principe d'égalité<sup>23</sup>.

## II. *Le contenu de la réserve constitutionnelle*

Rien n'est moins simple que de donner un contenu précis à la réserve constitutionnelle identitaire posée par le Conseil constitutionnel il y a dix ans maintenant.

D'abord, car elle est un véritable sabre de bois du droit constitutionnel: brandie souvent, elle n'a jamais tranché. A ce jour, le juge constitutionnel français ne l'a jamais opposée à une règle de l'Union, dans la quinzaine de décisions où il en a fait mention. Ensuite et surtout parce que la précision de la formule constitutionnelle n'est qu'apparente.

Aussi, il est indispensable de s'attacher au sens des mots composant la réserve constitutionnelle (A) pour en mesurer la fonction réelle (B).

### A. *Les composantes de la réserve*

Ramassée sous un vocable facile, celui d'une «clause d'identité», la réserve constitutionnelle dégagée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006 est le fruit d'une formulation aussi complexe que mystérieuse. Que le Conseil constitutionnel ait quelque peu tâtonné avant de stabiliser son vocabulaire est d'ailleurs significatif. Chacune de ses composantes invite à l'analyse (a), avant que l'on en relativise la portée (b).

a) Le Conseil constitutionnel présente désormais la réserve constitutionnelle relative à l'identité constitutionnelle de manière quasiment invariable: «*la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti*»<sup>24</sup>.

En premier lieu, faire mention d'une «*règle ou principe*» de nature constitutionnelle est une exigence classique en contentieux constitutionnel et l'indétermination de la formule est déjà une indication en soi. Par

<sup>23</sup> Décision 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Métro Holding*.

<sup>24</sup> Décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

la généralité de ses termes, le Conseil constitutionnel renvoie ici à l'ensemble de ce qu'il est convenu d'appeler le «*bloc de constitutionnalité*». L'ensemble de ce «*bloc*» est donc susceptible d'abriter une norme relevant de l'identité constitutionnelle. Celle-ci peut donc être déduite directement de la Constitution du 4 octobre 1958, mais aussi de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, du préambule de la Constitution de 1946, ou encore des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFLR) et de la Charte de l'environnement.

Cette règle doit ensuite être «*inhérente*» à l'identité constitutionnelle. Ajoutant, comme cela a justement été écrit, l'obscurité à l'ambiguïté précédente<sup>25</sup>, ce qualificatif de «*l'inhérence*» n'est pas aisé à manier. Le juge constitutionnel en fait un critère sans que l'on dispose réellement d'une définition de ce à quoi la règle doit être attachée, de son socle précis. Même si l'on comprend bien que cette connexion avec l'identité constitutionnelle doit être forte, quasiment consubstantielle.

La particularité de ce lien s'exprime dans une double relation, contenue tout entière dans l'affirmation du président Mazeaud en 2005: ce lien doit être «*crucial et distinctif*. Autrement dit: l'essentiel de la République». L'affirmation ne rend pas l'exigence «*d'inhérence*» opérationnelle pour autant et son flou ne facilite guère l'identification des «*règles et principes*» susceptibles d'exprimer l'identité profonde de la France. La formule est pourtant significative de la logique ayant animé en 2004 le juge constitutionnel: elle est gouvernée à la fois par la particularité et l'intensité. Juger une règle ou un principe «*crucial*», c'est le considérer essentiel, au sens de fondamental, et indiquer dans le même temps qu'il est «*distinctif*» c'est indiquer qu'il est propre à la République française, qu'il la différencie des autres systèmes.

La particularité, la spécificité de la règle ou du principe constitutionnel national ne peut donc être définie dans l'absolu. Par définition, elle réclame une comparaison pour pouvoir être identifiée, afin d'établir sa singularité au regard des autres règles et principes. Ce constat relativise l'impact de la réserve constitutionnelle faute de voir celle-ci affirmée *a priori*.

En l'état, et faute de disposer d'exemples où le juge constitutionnel aurait reconnu l'existence d'une telle réserve, ce qui aurait permis l'observation de son mode de raisonnement, force est de se contenter de supputations et d'un peu de bon sens.

Le juge constitutionnel va en effet rechercher dans l'ordre juridique européen si l'équivalent de la règle évoquée ne permet pas d'aboutir à la

<sup>25</sup> D. SIMON, *L'obscur clarté de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires*, Europe, octobre 2006, 2.

même garantie, si une protection commune ne recouvre pas d'ores et déjà la protection nationale. Dans ce cas, il récusera sa compétence. C'est ce que l'abondante doctrine consacrée au sujet appelle «l'effet miroir» unissant droit de l'Union et droit interne et qui fournit la principale explication du refus de contrôle du texte national de transposition par le juge national: un autre juge y pourvoit de façon efficace.

Dans la décision 2004-498 DC *relative à la Loi sur la bioéthique*, par souci pédagogique sans doute, le Conseil constitutionnel donne d'ailleurs ouvertement la clé de son raisonnement. Notant que la liberté dont la violation était alléguée devant lui était «également protégée en tant que principe général du droit communautaire»<sup>26</sup>, il indique nécessairement que la «réserve de constitutionnalité» n'a vocation à concerner que des dispositions de la Constitution française, spécifiques au point de ne trouver aucun équivalent dans l'ordre juridique de l'Union.

Le Conseil d'Etat a également contribué à répondre à cette interrogation, apport facilité sans doute par la nature concrète du contrôle de légalité qu'il opère sur les actes administratifs. Il a ainsi fait «de la réserve de constitutionnalité mais sous un autre timbre»<sup>27</sup>, dans sa décision d'Assemblée, *Société Arcelor* rendue le 8 février 2007<sup>28</sup>. La Haute juridiction administrative a jugé qu'en cas d'invocation devant lui de la méconnaissance d'un principe constitutionnel par un acte administratif transposant une disposition inconditionnelle et précise d'une directive, il ne lui revenait pas de juger indirectement de la conformité de la directive européenne au principe invoqué si celui-ci avait son équivalent dans le droit de l'Union européenne. En exerçant son contrôle à partir du droit de l'Union, la Cour de justice garantit d'ailleurs le respect des principes supérieurs du droit constitutionnel national par le droit dérivé, aussi paradoxal que cela puisse paraître. Le juge national retrouve en revanche sa marge propre d'intervention dans l'hypothèse où le droit de l'Union n'assurerait pas lui-même la garantie effective du principe constitutionnel invoqué. D'où le choix de l'équivalence des protections.

On rappellera néanmoins qu'avec beaucoup d'habileté, les conclusions remarquables de Mathias Guyomar avaient dissuadé le Conseil d'Etat de se lancer dans une quelconque surenchère avec le Conseil constitutionnel: «nous ne croyons pas qu'il vous appartienne nécessairement, statuant au contentieux, de définir, au détour de l'examen d'un moyen, ce qu'est ou n'est pas l'identité constitutionnelle de notre pays.

<sup>26</sup> Cons. 6.

<sup>27</sup> M. GUYOMAR, in *L'identité à la croisée des Etats et de l'Europe*, op. cit., Bruylant, 2015, 372.

<sup>28</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, RFDA, 2007, 384.

Nous vous proposons de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété par le juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué<sup>29</sup>.

b) Si distinguer est, peut-être, possible, hiérarchiser c'est-à-dire parvenir à faire la part des choses entre ce qui est «*crucial*» ou pas au sein des règles constitutionnelles nationales est encore plus délicat. C'est poser la question de la «*fondamentalité*» qui est souvent mise en relief en doctrine<sup>30</sup>.

Il n'est pas évident de construire une grille objective de raisonnement permettant de séparer ou pas une norme du restant du texte constitutionnel sur la base de sa «*fondamentalité*». Surtout en sachant que son effet sera d'autoriser à résister ou pas à la primauté du droit de l'Union. Là encore, procéder par soustraction en éliminant ce qui ne relève pas du «*capital*», de «*l'essentiel*», du «*fondamental*» est plus simple que de raisonner par identification positive en désignant ce qui est «*vital*» pour le texte constitutionnel français. Le critère de «*l'importance*» ou de la «*fondamentalité*» devient alors le pivot de toute la construction, renvoyant à la lecture de Carl Schmitt<sup>31</sup> et à celle de Miguel Poiares Maduro traitant de la «*pluralité constitutive de l'Union*». Celle de Michel Troper est tout aussi éclairante en ce qu'elle cerne les caractères des principes relevant de cette *fondamentalité* irréductible: elle touche des «*principes structurels, donc permanents ... des principes qu'on peut dire "constitutifs" parce que ce sont eux qui définissent non pas la nation ou sa culture, mais la Constitution même de la France*»<sup>32</sup>.

Cette opération de délimitation conduit à séparer ce qui relève de l'ordre constitutionnel dans son essence la plus pure, et ce qui peut être partagé en commun au sein de l'ordre juridique de l'Union. Raisonner ainsi ne fournit pas pour autant un catalogue, ne lève pas le mystère ni sur le contenu concret de la réserve constitutionnelle, ni sur les incertitudes liées à la plasticité de son usage potentiel. Faute de pratique jurisprudentielle de la réserve, seules quelques supputations permettent de réduire un peu la zone d'incertitude.

Le Conseil constitutionnel fournit un indice. Si la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe

<sup>29</sup> RFDA, 2007, 384.

<sup>30</sup> Sur ce point, voir E. DUBOUT, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France: une supra-constitutionnalité?*, RFDC, 2010, 451.

<sup>31</sup> C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 2008.

<sup>32</sup> M. TROPER, *Identité constitutionnelle*, in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, Paris, 2008, 130.



inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, cette interdiction est relative: elle vaut «*sauf à ce que le constituant y ait consenti*», précision apparue dès 2006 dans le considérant 19 de la décision 2006-540 DC du 27 juillet *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

Offrant la possibilité soit de se conformer à l'interdit identitaire, soit de le surmonter par la révision, cette position jurisprudentielle n'est pas dépourvue de signification puisque la «fondamentalité» mise à mal par le législateur de l'Union peut être levée par le pouvoir constituant<sup>33</sup>, simplement.

S'intéresser à l'autorité des normes constitutionnelles fait alors avancer la réflexion sur le contenu de l'identité constitutionnelle, en liant les deux problématiques<sup>34</sup>. Si la jurisprudence constitutionnelle autorise à dépasser l'obstacle de l'identité constitutionnelle par la voie de la révision, la force de cette identité est donc relative. Mais encore faut-il que cette révision soit autorisée. Il existe en effet des règles constitutionnelles intangibles, interdites expressément à la révision par la Constitution elle-même<sup>35</sup>. Dans leur cas, il est donc exclu que le constituant puisse s'en délivrer, même en cas de contrariété avec le droit dérivé de l'Union. Par voie de conséquence, l'existence de normes s'imposant au pouvoir constituant dérivé fournit une indication: leur autorité absolue permet très vraisemblablement de conclure qu'elles expriment l'identité constitutionnelle de la France. Il existerait donc là un premier «noyau»<sup>36</sup> dur, inoxydable, de «règles et principes» relevant de l'identité constitutionnelle dont le respect s'oppose à tous, en interne comme en externe. La suprématie de la Constitution est ici totale.

Le constituant a pris en effet la peine, en 1958 et en souvenir de périodes troublées<sup>37</sup>, d'établir une protection particulière de «*la forme*

---

<sup>33</sup> On ne peut également que partager les critiques opposées par E. Dubout à la formule et la conjugaison du verbe qu'elle retient, renvoyant à une révision préalable le soin de couvrir le conflit, cf. *op. cit.*, 479.

<sup>34</sup> Id. E. DUBOUT, *op. précit.*

<sup>35</sup> B. GENEVOIS, *Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant*, RFDA, 1998, 909; O. CAYLA, *L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable*, in *L'architecture du droit*, in *Mélanges Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, 260.

<sup>36</sup> JP. DEROSIER, *Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne*, VIII<sup>e</sup> Congrès de l'AFDC, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

<sup>37</sup> Et de l'article 94 de la Constitution de 1946 selon lequel «aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire».

*républicaine du gouvernement*», actée dans l'article 89 alinéa 5 qui en interdit la révision. Hors de portée du constituant, cette disposition l'est donc aussi du législateur européen. Cette sacralisation met vraisemblablement à l'abri les éléments de la proclamation républicaine de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution<sup>38</sup> dont on peut penser qu'elle forme le cœur d'une identité constitutionnelle française qu'elle caractérise. Séparation des pouvoirs, unité et indivisibilité du peuple français, laïcité, composent donc sans doute ces fameuses «normes identitaires» identifiées par Edouard Dubout<sup>39</sup>.

Il est alors tout aussi logique, dans une conception ouverte, d'y agréger les marqueurs de l'identité nationale de l'article 2 de la Constitution<sup>40</sup>, de la langue à l'hymne et au drapeau qui expriment la culture et la philosophie qui animent la République. Vus ainsi, apparaissent alors les contours d'une norme dont on peut avancer qu'elle appartient «au pacte fondateur de l'idéal républicain, à savoir la norme fondant l'adhésion dans son ensemble au système constitutionnel national»<sup>41</sup>. Cette norme exprimerait une «valeur» essentielle au constitutionnalisme français et à ses idéaux<sup>42</sup> parce qu'elle est fondatrice.

Sans doute est-ce pour cette raison que s'ouvrit la tentation d'inscrire la clause d'identité constitutionnelle dans le texte de la Constitution lui-même, en parallèle de la clause «européenne» de l'article 4 § 2 TUE. A l'occasion de la révision constitutionnelle impliquée par la ratification du traité de Lisbonne, une modification de l'article 88-2 de la Constitution fut évoquée au Sénat en ce sens et afin de mécaniser l'éventuelle révision de la Constitution<sup>43</sup>. En vain, ce refus témoignant de la volonté de laisser le dernier mot au juge.

---

<sup>38</sup> «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée. La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales».

<sup>39</sup> *Op. cit.*, 474.

<sup>40</sup> «La langue de la République est le français. L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L'hymne national est la "Marseillaise". La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité". Son principe est: gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple».

<sup>41</sup> E. DUBOUT, *op. cit.*, 476.

<sup>42</sup> Id; voir également B. MATHIEU, *Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n. 18, 141.

<sup>43</sup> P. GÉLARD, Sénat, Commission des Lois, Rapport n° 175 du 23 janvier 2008: «Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un nouvel engagement pris dans le cadre de l'Union européenne comporte une

Cette première strate n'est vraisemblablement pas la seule à constituer l'identité constitutionnelle française même si rien en droit positif ne le confirme. L'appréciation discrétionnaire du juge du caractère «inhérent» ou pas de telle ou telle règle non écrite est en effet susceptible de faire varier le curseur. Il est évident cependant qu'au plan matériel l'identité républicaine de la France se nourrit de droits et principes contenus dans les diverses déclarations et Préambules dont le caractère intangible n'est pas pour autant affirmé. A la merci éventuelle du pouvoir constituant, cette seconde strate demeure à ce jour en jachère mais susceptible d'alimenter les obstacles à l'autorité du droit de l'Union.

Au total donc, si l'inventaire d'un catalogue des règles et principes relatifs à l'identité constitutionnelle de la République française n'est actuellement ni possible ni même utile, sans doute est-ce parce que le concept même de cette identité est moins significatif que la fonction qui lui est assignée.

## B. *La fonction de la réserve*

La question ne fait pas débat: l'identité constitutionnelle du droit français n'est pas une notion conceptuelle mais fonctionnelle. L'indétermination de son contenu et le rôle central du juge dans son maniement conduisent à ce constat. Le maniement de la réserve constitutionnelle permet, d'une part, de préserver ce qui est jugé essentiel face à l'intégration législative européenne (a) et, d'autre part, de concilier le jeu respectif du droit interne et du droit de l'Union afin que la réserve en question ne demeure que «potentiellement conflictuelle»<sup>44</sup> (b).

a) L'identité constitutionnelle de la République française préexiste bien sûr à son engagement dans la construction européenne, même si la coïncidence temporelle entre traité de Rome et Constitution de la V<sup>e</sup> République mérite d'être rappelée. L'histoire constitutionnelle française n'a pas débuté le 4 octobre 1958 et son impact identitaire est considérable. Elle témoigne avant toute autre chose de l'étaticité et de l'unité du système constitutionnel de la France, indépendamment de son engagement européen.

Certes, cet engagement a pu, effectivement, et cela est très net dans la jurisprudence constitutionnelle, faire office de révélateur. Ainsi a été

---

clause contraire à l'identité constitutionnelle, la ratification ou l'approbation de l'engagement en cause ne peut intervenir qu'en vertu d'une loi constitutionnelle autorisant la ratification et procédant en cas de besoin à la révision de la Constitution».

<sup>44</sup>J. ROSSETTO, *Quelques observations sur le contrôle de constitutionnalité des engagements européens de la France sous la V<sup>e</sup> République*, in *Mélanges Blumann*, 2015, 494.

mise à jour une identité constitutionnelle qui n'avait jamais été évoquée auparavant ni par les textes ni par le juge. Ce dernier ne la définit pourtant en rien. Mais c'est tout. La Constitution, et elle seule, est source de cette identité et le Conseil constitutionnel ne se fait pas faute de le rappeler lorsqu'il le doit<sup>45</sup>.

D'où le réflexe logique qui a conduit à l'émergence de la réserve constitutionnelle, réflexe consistant à instrumentaliser l'identité constitutionnelle comme un outil de préservation des données internes jugées essentielles sinon comme un moyen de résistance face à l'expansion juridique européenne.

Car la préoccupation de protection de l'identité constitutionnelle n'est qu'une marque particulière d'un souci plus large, politique autant que juridique, provoqué par une intégration communautaire jugée comme inexorable. Au plan juridique, la volonté d'en mettre l'identité constitutionnelle à l'abri s'inscrit dans un dispositif de protection de la Constitution qui est plus large. La jurisprudence relative à l'identité constitutionnelle se déploie au sein d'une grille de défense plus large, dans le cadre des relations entre le droit dérivé de l'Union et le contrôle de constitutionnalité, opéré de manière ordinaire ou non à propos du texte de transposition de ce droit dérivé.

L'article 54 de la Constitution établit en effet le contrôle préventif de la conformité des traités à la Constitution et, dans ce cadre, la première ligne de défense de la Constitution est redoutable. Elle est composée de la première des réserves de constitutionnalité, relative, elle, au respect des «*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*».

Cette réserve première, quoique largement aussi obscure que celle relative à l'identité, s'appuie néanmoins sur de nombreux supports constitutionnels, à l'inverse de la réserve identitaire. Son respect a confronté, à chaque étape de la construction de l'Union européenne, le texte constitutionnel aux progrès de l'intégration dans des matières aussi régaliennes que la monnaie, l'asile, l'immigration ou la matière pénale. A chacun de ces stades, elle a purgé préventivement les risques de conflit. Sa présence indique *a contrario* qu'il ne faut pas opérer de confusion entre les deux domaines, ceux relevant de l'identité et ceux de la souve-

---

<sup>45</sup> «Les dispositions constitutionnelle d'ouverture de l'ordre juridique français à l'ordre international et au droit communautaire, et en particulier l'article 88-1 de la Constitution, tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres», décision 2007-560 DC du 20 décembre 2007, cons. 8.

raineté, quand bien même leur protection convergerait<sup>46</sup> vers un même but, l'intégrité de la Constitution.

Le deuxième verrou placé par la jurisprudence constitutionnelle vient ensuite, ne concerne plus les traités eux-mêmes mais le droit dérivé. C'est celui de la réserve identitaire. En l'état, ce verrou ne peut jouer que lors de l'introduction d'une mesure de transposition c'est-à-dire à l'encontre des directives puisqu'il s'agit là d'une obligation constitutionnelle réalisée par la loi. Comme on l'a vu plus haut, l'opération d'identification n'est pas toujours simple.

Cette mise en parallèle des deux outils à disposition du respect de la Constitution révèle alors le rôle essentiel que le juge constitutionnel tient dans l'affaire. L'avocat général Maduro le soulignait dans ses conclusions dans l'affaire C 53/04: «sans doute doit-on reconnaître aux autorités nationales, et notamment aux juridictions constitutionnelles, la responsabilité de définir la nature des spécificités nationales pouvant justifier une telle différence de traitement. Celles-ci sont, en effet, les mieux placées pour définir l'identité constitutionnelle des États membres que l'Union européenne s'est donnée pour mission de respecter»<sup>47</sup>.

Incontestablement la souplesse et l'indétermination des critères employés à cette occasion par le juge constitutionnel lui offrent une latitude d'action et de raisonnement incomparable. Puisque le texte constitutionnel n'offre aucune définition précise, il est passablement libre d'apprécier ce qui est susceptible ou pas de faire barrage, au cas par cas.

Véritable épée de Damoclès tendue au dessus du droit dérivé, la réserve constitutionnelle place le juge dans le rôle de gardien du temple qu'il affectionne avec d'autant plus de confort qu'il exerce cette fonction sans risque: à ce jour aucune des décisions rendues relatives à des textes de transposition du droit dérivé n'a constaté de violation de l'identité constitutionnelle. C'est dire que la fonction conciliatrice l'emporte sur celle de protection.

b) Force est de constater que le juge a systématiquement fait prévaloir le souci de compromis, la volonté d'évitement des conflits dans son maniement de la réserve identitaire, contrairement à la réserve relative à la souveraineté nationale qui lui a donné souvent l'occasion de constater de tels conflits. Sans doute pour partie en raison des moments et des objets différents du contrôle *a priori*, mais pas seulement.

Le choix de la conciliation s'explique d'abord par le fondement constitutionnel de l'obligation de transposition pesant sur l'Etat, celui de

---

<sup>46</sup> Voir M. GUERRINI, *op. cit.*, 379.

<sup>47</sup> Point 40.

l'article 88-I. Face à deux normes de rang équivalent, le juge constitutionnel n'est pas en situation ici de privilégier une approche hiérarchique qui aurait peut-être eu sa préférence autrement, par exemple s'il avait été confronté à une norme d'origine externe. Quitte à décevoir les observateurs tentés de voir dans l'identité constitutionnelle un outil de contestation de l'intégration européenne, il a choisi la cohabitation.

La conciliation devient alors une méthode de travail, développée comme on le sait dans le cadre du «dialogue des juges», et qui conduit le plus souvent à arbitrer en faveur du droit de l'Union. Raisonner en termes «d'équivalence des protections» amène alors à réduire comme une peau de chagrin le champ de la protection offerte par la réserve identitaire tant il est évident que les garanties offertes par l'ordre européen recouvrent progressivement l'essentiel. Qu'il s'agisse des principes démocratiques prônés par la République de manière universaliste ou du fond matériel des droits et libertés qu'elle proclame, l'europanisation du droit par appropriation des valeurs nationales est désormais une réalité qui transcende le champ identitaire. Cette duplication porte en elle même la raréfaction de l'invocation de l'identité constitutionnelle, au point que certains y voient le signe de son dépérissement programmé<sup>48</sup>.

Dans ce contexte, l'hypothèse du conflit opposant la Constitution et le droit de l'Union devient de moins en moins vraisemblable pour peu que l'esprit de conciliation anime l'ensemble des protagonistes et au regard de son peu d'utilité contentieuse. La longue liste des décisions arrêtées par le Conseil constitutionnel abonde en ce sens. La liberté du juge dans son appréciation de la réserve de constitutionnalité l'a donc conduit à systématiquement préférer la convergence, l'articulation des systèmes à l'affrontement. Cette attitude a été décrite: «cultivant de manière habile l'imprécision et le caractère flou de son contenu, le juge constitutionnel en a fait un outil malléable et nécessaire dans les rapports de systèmes lui permettant, au cas par cas, de réguler l'intégration dans l'ordre interne du droit de l'Union européenne à l'occasion du contrôle des lois de transposition»<sup>49</sup>.

Ce faisant, l'attitude du juge constitutionnel n'est pas inconfortable, là encore décrite à merveille par Mathias Guyomar: «là où seraient mis en cause des règles ou principes constitutionnels qui, sans équivalent dans l'ordre juridique communautaire, correspondent au génie juridique

---

<sup>48</sup> D. BAILLY, *op. cit.*, 314.

<sup>49</sup> M. GUERRINI, *op. cit.*, 271; voir également F. LEMAIRE, «Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté», *RFDC*, 2012, n° 92, 840.

propre à notre pays, prenant vos responsabilités et mettant la puissance publique devant les siennes, vous veillerez au respect strict de notre Constitution. Mais là où, en revanche, règles et principes coïncident, le partage de souveraineté juridictionnelle auquel vous consentirez contribuera, de manière fort opportune, à ce que les juridictions nationales et la juridiction européenne puissent se relayer et se compléter efficacement pour assurer le nécessaire respect d'un espace juridique désormais partagé<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Conclusions précitées, *RFDA*, 2007, 384.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO  
E IDENTITÀ COSTITUZIONALE  
NELL'ESPERIENZA SPAGNOLA\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le relazioni tra ordinamento interno e ordinamento europeo a livello infracostituzionale. – 3. Il livello costituzionale. Relazioni di convergenza. – 3.1. La convergenza nel parametro di costituzionalità. – 3.2. La convergenza nel parametro di legittimità europea. – 4. Il livello costituzionale. Relazioni di conflitto. – 5. L'identità costituzionale nella sua dimensione conflittuale.

1. *Introduzione*

L'esperienza spagnola delle relazioni tra il primato del diritto europeo e il rispetto dell'identità costituzionale nazionale si inserisce nel contesto più ampio delle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamento interno. In questo contesto bisogna distinguere due livelli che hanno dato luogo a posizioni diverse nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo: il livello infracostituzionale e il livello costituzionale. Nel livello infracostituzionale, come vedremo, il Tribunale costituzionale non ha sollevato obiezioni sul primato del diritto europeo. Tuttavia, come cercheremo di argomentare, non vi è dubbio che l'elaborazione dottrinale dei rapporti tra il diritto europeo e quello interno risulta carente, nonostante l'ordinanza (*auto*) del TC 86/2011, del 9 giugno, avesse sollevato aspettative di cambiamento che non si sono concretizzate nella sentenza del TC 26/2014, del 13 febbraio, che ha deciso finalmente il caso *Melloni*.

Per quanto concerne il livello costituzionale, bisogna distinguere due differenti ambiti di relazione. Da un lato, tenendo conto delle caratteristiche del nostro sistema giuridico, bisogna riferirsi in primo luogo alle relazioni di convergenza tra il diritto europeo e il diritto interno, che trovano il loro ambito di espressione naturale, ancorché non unico, nel concetto di

---

\* Traduzione dal castigliano di Tommaso Poli.



blocco di costituzionalità (che in Italia si identifica fundamentalmente con la nozione di «norme interposte» nel controllo di costituzionalità). Da un altro lato, collocandoci nel punto di tensione più evidente tra il diritto europeo e l'identità costituzionale interna, vi sono le relazioni conflittuali tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento nazionale.

Occorre rilevare, tuttavia, che l'identità costituzionale degli Stati non presenta soltanto una dimensione conflittuale, come quella derivante dalla sua considerazione come «controlimita», ma può operare anche nei rapporti di convergenza come dimostra la sua utilizzazione da parte della Corte di giustizia in diverse sentenze nelle quali è stato incluso il diritto costituzionale interno nel parametro di legittimità delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo, le quali sono state considerate legittime tenendo conto anche di queste particolarità del diritto costituzionale nazionale.

Si tratta di un'applicazione giurisdizionale del concetto di identità costituzionale cui corrisponde, a livello europeo, quella che nel diritto interno spagnolo suppone la possibile integrazione del diritto europeo nel blocco di costituzionalità. L'identità costituzionale è utilizzata in questo caso in senso ampio o estensivo per fare riferimento alle particolarità dei sistemi costituzionali degli Stati membri che non formano necessariamente parte dell'identità nazionale in senso stretto, in quanto nucleo duro ed essenziale dell'ordinamento costituzionale. Nonostante ciò, tenendo conto che, in questo senso stretto, l'identità nazionale è un concetto «di frontiera» che presenta innegabili problemi di specificità e difficoltà, forse irrisolvibili, per renderlo operativo come concetto giuridico che possa essere oggetto di applicazione giurisdizionale, quest'altra dimensione «impropria» dell'identità nazionale forse permette di riempirla di contenuto, inserendola in un rapporto normalizzato di convergenza tra ordinamenti giuridici, che disinnesci il suo potenziale politico di disturbo per il processo di integrazione europea.

Occorre rilevare, comunque, che il superamento delle questioni relative ai rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento costituzionale interno dipende, a mio giudizio, dall'esistenza di un'autentica Costituzione (la quale non era il Trattato costituzionale né è il Trattato di Lisbona) che favorisca l'articolazione di un ordinamento costituzionale europeo nel quale siano integrati, come ordinamenti derivati, gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Tuttavia, l'Unione europea non ha raggiunto ancora questo livello costituzionale originario e sappiamo che non lo conseguirà con il Trattato di Lisbona e non sappiamo se lo realizzerà in un futuro più o meno prossimo. Si potrebbe azzardare che questo risultato si raggiungerà soltanto in modo limitato, dal momento

che la comunità costituzionale europea rimarrà per molto tempo una comunità molto plurale e condizionata da forti asimmetrie, cosicché la tensione costituzionale non si risolverà chiaramente a favore del livello europeo. Tuttavia, le linee di sviluppo possono cambiare notevolmente a seconda dell'evoluzione degli Stati membri e del contesto globale nel quale l'Unione europea deve agire.

Le difficoltà della situazione attuale nei rapporti tra diritto statale e quello europeo non derivano soltanto dalla condizione di non originarietà dell'ordinamento europeo. Il problema è che, considerato il livello di sviluppo dell'integrazione europea, l'ordinamento europeo non solo non è un ordinamento originario, perché ancora non ha acquisito questa condizione, ma anche che l'ordinamento statale ha già smesso di esserlo poiché i compromessi giuridici lo collocano in una posizione di progressiva dipendenza giuridico-politica (non diciamo economica) dall'ordinamento europeo. In questa fase, pertanto, ci troviamo in un periodo di transizione nel quale gli ordinamenti statali hanno perso già gran parte della loro condizione di ordinamenti originari (fermo restando che essi la possano recuperare attivando il procedimento di cui all'art. 50 TUE, come nel caso del Regno Unito dopo il referendum sul «*Brexit*») e l'ordinamento europeo non ha acquisito ancora pienamente questa condizione. Questo periodo di transizione sta provocando alcuni dei problemi giuridici che ci troviamo ad affrontare nelle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti statali.

La caratteristica dell'organizzazione degli ordinamenti statali e europeo in questo attuale periodo di transizione non consiste nella circostanza che ci siano problemi di relazione, che sono perfettamente normali. Le difficoltà non derivano dall'esistenza di conflitti (che sono connaturati nelle relazioni tra ordinamenti, quali essi siano), ma dall'inesistenza di regole, di tecniche, di meccanismi che permettano di risolvere questi conflitti in maniera soddisfacente per le parti in disaccordo in tutti gli ambiti. E l'inesistenza di queste regole non potrà essere affrontata (se dobbiamo basarci sull'esperienza costituzionale acquisita sino ad ora) fino a quando questo periodo di transizione non termini e l'ordinamento europeo si configuri come un ordinamento costituzionale originario, dal quale gli ordinamenti costituzionali (derivati, pertanto) degli Stati membri dell'Unione derivino la propria legittimazione. Solo allora si potrà comporre la perdurante difficile articolazione dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti statali.

Allo stato attuale della questione e con riferimento all'esperienza spagnola, solo in uno dei livelli di relazione tra diritto europeo e interno, il livello costituzionale, è possibile parlare di inesistenza di regole che

consentano di risolvere i conflitti, considerato che nel livello infracostituzionale queste regole già esistono e sono state accettate dalla nostra giurisprudenza costituzionale.

## 2. *Le relazioni tra ordinamento interno e ordinamento europeo a livello infracostituzionale*

In questo livello infracostituzionale non si può affermare che il rapporto tra ordinamenti presenti oggi una problematica rilevante in Spagna. Al contrario, i principi dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione sono totalmente condivisi dal nostro Tribunale costituzionale. A questo proposito, il carattere vincolante del diritto europeo nei confronti di tutti i poteri pubblici è stato stabilito chiaramente già nella sentenza del TC 28/1991, del 14 febbraio. Nel FJ 4 di questa sentenza si afferma che: «a partire dalla data della sua adesione, il Regno di Spagna è vincolato al diritto delle Comunità europee, originario e derivato, il quale – per dirlo con le parole della Corte di giustizia delle Comunità europee – costituisce un ordinamento giuridico proprio, integrato nel sistema giuridico degli Stati membri e che si impone ai suoi organi giurisdizionali (sentenza Costa/ENEL, 15 luglio 1964)».

In effetti, è stato affermato che il diritto costituzionale degli Stati membri sta subendo una vera e propria mutazione costituzionale, tra gli altri aspetti, per quanto concerne la posizione dei giudici di fronte alla legge<sup>1</sup>. Il principio di subordinazione dei giudici alla legge, infatti, è relativizzato quando la legge interna è in contrasto con il diritto dell'Unione, obbligando i giudici a disapplicare la legge<sup>2</sup> a favore del diritto europeo o a sospendere la sua efficacia qualora sia pendente una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'UE. Non sembra che possa parlarsi, tuttavia, di un mutamento costituzionale ma, piuttosto, della necessaria utilizzazione di criteri di relazione tra ordinamenti che non sono previsti nella Costituzione spagnola, ancorché abbiano un chiaro fondamento costituzionale. Non sembra nemmeno accettabile la tesi del Tribunale costituzionale – che, purtroppo, non è stata rettificata malgrado le aspettative generate dall'*auto* 86/2011, del 9 giugno – secondo il quale la questione è carente del carattere di costituzionalità. Il primato dell'or-

---

<sup>1</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, 56 e *passim*.

<sup>2</sup> Non è diffusa in Spagna la distinzione tra «disapplicazione» e «non applicazione» propria della dottrina italiana, sulla quale rinvio a R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2015, 239.

dinamento europeo su quello statale per quanto concerne la disapplicazione delle norme infracostituzionali, e in particolare delle norme di legge, non è, come asserisce il Tribunale costituzionale, una questione estranea all'ordine costituzionale.

Secondo il Tribunale costituzionale, infatti, nella sentenza 28/1991, del 14 febbraio, (FJ 5), «l'asserito contrasto dei trattati con le leggi e con le altre disposizioni normative successive non è questione che riguarda la costituzionalità di queste e che, pertanto, deve essere risolta dal Tribunale costituzionale (STC 49/1988, FJ 14, *in fine*), ma questione la cui decisione, costituendo puro problema di selezione del diritto applicabile nel caso concreto, spetta agli organi giudiziari nelle controversie appartenenti alla loro cognizione. Insomma, l'eventuale violazione della legislazione comunitaria europea da parte delle leggi o delle norme statali o autonome successive non converte in una controversia costituzionale quello che è solo un conflitto di norme infracostituzionali che deve essere risolto nell'ambito della giurisdizione ordinaria».

Di fronte alla dottrina del Tribunale costituzionale su questo aspetto, bisogna dire che, ogni volta che una norma giuridica interna è in contrasto con una norma europea adottata nel legittimo esercizio delle competenze dell'Unione europea, ci troviamo dinanzi ad una violazione dell'ordine costituzionale delle competenze da parte del legislatore, e in particolare dell'art. 93 CE. La questione, avente ad oggetto la violazione dell'ordine costituzionale per il tramite della lesione dell'art. 93 CE (e questo è quello che dovrebbe avere affermato il Tribunale costituzionale), non richiede un intervento del Tribunale costituzionale per essere sanzionata (come quella che può prodursi quando sono lesi altri precetti costituzionali come è avvenuto nelle sentenze del TC 58/2004 e 194/2006) perché non esige un giudizio sulla legittimità della norma giuridica interna, per la quale solo il Tribunale costituzionale è competente. Inoltre, poiché questo giudizio in termini di legittimità è estremamente difficile da realizzare, la norma giuridica interna può essere applicata in ogni altra ipotesi in cui non vi è alcun contrasto con il diritto dell'Unione. Infatti, il giudice ordinario non deve dichiarare l'illegittimità della norma giuridica spagnola per procedere alla sua disapplicazione. Al contrario, deve limitarsi a disapplicare la norma statale interna in virtù del principio del primato, la cui effettività nel nostro ordinamento (come ha affermato il Tribunale costituzionale nella sua Dichiarazione 1/2004, FJ 4) deriva dall'art. 93 CE in relazione al diritto europeo. Questa disapplicazione dovrà prodursi, tuttavia, tenendo conto delle condizioni segnalate, tra le altre, nelle sentenze del TC 58/2004 e 194/2006, 78/2010, 145/2012 e 232/2015.

### 3. *Il livello costituzionale. Relazioni di convergenza*

#### 3.1. *La convergenza nel parametro di costituzionalità*

Se nel livello infracostituzionale le tecniche di risoluzione dei conflitti tra ordinamenti non sollevano problemi e, pertanto, può affermarsi che la relazione tra ordinamenti si realizza con normalità (all'interno della conflittualità connaturata nel sistema), diversamente accade nel livello specificamente costituzionale. In questo livello ci sono due questioni che meritano di essere menzionate: da un lato, quella del contrasto possibile tra il diritto europeo e il diritto costituzionale interno; da un altro lato, quella della possibile integrazione del diritto dell'Unione europea all'interno del blocco di costituzionalità (cioè non il suo *contrasto* con il diritto costituzionale ma la sua *confluenza* con lo stesso per determinare la costituzionalità o l'incostituzionalità del diritto infracostituzionale).

La percezione abituale del controllo di costituzionalità è quella di un contrasto diretto tra una norma infracostituzionale e un precetto costituzionale. Questo contrasto può determinare, di per sé, l'incostituzionalità della norma oggetto di controllo, in modo tale che il parametro di costituzionalità sia integrato unicamente dai precetti costituzionali. Questa percezione risulta incompleta, tuttavia, se teniamo conto della complessità dell'ordinamento spagnolo e la natura della Costituzione come norma che stabilisce la ripartizione delle competenze. Al controllo diretto si deve aggiungere, inoltre, il controllo indiretto di incostituzionalità, che si verifica quando insieme con i precetti costituzionali devono essere integrate nel parametro di costituzionalità norme infracostituzionali (quelle chiamate dalla dottrina «norme interposte») che hanno lo stesso rango di quelle che sono oggetto di controllo. Questo tipo di norme integrano il c.d. «blocco di costituzionalità» e devono essere osservate dai poteri pubblici in quanto autorizzano l'esercizio di competenze o disciplinano procedimenti che determinano la produzione giuridica delle stesse.

In Spagna questo concetto è stato applicato alle relazioni tra ordinamento statale e ordinamenti autonomi, in virtù di quanto previsto dall'articolo 28.1 LOTC, secondo il quale «Per valutare la legittimità o l'illegittimità con la Costituzione di una legge, disposizione o atto con forza di legge dello Stato o delle Comunità autonome, il Tribunale esaminerà, oltre ai precetti costituzionali, le leggi che, all'interno della cornice costituzionale, sono state dettate per delimitare le competenze dello Stato e delle differenti Comunità autonome o per regolare o armonizzare l'esercizio delle competenze di queste».

Il blocco di costituzionalità presenta aspetti positivi in termini di flessibilità che conferisce al sistema, specialmente in una situazione di

pluralismo ordinamentale. I conflitti tra ordinamenti, che devono essere risolti in base ai criteri sulle competenze, possono essere regolati in modo flessibile tenendo conto delle diversità delle norme infracostituzionali che integrano il parametro di costituzionalità. Da questa prospettiva, il blocco di costituzionalità suppone un'apertura alle necessità costituzionali nel livello legislativo e nelle relazioni tra i poteri territoriali.

Nonostante l'espressione «blocco di costituzionalità» si utilizzi abitualmente per riferirsi a norme che integrano il parametro di costituzionalità nei conflitti territoriali, è certo che questa categoria contiene norme eterogenee. Questa eterogeneità implica che possano essere diversi i motivi per i quali determinate norme servano come elemento del controllo di legittimità di altre norme. Così, per esempio, nel caso di uno Statuto di autonomia, è proprio la sua rigidità a determinare il suo inserimento nel parametro, poiché né il potere generale dello Stato né quello delle Comunità autonome possono modificare liberamente le norme sulla produzione giuridica incluse nello Statuto. Nel caso di un regolamento parlamentare la riserva costituzionale obbliga alla sua valutazione come parametro poiché le norme sulla produzione che include non potranno essere modificate per via legislativa. Quando si tratta di una legge di base, rispetto a un decreto legislativo, la stessa distinzione tra organi di produzione obbliga a rispettare le norme sulla produzione contenute nella legge di base.

Tuttavia, esistono anche ipotesi in cui non c'è né riserva materiale, né rigidità formale, né differenziazione organica che permettano di stabilire distinzioni formali che rendano praticabile l'utilizzazione di determinate norme come parametro di controllo della legittimità di altre norme. Si tratta di quelle ipotesi nelle quali la norma integrante il blocco di costituzionalità è una norma statale che può delimitare liberamente le competenze autonome perché la medesima attribuisce queste competenze (nel caso delle leggi previste dall'art. 150.1 e 2 CE). Riguardo alle norme autonome, la differenziazione formale e organica è chiara e, pertanto, la stessa utilizzabilità come parametro. Lo stesso, però, non si verifica con riferimento alle norme statali.

Si prospetta, inoltre, la questione se queste leggi vincolino in alcun modo il potere generale, e se possano essere utilizzate, per dichiarare incostituzionale una normativa statale contraria alle medesime. A questo proposito, bisogna tenere conto che le norme sulla produzione giuridica hanno necessariamente carattere generale<sup>3</sup>, per cui non è possibile am-

---

<sup>3</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, 12.

mettere eccezioni particolari alla normativa statale basata sull'articolo 150.1 e 2 CE. Quindi, mentre lo Stato può abrogare espressamente queste norme, non può, tuttavia, modificare questa normativa implicitamente e per singoli casi. Se lo facesse, queste misure potrebbero essere considerate illegittime, integrando il parametro di controllo le medesime leggi statali adottate in base all'art. 150.1 e 2 CE.

Nonostante l'eterogeneità manifesta del contenuto possibile del blocco di costituzionalità, c'è un elemento comune in tutte le ipotesi che possono darsi: quella della condizione di norme sulla produzione giuridica, che può determinare la legittimità di altre norme, benché abbiano il medesimo rango. Non vi è differenziazione gerarchica tra le norme parametro e le norme controllate. Non è il principio di gerarchia che determina questa singolare funzione che esercitano nel giudizio di costituzionalità. Al contrario, è il principio di competenza il fondamento ultimo di questa funzione: sono norme che attivano, delimitano o regolano le competenze (le potestà normative) assegnate a determinati organi. Realizzano, in tal modo, una funzione materialmente costituzionale<sup>4</sup>, quella di regolare i processi di produzione giuridica («l'ordine delle fonti in un ordinamento composto è quello stabilito dal blocco di costituzionalità, come è affermato nella sentenza del TC 214/1989, del 21 dicembre, FJ 5»). Funzione materiale che, tuttavia, non chiarisce da sola la sua complessa funzione nel sistema delle fonti.

Per quanto riguarda il diritto europeo si prospetta il problema che anche le norme europee possano essere integrate all'interno del parametro di costituzionalità. Il Tribunale costituzionale ha dato una risposta negativa a questa questione in conformità con la sua tesi che il diritto europeo non integra il parametro di costituzionalità. Il Tribunale costituzionale parte dal principio di autonomia istituzionale e procedimentale in base al quale né la competenza statale sulle relazioni internazionali (art. 149.1.3.<sup>a</sup> CE) né la garanzia che si attribuisce alle autorità statali per l'attuazione del diritto europeo possono alterare la distribuzione interna delle competenze tra Stato e Comunità autonome. Questo criterio è stabilito già nella sentenza del TC 252/1988 ed è ribadito nelle sentenze successive. In concreto, la sentenza del TC 236/1991, del 12 dicembre, afferma chiaramente che l'attuazione della normativa europea derivata nel diritto interno deve necessariamente seguire le procedure statali e statutarie di riparto delle competenze tra Stato e Comunità autonome. Quindi, l'esecuzione del diritto europeo spetta materialmente a chi è titolare della competenza, secondo le regole del diritto interno.

---

<sup>4</sup> Cfr. F. RUBIO LLORENTE, *El bloque de constitucionalidad*, in REDC, n. 27, 1989, 25.

Coerente con questo principio di non violare il riparto costituzionale delle competenze è, ovviamente, quello di non includere il diritto europeo nel blocco di costituzionalità, che è contenuto nella sentenza del TC 28/1991, del 14 febbraio. Il suo punto di partenza è l'affermazione che il diritto europeo non forma parte del parametro di costituzionalità (cioè del blocco di costituzionalità) poiché la violazione del diritto europeo non implica violazione dell'art. 93 CE. In questo modo, per il Tribunale costituzionale, né i Trattati né il diritto derivato formano parte del blocco di costituzionalità. Di conseguenza, l'applicazione corretta del diritto europeo da parte dei poteri pubblici nazionali è una questione di carattere infracostituzionale che non deve essere oggetto di cognizione nei processi davanti al Tribunale costituzionale (a meno che, come afferma Miguel Azpitarte, si produca la lesione specifica di altri principi costituzionali, come nel caso delle sentenze del TC 58/2004 e 194/2006).

Questa tendenza giurisprudenziale del Tribunale costituzionale stabilisce alcuni principi che non sempre sono seguiti nell'elaborazione concreta che realizza il medesimo Tribunale costituzionale. Infatti, il Tribunale costituzionale ha utilizzato il diritto europeo come strumento di interpretazione per stabilire a chi spettino determinate competenze, oltre alle disposizioni interne contenute nel blocco di costituzionalità. Lo ha utilizzato, pertanto, come elemento in più rispetto al parametro di costituzionalità, cioè del blocco di costituzionalità. Così, tra le altre, nella sentenza del TC 79/1992, del 28 maggio, il Tribunale costituzionale ammette la possibilità di accentrare alcune funzioni concrete quando sia necessario per la corretta applicazione del diritto europeo, relativamente ad aiuti economici delle Comunità europee che avevano fissato un importo totale massimo. In questi casi le richieste di aiuto e le relative erogazioni dovranno essere realizzate da un organo centrale poiché, diversamente, gli aiuti potrebbero superare questa quantità massima o potrebbero essere distribuiti in maniera diseguale. Questa tesi è ribadita nella sentenza del TC 117/1992, del 16 settembre, nella quale il problema non era l'importo massimo degli aiuti, ma dell'ambito territoriale che eccedeva in alcuni casi quello della Comunità autonome, poiché, secondo il Tribunale costituzionale, questi casi devono essere risolti da un organo centrale. Vi sono altri esempi successivi riferiti ad altre questioni (benché con alcune correzioni parziali: le sentenze del TC 148/1998 e 45/2001, tra le altre). È chiaro che si tratta di potestà che sono attribuite soltanto al potere centrale per le esigenze derivanti dal diritto europeo. Pertanto, il diritto europeo è stato utilizzato nella pratica come un elemento in più del blocco di costituzionalità per delimitare le competenze dello Stato e delle Comunità autonome in relazione a determinati ambiti materiali.



Il Tribunale costituzionale ha seguito una tendenza giurisprudenziale prudente per evitare che si affrontino questioni derivate dall'applicazione del diritto europeo. Per questo ha cercato di attribuire carattere «infracostituzionale» a questo tipo di questioni, quando si tratta di problemi di natura costituzionale, come abbiamo indicato precedentemente. Attualmente, questa qualità costituzionale, prevista dall'articolo 93 CE, non implica che debba essere il Tribunale costituzionale ad intervenire nella risoluzione dei conflitti tra diritto europeo e diritto interno (ancorché questo intervento possa verificarsi nel caso in cui siano lesi altri principi costituzionali: sentenze del TC 58/2004 e 194/2006). Questo intervento sarebbe necessario soltanto se le relazioni tra i due ordinamenti fossero regolate da un principio di gerarchia che determinasse l'illegittimità delle norme interne contrarie a quelle europee. Tuttavia, come abbiamo evidenziato, il principio del primato determina soltanto la ritrazione della norma interna e l'applicazione prioritaria della norma europea: si tratta di una questione di efficacia delle norme che deve essere risolta dal giudice ordinario.

Al di là di queste questioni tecniche, il Tribunale costituzionale dovrebbe tenere conto che il diritto dell'Unione si integra nell'ordinamento giuridico spagnolo e questo determina un'interazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo che inciderà anche a livello costituzionale. Quanto accade è che questa interazione, alla quale si riferisce il blocco di costituzionalità, in particolare in relazione agli ambiti competenziali statali e autonomici, non deve provocare necessariamente un aumento delle competenze statali su quelle autonome. Sembra chiaro che questa incidenza aumenta progressivamente conformemente all'intensificazione del processo di integrazione europea e che negare il problema – come fa il Tribunale costituzionale – non aiuterà a risolverlo né a controllare i suoi effetti.

L'*auto* del TC 86/2011, del 9 giugno, avrebbe potuto rappresentare una novità importante in relazione alla possibile integrazione del diritto europeo nel parametro di costituzionalità (sebbene non per il tramite del blocco di costituzionalità dell'articolo 28.1 LOTC). In quest'ordinanza, il Tribunale in seduta plenaria ha prospettato tre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'UE, che sono state decise nella sentenza del febbraio 2013 (Causa C-399/11, *Melloni*). Il Tribunale costituzionale ammise che il diritto europeo può integrare il parametro di costituzionalità, indicando nel suo FJ 4.b) che: «Nel presente ricorso di *amparo* questo Tribunale si trova di fronte ad un problema la cui soluzione dipende, in grande parte, dall'interpretazione e dalla legittimità delle disposizioni rilevanti della decisione quadro 2002/584/JAI del Consiglio, del 13 giu-

gno, così come dall'interpretazione dell'articolo 53 CDFUE e dalle conseguenze che derivano da questa disposizione» poiché «il canone di controllo che dobbiamo applicare (...) deve essere integrato a partire dalle norme dell'Unione europea che proteggono i diritti fondamentali, così come da quelle che disciplinano il mandato di arresto europeo e la consegna». Era prevedibile, pertanto, un cambio sostanziale dell'orientamento seguito fino ad ora. Non è stato così, tuttavia, come evidenzia la sentenza del TC 26/2014, del 13 febbraio, nella quale si risolve la questione di fondo richiamando il diritto europeo come criterio interpretativo, mediante il rinvio all'art. 10.2 CE e alla sua mancata applicazione diretta come parametro del controllo di costituzionalità.

### 3.2. *La convergenza nel parametro di legittimità europea*

Come il diritto europeo può relazionarsi con il livello costituzionale del diritto nazionale confluendo nel parametro di costituzionalità e contribuendo alla decisione della giurisdizione costituzionale che deve giudicare sulla legittimità della norma interna, il diritto costituzionale sta sviluppando una funzione simile nell'attività della Corte di giustizia dell'UE. Si tratta di una conseguenza dell'incorporazione nell'articolo 4.2 TUE del rispetto obbligato dell'identità costituzionale degli Stati. È certo, tuttavia, che questa «identità costituzionale» ha scarsa attinenza con l'idea dei «controlimiti», cioè con l'idea di un nucleo essenziale nell'ordine costituzionale interno che non può essere violato per il tramite del diritto europeo.

Al contrario, si tratta di un meccanismo simile a quello del «margine di apprezzamento», che richiama l'identità nazionale «con la minuscola» come dice Pedro Cruz Villalón, la quale presuppone che l'identità nazionale perda il suo carattere assoluto. In questo modo, «L'identità costituzionale può essere invocata, con poche riserve, da parte degli Stati, ma al costo di dover competere con una pluralità di categorie e, in particolare, con un giudizio di proporzionalità»<sup>5</sup>. Come afferma Stelio Mangiameli, «le limitazioni all'applicazione di alcune disposizioni del diritto europeo sono conseguenza dell'interpretazione sistematica dello stesso diritto so-

---

<sup>5</sup> Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Tomo I, Giuffrè, 2015, 739, 742. Cfr anche A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in [www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/.../ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/.../ruggeri.pdf) e S. GAMBINO, *Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 18, Julio-Diciembre de 2012. Quest'ultimo è disponibile in Internet: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/02\\_GAMBINO.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE18/articulos/02_GAMBINO.htm).

vrnazionale, rispetto alla quale le disposizioni delle costituzioni nazionali sono assunte non per la loro portata normativa, ma come parte dei fatti rilevanti per l'applicazione dei principi europei, anche quando questi sono corrispondenti nei contenuti a nozioni adoperate dalle norme costituzionali nazionali»<sup>6</sup>.

In sintesi, potremmo affermare che la Corte di giustizia in questo caso non sta applicando i controlimiti in quanto tali, neanche «europeizzati», perché, in realtà, non definisce l'identità costituzionale come tale, ma fino a che punto determinate particolarità dell'ordinamento costituzionale possono regolare l'applicazione del diritto europeo. La circostanza che queste caratteristiche siano necessariamente parte integrante dell'«identità costituzionale» è più che discutibile. Questo non significa che non possono esserlo (per esempio, nel caso della dignità della persona in Germania) ma questa condizione non è rilevante per la Corte di giustizia poiché, anche se non facessero parte della «identità costituzionale», potrebbero essere applicate per regolare l'applicazione del principio del primato.

Nel caso *Omega*, la Corte di giustizia richiama il «margine di apprezzamento» che compete alle autorità nazionali competenti per decidere, nei limiti imposti dal Trattato, quando esiste un'eccezione di ordine pubblico che possa limitare la libera prestazione di servizi, dal momento che «le circostanze specifiche che possono giustificare il ricorso al concetto di ordine pubblico possono cambiare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra». Da questa prospettiva, la questione si risolve integralmente all'interno della cornice del diritto europeo poiché, afferma il Tribunale, «è indubitabile che l'obiettivo di proteggere la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, essendo irrilevante a questo riguardo che, in Germania, il principio di tutela della dignità umana goda di un regime particolare come diritto fondamentale autonomo»<sup>7</sup>. Occorre ricordare inoltre che la sentenza *Omega* è stata pronunciata nel 2004 quando ancora non era in vigore il Trattato di Lisbona e, pertanto, il riconoscimento specifico dell'identità costituzionale dell'art. 4.2 TUE<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> S. MANGIAMELI, *L'Unione Europea e l'identità degli Stati membri*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, 2015, Tomo III, 1839.

<sup>7</sup> Ciononostante la Corte di giustizia tiene conto anche che «secondo l'organo giurisdizionale remittente, il divieto di sfruttamento commerciale di giochi di intrattenimento che implicano la simulazione di atti violenti contro persone, in particolare mediante la commissione di omicidi, corrisponde al livello di protezione della dignità umana che la Costituzione nazionale ha chiesto di garantire nel territorio della Repubblica Federale di Germania».

<sup>8</sup> Cfr., sulla sentenza *Omega*, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa. Comentario a la Sentencia TJCE (Sala 1ª), de 14 de octubre de 2004 (Asunto C-36/02: «Omega»)*, in *Revista de Derecho Consti-*

Nella causa *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, la sentenza, del 2010, è già successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Infatti, il governo austriaco invoca proprio il rispetto dell'identità costituzionale sostenendo che «le disposizioni controverse nel giudizio principale intendono garantire l'identità costituzionale della Repubblica di Austria». Lo fa, tuttavia, in una forma peculiare poiché riconosce che non si tratta di un elemento del principio repubblicano dal momento che mira a garantire l'eguaglianza formale<sup>9</sup>. Da parte sua la Corte di giustizia è consapevole che «deve ammettersi che, nel contesto della storia costituzionale austriaca, la legge di abolizione della nobiltà, come elemento dell'identità nazionale, può essere tenuta in conto per bilanciare gli interessi legittimi con il diritto alla libera circolazione delle persone riconosciuto dal diritto dell'Unione», in modo che «la giustificazione dedotta dal Governo austriaco in riferimento alla situazione costituzionale austriaca deve essere interpretata come un'invocazione al potere pubblico».

È evidente che il richiamo all'identità costituzionale non era necessario, come risulta dal fondamento stesso della decisione della Corte di giustizia che, dopo avere reiterato l'idea che le autorità nazionali competenti debbano avere un «margine di apprezzamento» per decidere, nei limiti fissati dal Trattato, quando esiste un'eccezione di ordine pubblico, si concentra sulla questione fondamentale dell'eguaglianza che è quella che realmente permette di risolvere il problema, benché invochi espressamente l'identità costituzionale dell'art. 4.2 TUE: «Nella cornice della causa principale, il Governo austriaco ha indicato che la legge di abolizione della nobiltà costituisce l'applicazione più generale del principio di eguaglianza in diritto di tutti i cittadini austriaci. L'ordinamento giuridico dell'Unione ha come finalità quella di garantire il rispetto del principio di eguaglianza come principio generale del diritto. Questo principio è consacrato anche nell'art. 20 Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, è indubbio che l'obiettivo di rispettare il principio di eguaglianza è compatibile con il diritto dell'Unione». Infine «non sembra incongruo che uno Stato membro miri a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di preservare il principio di eguaglianza proibendo l'acquisizione, il possesso o l'uso per i suoi cittadini di titoli nobiliari o di elementi nobiliari che potrebbero far credere che la persona che li usa ostenti tale onore».

---

*tucional Europeo*, n. 5, Enero-Junio de 2006. Disponibile in Internet: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/14sixtosanchezlorenzo.htm>.

<sup>9</sup> «La legge di abolizione della nobiltà, anche quando non è un elemento del principio repubblicano, principio retto della Legge costituzionale federale, costituisce una soluzione fondamentale in favore dell'eguaglianza formale di trattamento di tutti i cittadini davanti alla Legge».

Da ultimo, nella causa C-151/13 *Comissione contro Spagna*, del 24 ottobre 2013, la Corte di giustizia fa riferimento ad un meccanismo di relazione tra l'ordinamento statale e quelli territoriali che, naturalmente, non forma parte dell'identità costituzionale spagnola, cioè la clausola di esercizio del potere sostitutivo del diritto statale su quello autonomico. Ancora, la Corte di giustizia discute sull'interpretazione di questa clausola da parte della Spagna, adottando una posizione, a mio giudizio, molto corretta, basata sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo: «si osserva che, secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale, il Regno di Spagna cita nelle sue osservazioni l'art. 149, co. 3, parte finale, della Costituzione che non sembra consentire l'applicazione delle norme statali per supplire alla mancanza di una normativa delle Comunità autonome, ma unicamente per colmare le lacune rilevate. Va aggiunto che il Regno di Spagna, in udienza, confermò che, nella presente causa, le Comunità autonome, ad eccezione della Comunità autonoma di Catalogna, non hanno esercitato le loro competenze legislative. In queste circostanze, l'applicazione della clausola di esercizio del potere sostitutivo nella presente causa non è pertinente perché attiene ai bacini idrografici situati fuori dalla Catalogna».

In realtà, in questo caso la Spagna invocherà l'art. 4.2 TUE in combinato disposto con l'art. 228, per. 3, TFUE, criticando la Commissione per aver voluto imporre la forma in cui è avvenuta la trasposizione della direttiva, lasciando intendere che bastava la clausola di esercizio del potere sostitutivo del diritto statale, stabilita nell'art. 149.3 della Costituzione spagnola, per garantire l'applicazione del diritto europeo. Naturalmente non si tratta di un profilo attinente all'identità costituzionale, come avviene anche negli altri casi menzionati. Tuttavia, l'importanza di questa giurisprudenza della Corte di giustizia consiste nella circostanza che sta recependo il medesimo concetto di identità costituzionale (ancorché in maniera «impropria») e, di conseguenza, le disposizioni costituzionali interne, nel parametro del giudizio di legittimità, benché queste disposizioni non siano, realmente, parte dell'identità costituzionale degli Stati. Si produce così una convergenza tra il diritto costituzionale e il diritto europeo al fine di risolvere le questioni di legittimità delle norme, simili a quelle che si producono anche nell'ambito interno, nel caso della Spagna, mediante il blocco di costituzionalità.

#### 4. *Il livello costituzionale. Relazioni di conflitto*

Relativamente alle relazioni di conflitto tra il diritto europeo e il diritto interno, si deve partire dal presupposto che il primato del diritto

dell'Unione europea non si arresta al diritto costituzionale interno. Non si distinguono a questi fini i diversi livelli del diritto statale. Inoltre, non sono previsti nemmeno dei meccanismi che permettano, nell'ordinamento interno, di conciliare le esigenze della conformità al diritto europeo con le esigenze del diritto costituzionale, che richiede, per modificare i precetti costituzionali, l'utilizzazione di un meccanismo specifico di riforma che per sua natura entra in contraddizione con l'efficacia diretta con la quale il diritto europeo deve applicarsi.

La normatività della Costituzione è il risultato di un processo storico lungo e difficile, un risultato tanto voluto, tuttavia, per i popoli dell'Europa come la stessa integrazione europea, in quanto permette di stabilire un ordine di convivenza stabile e pacifico che rispetti e garantisca la realizzazione dei diritti e delle libertà costituzionali. Non è difficile comprendere, da questa prospettiva, la perplessità con la quale il costituzionalista e i propri cittadini assistono ad un processo che, per non essere stato ancora completato, relativizza e pone la questione della normatività della Costituzione, senza offrire ancora un ordinamento costituzionale proprio nel quale si depositi il «sentimento costituzionale» dei cittadini europei, e che risponda alle stesse esigenze alle quali sono sottoposti oggi gli ordinamenti costituzionali interni.

Questa perplessità è condivisa dai Tribunali costituzionali degli Stati membri, tra i quali il Tribunale costituzionale spagnolo, il quale, adempiendo i propri obblighi di garante ultimo della Costituzione, ha stabilito chiaramente il principio che l'applicazione del diritto europeo non può realizzarsi in violazione dei precetti costituzionali perché l'integrazione in Europa non attenua la subordinazione dei poteri pubblici alla Costituzione. La dottrina del Tribunale costituzionale è chiara. Nella sentenza del TC 64/1991 si indica espressamente [FJ 4.b)] che «la cessione dell'esercizio delle competenze a favore di organismi sovranazionali non implica che le autorità nazionali cessino di essere sottomesse all'ordinamento interno quando eseguono obblighi provenienti da tali organismi, poiché anche in questi casi continuano ad essere un potere pubblico subordinato alla Costituzione e al resto dell'ordinamento spagnolo (art. 9.1 CE)». Nello stesso senso, tra le altre, la sentenza del TC 236/1991, del 12 dicembre, FJ 9.

Questo principio suppone che rimangano aperte tutte le vie processuali relative ai processi di costituzionalità sulle azioni dei poteri pubblici spagnoli, ancorché queste azioni siano necessarie poiché derivano dall'attuazione del diritto europeo. In questa sentenza il Tribunale lo indica con riguardo al ricorso di *amparo*: «è chiaro che, nella misura in cui è impugnato, mediante un ricorso di *amparo*, un atto del potere pubblico che,

essendo stato adottato in esecuzione del diritto comunitario europeo, potrebbe violare un diritto fondamentale, la cognizione di tale lesione spetta a questa giurisdizione costituzionale, indipendentemente dalla circostanza che quell'atto sia o meno conforme secondo l'ordinamento comunitario europeo, e senza pregiudizio del valore che questo abbia ai fini di quanto disposto dall'art. 10.2 CE».

A partire da questo contrasto tra il livello costituzionale interno e il diritto europeo il Tribunale costituzionale aderisce alla dottrina italiana dei «controlimiti», destinati ad operare come nucleo costituzionale di resistenza di fronte al diritto europeo, in quanto principi essenziali dell'ordinamento costituzionale interno che non dovrebbero cedere di fronte al principio del primato. Naturalmente, il Tribunale costituzionale ha tenuto conto che si era cercato di europeizzare questi controlimiti precedentemente per il tramite dell'art. I-5.1 del Trattato Costituzionale e ora per il tramite dell'art. 4.2 TUE, modificato dal Trattato di Lisbona, che stabilisce che l'Unione rispetterà l'identità nazionale degli Stati, relativa alle strutture fondamentali politiche e costituzionali, anche per quanto riguarda l'autonomia regionale e locale.

La medesima Unione europea ha riconosciuto, pertanto, che esiste un nucleo costituzionale, integrato dalle strutture politiche e costituzionali fondamentali degli Stati membri, che deve essere preservato. Si apre così il campo per un conflitto latente sul piano costituzionale tra gli Stati membri e l'Unione europea, che permetta di affrontare la possibile relativizzazione del principio del primato. Non è, tuttavia, una questione esente da problemi poiché il principio del primato dipende dalla stessa esistenza dell'Unione europea come ordinamento giuridico. Per questo motivo, il conflitto costituzionale continua ad essere privo di una soluzione facile. D'altro canto, perché questo conflitto si produca è necessario che si diano le condizioni che lo giustifichino, che non è il caso della prima sentenza di un Tribunale costituzionale di uno Stato membro (quella del Tribunale costituzionale della Repubblica Ceca del 31 gennaio 2012) che dichiarò *ultra vires* un atto giuridico di un'istituzione europea, considerando che la precedente sentenza della Corte di giustizia (del 22 giugno 2011, Causa C-399/09, *Landtová*) travalicò le competenze trasferite all'Unione europea in virtù della previsione dell'art. 10.a) della Costituzione ceca.

È evidente, in ogni caso, che ci troviamo davanti ad una possibile contraddizione che risulta oggi irrisolvibile con i meccanismi che fino ad ora sono stati utilizzati per articolare i rapporti tra l'ordinamento europeo e quello statale. Ed è irrisolvibile per quello che è stato detto sul periodo di transizione nel quale si trova attualmente il processo di integra-

zione europea. Sarà perfettamente superabile, tuttavia, quando esisterà una Costituzione europea, alla quale devono essere sottoposti i precetti costituzionali degli Stati membri dell'Unione. Nonostante l'evoluzione che può conseguire il Trattato di Lisbona, resta in piedi, tuttavia, la questione che il diritto costituzionale europeo si configuri come il «diritto supremo» proprio di un sistema federale. In quel momento non sarà possibile imporre l'incostituzionalità del diritto europeo di fronte alla Costituzione statale perché i medesimi Tribunali costituzionali saranno anche tribunali europei, e avranno l'obbligo di applicare la Costituzione europea sulla Costituzione interna. Esisterà, nei termini già conati per il federalismo statale, un «collegamento più stretto» dei Tribunali costituzionali nell'ordinamento costituzionale europeo di quella che già esiste rispetto all'ordinamento costituzionale interno.

Nella giurisprudenza costituzionale spagnola è stata sollevata nuovamente la questione del conflitto costituzionale in occasione del processo di ratifica del Trattato Costituzione, dovuto al riconoscimento espresso del principio del primato di cui all'art. I-6, in virtù del quale «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri». Questa disposizione, che è stata eliminata dal Trattato di Lisbona (poiché il principio del primato è stato incorporato ora nella Dichiarazione 17 allegata all'Atto finale della CIG che adottò il Trattato di Lisbona), aveva suscitato la questione della sua possibile contraddizione con l'art. 9.1 CE («I cittadini e i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico»). Questa questione fu affrontata dal Consiglio di Stato nel suo *Dictamen sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, in cui ha suggerito al Governo della Nazione di fare uso dello strumento dell'art. 95.2 della Costituzione spagnola per promuovere davanti al Tribunale costituzionale un giudizio sulla conformità del Trattato di Lisbona. Il Tribunale costituzionale risolve questo giudizio con la Dichiarazione 1/2004, del 13 dicembre, nella quale afferma: «1.° Non esiste un contrasto tra la Costituzione spagnola e l'art. I-6 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004. 2.° Non esiste contrasto tra Costituzione spagnola e gli artt. II-111 e II-112 di detto Trattato. 3.° L'art. 93 della Costituzione spagnola è sufficiente per la prestazione del consenso al Trattato riferito». Il Tribunale decide anche «di non rilasciare alcuna dichiarazione con riferimento alla quarta delle domande del Governo relativa alla modalità della riforma costituzionale che dovrebbe essere seguita per adeguare il testo della Costituzione spagnola al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa».



Il Tribunale ribadisce in questa Dichiarazione la tesi precedente, ritenendo che il possibile contrasto tra il diritto europeo e la Costituzione spagnola obbligherebbe ad un pronunciamento del Tribunale: «Nel caso difficilmente concepibile che nell'ulteriore evoluzione del diritto dell'Unione europea questo diritto risulti essere inconciliabile con la Costituzione spagnola, senza che gli ipotetici eccessi del diritto europeo nei confronti della Costituzione europea siano risolti mediante gli strumenti ordinari in questa previsti, in ultima istanza la salvaguardia della sovranità del popolo spagnolo e della supremazia della Costituzione, che spetta al Tribunale costituzionale, potrebbero condurlo a risolvere i problemi che sorgeranno, i quali nella prospettiva attuale si considerano assenti, per il tramite degli appositi procedimenti costituzionali, e questo al di là del fatto che la salvaguardia della sovranità che risulta sempre assicurata dall'art. I-60 del Trattato, vero contrappeso dell'art. I-6, e che consente di definire nella sua dimensione reale il primato proclamato in quest'ultimo, incapace di sovrapporsi all'esercizio di una rinuncia, che rimane riservata alla volontà sovrana, suprema, degli Stati membri» (DTC 1/2004, FJ 4).

##### 5. *L'identità costituzionale nella sua dimensione conflittuale*

Alla luce delle considerazioni sopra esposte è possibile elaborare alcune conclusioni sull'identità costituzionale e sulla relativa incidenza nelle relazioni tra ordinamento europeo e ordinamento interno.

Innanzitutto sembra chiaro che bisogna distinguere tra una dimensione conflittuale e una dimensione di convergenza dell'identità costituzionale. La prima riguarda i controlimiti, consistenti in un nucleo costituzionale potenzialmente resistente di fronte al principio di primazia. La seconda ha ad oggetto, tuttavia, l'utilizzazione che la Corte di giustizia sta facendo delle particolarità costituzionali interne degli Stati membri (definite ora come «identità costituzionali») per regolare l'applicazione del principio di primazia.

Questa prospettiva giurisdizionale europea dell'identità costituzionale, nell'applicazione dell'art. 4.2 TUE che la Corte di giustizia sta fornendo, può inquadrarsi, come abbiamo visto, all'interno delle relazioni di convergenza tra ordinamenti, e corrisponde all'idea di convergenza che abbiamo segnalato nell'ambito interno spagnolo rispetto al blocco di costituzionalità. In questo ultimo caso, si tratta di integrare il diritto europeo nel parametro di costituzionalità interno quando risulta opportuno, e, allo stesso modo, nel primo caso, di considerare il diritto costituzionale interno nel giudizio di legittimità esercitato dalla Corte di giu-

stizia. In questo modo, l'identità costituzionale opera come un elemento qualificato nella costruzione del significato normativo della disposizione europea, che potrebbe avere una portata differente nell'ipotesi in cui l'interprete non disponesse di un mandato esplicito di tenere in conto l'identità costituzionale.

La dimensione conflittuale dell'identità costituzionale, tuttavia, concerne i controlimiti, i quali consistono in un nucleo costituzionale eventualmente resistente di fronte al diritto europeo in quanto definiscono l'identità costituzionale dello Stato. A mio parere, da qui si prospettano i problemi di una potenziale tensione tra il diritto europeo e il diritto interno. Dovremmo pertanto valutare il contenuto dell'identità costituzionale che ci consenta di dare conto della sua condizione di «concetto di frontiera» che deve operare solo come ultima risorsa nel caso in cui il conflitto tra diritto europeo e diritto interno sia davvero irrisolvibile.

La definizione di quello che può essere considerato come parte integrante della «identità costituzionale» di uno Stato non è facile. Si tratta di un concetto che fa riferimento ad un minimo inderogabile che ci richiama ad altri concetti simili che nella Costituzione del pluralismo rinviano ad organismi arbitrari per individuare ciò che permette di riconoscere un diritto (così, la garanzia del contenuto essenziale del diritto) o un'istituzione (la garanzia istituzionale) in quanto tale. Tuttavia questi organismi arbitrari mancano in relazione al diritto europeo e al diritto interno perché né la Corte di giustizia né i Tribunali costituzionali interni possono avere l'ultima parola tranne che nel loro specifico ambito decisionale, rispettivamente nel diritto europeo o nel diritto costituzionale interno. Da questa prospettiva, la Corte di giustizia non può definire il significato ultimo dell'identità costituzionale dal momento che, come abbiamo visto, si limita ad utilizzarlo in maniera strumentale come uno dei fattori di cui tenere conto per regolare l'applicazione del principio del primato. Ma nemmeno può accollarsi questa funzione l'altra parte, il Tribunale costituzionale interno, perché l'identità costituzionale è un concetto di frontiera e le frontiere non le delimita solo una delle parti. I Tribunali costituzionali possono qualificare l'identità costituzionale ai fini interni ma non possono pretendere di chiarire la portata che questa definizione abbia ai fini europei in virtù dell'art. 4.2 TUE.

Infatti, benché l'identità costituzionale riguarda la Costituzione nazionale di cui può essere un «interprete supremo» una giurisdizione costituzionale interna che abbia l'ultima parola, è anche vero che, nella misura in cui può operare come un limite al principio del primato implica un'interpretazione della portata del diritto europeo, la quale compete alla Corte di giustizia dell'UE. Quindi, non c'è una risposta univoca su

questa questione. Pertanto, non c'è un'istanza giurisdizionale che permetta di stabilire il significato ultimo dell'identità costituzionale in quanto nucleo essenziale dell'ordinamento costituzionale interno.

Tuttavia, i problemi non finiscono qui perché, in realtà, la nozione di identità costituzionale è necessariamente vincolata a concetti come la sovranità nazionale, e il potere costituente originario, le clausole di intangibilità delle Costituzioni o il potere di riforma costituzionale. Questi concetti sono giustamente quelli che sono stati più compromessi dal processo di integrazione europea. Lo Stato nazionale dell'integrazione sovranazionale non ha più la condizione di sovrano in ambito esterno (non l'aveva precedentemente in ambito interno con le Costituzioni normative) né è dotato di un potere costituente originario mentre continua ad essere un membro dell'Unione europea. L'integrazione sovranazionale ha generato un'inevitabile frammentazione del potere costituente<sup>10</sup>, che deve essere tenuta in conto anche quando si analizza il concetto di identità costituzionale.

Il collegamento del concetto di identità costituzionale con la riforma costituzionale e con il potere costituente ci colloca su un terreno specialmente sensibile e poco stabile perché la stessa idea di identità costituzionale risulta fino a un certo punto incoerente con la possibilità di riforma costituzionale, che inevitabilmente ci conduce alla trasformazione della Costituzione e dell'identità costituzionale. Neppure l'esistenza di disposizioni immodificabili può essere considerata un ostacolo insormontabile alla riforma costituzionale, che definisce un nucleo essenziale resistente di fronte al diritto europeo. Da una parte, innanzitutto, poiché in alcuni ordinamenti europei non ci sono queste clausole di eternità o non ci sono nemmeno disposizioni specifiche, come è il caso della Spagna per la «revisione totale» della Costituzione. Dall'altra, soprattutto, poiché un sistema democratico non può escludere l'esercizio legittimo del potere costituente per dotarsi di un nuovo ordinamento costituzionale. Risulta sorprendente a questo riguardo la linea difensiva che il Tribunale costituzionale federale tedesco ha inteso tracciare, nella «sentenza Lisbona», di fronte ad una possibile evoluzione in senso federale dell'integrazione europea. Innanzitutto, poiché le clausole di eternità sono un'istituzione dello Stato nazionale, destinato a prevenire involuzioni democratiche che non hanno senso per uno Stato membro dell'Unione europea. Inoltre per la circostanza che l'unificazione tedesca si è realizzata nella cornice della Legge Fondamentale di Bonn, sebbene abbia determinato un cambio nel

---

<sup>10</sup> Cfr., il mio lavoro *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale visti dalla Spagna*, attualmente in stampa in *Nomos*.

soggetto costituente, senza osservare il procedimento stabilito nell'art. 146 della Legge Fondamentale di Bonn per dotare il popolo tedesco di una «Costituzione» («*Verfassung*»).

Se l'identità costituzionale nella sua dimensione conflittuale implica l'esistenza di un nucleo essenziale irrinunciabile della propria Costituzione, ma la Costituzione permette la revisione totale, come nel caso della Spagna o ha reso possibile l'istituzione di un nuovo soggetto costituente, come nel caso della Germania, senza cambiarne l'identità, qual è in realtà l'identità costituzionale? Secondo me, l'identità costituzionale che può essere fatta valere di fronte all'integrazione europea deve tenere conto necessariamente di queste aperture delle Costituzioni alla riforma o alla trasformazione del sistema costituzionale all'interno di un sistema democratico. Da questa prospettiva bisogna affermare che la democrazia pluralista e la Costituzione sono coestensive, la democrazia è sempre più ampia della Costituzione. In questo caso l'ordine costituzionale deve garantire la libera espressione democratica della società, intesa nei termini di democrazia pluralista (con il dovuto rispetto dei diritti delle minoranze). È proprio la democrazia pluralista che si può identificare essenzialmente con l'identità costituzionale e non con contenuti specifici dell'ordinamento costituzionale che si possono modificare mediante la riforma costituzionale o mediante l'esercizio democratico del potere costituente. Sono le condizioni democratiche proprie dell'ordinamento costituzionale a segnare il limite dell'identità costituzionale di fronte ad un diritto europeo che, in linea di principio, partecipa di questi valori e deve garantirli nell'ambito dell'Unione europea anche di fronte alle tendenze involutive degli Stati membri<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Ciò che certamente non sta accadendo, in pratica, se pensiamo agli esempi di Ungheria e Polonia. Una questione differente, che non possiamo sviluppare in questa sede riguarda l'identità costituzionale di alcuni Stati membri, come è il caso del Portogallo, della Spagna, dell'Italia o della Grecia. Le istituzioni europee, da quanto è iniziata la crisi economica, si sono chieste se possiamo parlare ancora di un'autentica democrazia pluralista nel contesto dell'interpretazione economica della Costituzione che si è imposta in Europa e di fronte alla quale si dovrebbe imporre un'interpretazione costituzionale della crisi. Cfr., al riguardo, il mio lavoro, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa*, n. 1/2012. Disponibile in Internet in <http://www.unikore.it/index.php/indici/numero-1>. Versioni successive: *Crise économique et crise constitutionnelle en Europe*, in *Constitutions*, avril-juin de 2013; *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 98, Mayo/Agosto de 2013 e *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, Número 19, Enero-Junio de 2013, <http://www.ugr.es/~redce>.



JÖRG LUTHER

COSTITUZIONALIZZARE L'INTEGRATIONSGEWALT:  
NON SOLO QUERELLE DE L'ALLEMAGNE

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. La difficile traduzione di neologismi ambigui: «controlimiti», «*Integrationsgewalt*», «*Verbund*». – 3. La voce tedesca nel concerto degli autori, interpreti e revisori delle costituzioni europee. – 4. Il perfezionamento del diritto processuale costituzionale europeo. – 5. Il tridente contro eccessi del potere di integrazione: la difesa dei diritti fondamentali tedeschi, la nullificazione degli atti «*ultra vires*» e il controllo d'identità della costituzione. – 6. «*Don't touch my identity*»: la censura del tabù e il dialogo sui (contro-)limiti. – 7. Conclusioni interlocutorie: non esaurire tolleranza e pazienza.

1. *Premesse*

Per poter svolgere un contributo non semplicemente di diritto tedesco, ma comparato sul difficile tema dei c.d. «controlimiti», occorre innanzitutto praticare un'analisi del contesto di questa comparazione. Fanno parte del contesto non solo l'occasione della sentenza Taricco e il precedente controverso della sent. n. 238/2014, ma innanzitutto le ben note divergenze sulle politiche europee nelle varie nazioni e le crisi multipli della costituzione materiale dell'Unione europea. Sono in crisi i valori e i poteri dell'Unione, in particolare nella politica estera e di difesa e in quella della moneta e del welfare. Ed è in crisi il principio «*pacta sunt servanda*», non solo per gli accordi di Schengen/Dublino e il Fiscal Compact.

In questi contesti, la lettura della giurisprudenza costituzionale tedesca e della sua controparte dottrinale non possono pretendere di offrire al caso oggetto del seminario una soluzione straniera. Piuttosto può promuovere la ricerca di una razionalità di sistema della pluralità dei limiti, quello che si potrebbe chiamare il tridente di diritti fondamentali, competenze e principi d'identità costituzionale. La comparazione nutre la speranza che si possa rivalutare il contributo della dottrina e la sua responsabilità per un diritto costituzionale europeo comune, non dissolvibile da strategie di exit o da veleni di cinismo o ipocrisia. A tal fine si

propone la rivisitazione di un concetto tedesco particolare, la c.d. *Integrationsgewalt* o il potere di integrazione il quale può essere considerato uno strumento di manutenzione o perfezionamento della sovranità, ma anche un progetto di rilegittimazione dello Stato il cui insuccesso potrebbe indicare un pericolo di fallimento non semplicemente economico.

L'analisi dei contesti della comparazione parte pertanto dai problemi della traduzione e dall'ambiguità dei neologismi (2.), ricostruisce il dialogo delle costituzioni su legittimazione e limiti dell'integrazione europea (3.) e la rilevanza dei sistemi di giustizia costituzionale che veicolano la difesa dei principi costituzionali (4.). In questi contesti, la giurisprudenza costituzionale tedesca sta sviluppando un tridente di limiti al potere di integrazione, cioè la difesa sussidiaria dei diritti fondamentali, la nullificazione degli atti *ultra vires* e il controllo di identità costituzionale (5.). La recente sentenza sulla non estradizione dei condannati per contumacia in Italia e quella ancora più recente sull'OMT (6.) hanno intensificato il controllo del giudice costituzionale sull'esercizio dei poteri di integrazione, ma tale controllo non ha finora sempre evitato uno scontro.

Forse il paradigma mite del dialogo delle Corti, efficace a sostituire quello della «guerra» degli anni sessanta e settanta con schemi di leale collaborazione, non ha più riscontro in una realtà segnata piuttosto da scontri, minacce e ostentazioni di supremazia, non priva di momenti di ipocrisia e di cinismo. In questa costellazione, la conclusione principale è che ogni giudice deve innanzitutto riconoscere i propri limiti di giurisdizione, lasciando il diritto all'ira al giudizio divino, se possibile (7.).

## 2. *La difficile traduzione di neologismi ambigui: «controlimiti», «Integrationsgewalt», «Verbund»*

I «controlimiti» sono un termine oggetto di una convenzione linguistica della dottrina che ha interpretato una giurisprudenza costituzionale consolidata della durata di quasi mezzo secolo, ma ufficialmente accreditata e adottata dalla Corte costituzionale solo nella sentenza n. 238/2014<sup>1</sup>.

Le virgolette sono d'obbligo perché il termine vela qualche mistero e si presta sia a resuscitare la sovranità popolare usando la massima quasi giusnaturalista del «c'è un limite a ogni cosa» contro le stesse «limita-

<sup>1</sup> Corte cost. n. 98/1965, n. 183/1973, 170/1984. In dottrina cfr. soltanto P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte; Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406 ss.; G. GAIA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989 e i «controlimiti» alle superiorità del diritto comunitario*, in *Corte costituzionale, La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 81 ss. Da ultimo S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna, 2015, 318: «Dei «contro-limiti» la Corte costituzionale non ha mai fatto uso».

zioni della sovranità», sia a decostruire questa sovranità riducendola a un primato di principi fondamentali e diritti inviolabili, vincolanti forse perfino per lo stesso potere costituente.

Se si prova a tradurre «controlimiti» in altre lingue, si può agevolmente parlare in inglese di «counterlimits» o in francese di «contre-limites», ma la traduzione richiede sempre delle spiegazioni comparative piuttosto complesse e inevitabilmente interpretative perché la dottrina straniera non utilizza termini equivalenti<sup>2</sup>. Risulta peraltro difficile, se non impossibile, trasporre il termine direttamente e in modo meccanico nel linguaggio giuridico tedesco, dovendosi fare i conti con alcuni aspetti particolari della filologia generale e giuridica.

«Limite» nei suoi significati generali viene tradotto innanzitutto con «Grenze», termine a sua volta (ri-)traducibile in Italiano anche come frontiera o confine, quindi connotato anche territorialmente. «Grenze» è più fenomeno di una realtà e impossibilità che può essere oggetto di conflitti o frutto di una «Begrenzung» è un atto di demarcazione misurabile e di restringimento volontario di una facoltà (ad es. limite di velocità: *Geschwindigkeitsbegrenzung*, *Tempolimit*) o autolimitazione di un potere unilaterale. Un candidato per la traduzione dei controlimiti sarebbe la «Gegengrenze», termine che traduceva il greco «αντίορος», denominazione di una pietra di demarcazione con iscrizioni da ambo i lati. Nel linguaggio amministrativo austriaco, «Gegengrenze» era anche il «confine opposto» alla colera in Galizia, in quello filosofico di Rosenkranz a Hegel anche una sorta di «contro-confine» opposto alla Francia («*polarische Gegengrenze gegen Frankreich*»).

Se si vuole parlare invece dei limiti posti a un diritto fondamentale o di un potere («Gewalt» o «Rechtsmacht») o diritto di supremazia (*Hoheitsrecht*), il giurista tedesco preferisce piuttosto di «Schranke» (art. 5 co. 2 LF) o di «Beschränkung» (art. 24 co. 2 LF), cioè di una barriera che si oppone all'azione e all'esercizio del diritto o potere il quale risulta pertanto «beschränkt» (art. 8 (2), 10 (2), 13 (7) 104 LF) o «eingeschränkt» (art. 11 (2), 17a, 19 co. 1 LF). La traduzione ufficiale altoatesina dell'art. 11 della Costituzione italiana rende le «limitazioni della sovranità» pertanto con «*Beschränkungen der staatlichen Oberhoheit*».

<sup>2</sup> C. GREWE, *L'identité constitutionnelle des états membres de l'Union Européenne: flash back sur le coming-out d'un concept ambigu*, in CHEMINS D'EUROPE, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, 335: «La situation italienne est comparable sur le plan des principes, puisque la jurisprudence constitutionnelle a dégagé de la Constitution une réserve de constitutionnalité, appelée de manière significative controlimiti, constituant en quelque sorte le corollaire et – si l'on peut dire – la légitimation des limitations de souveraineté acceptées sur la base de l'article 11 pouvant aller jusqu'à la mise à l'écart de règles constitutionnelles de procédure à l'exception des règles matérielles».



Nel linguaggio giuridico tedesco si è stato peraltro creato un termine di «*Schranken-Schranken*» o «*Gegenschranken*», termine finalizzato esclusivamente alla relativizzazione dei poteri di limitazione di diritti fondamentali tramite precetti come il principio di proporzionalità e di rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Per un costituzionalismo di matrice più liberale come quello tedesco, che si propone di distinguere accuratamente i diritti dai poteri o diritti di supremazia (*Hobeitsrechte*), possono essere necessarie eccezioni alle limitazioni dei diritti, non anche eccezioni alle limitazioni dei poteri. Tuttavia non mancano voci più «étatistes» di chi ritiene implicito in ogni norma che impone o autorizza limitazioni a un potere anche un divieto di «superamento» o azzeramento dello stesso potere. Tra i critici della separazione dei poteri, i fautori della ragion di stato o i difensori della sovranità possono ritrovarsi pertanto anche lemmi come «*Grenzen der Souveränitätsbeschränkung*»<sup>3</sup>.

Nei dibattiti del secondo dopoguerra sulla separazione dei poteri è anche emerso il neologismo della «*Gewaltenverschränkung*», un termine traducibile come «intreccio dei poteri» (e quindi non distante dall'intreccio delle politiche, la c.d. *Politikverflechtung*). L'intreccio relativizza ma non abbandona il principio della separazione dei poteri, garantito come principio fondamentale della struttura dello stato tedesco che esige una articolazione di poteri che si frenano e controllano reciprocamente secondo il modello statunitense dei «*checks and balances*». Avviene sia orizzontalmente tra potere legislativo e potere esecutivo nella democrazia parlamentare<sup>4</sup>, sia verticalmente tra potere federale e poteri federati nei sistemi federali di RFG e UE<sup>5</sup>, cioè sia tra istituzioni sia tra ordinamenti<sup>6</sup>.

Al riguardo dell'intreccio tra ordinamenti, la dottrina giuspubblicistica tedesca aveva da tempo operato una distinzione tra il potere estero e la c.d. *Integrationsgewalt*, termine che si fonda sul verbo «*einordnen*» nell'art. 24 LF, preferito a quello di «*anschliessen*» (aderire/annettere).

<sup>3</sup> A. WEBER, *Europäische Verfassungsvergleichung*, München, 2010, 403: verfassungsrechtliche Grenzen der Souveränitätsbeschränkung.

<sup>4</sup> Cfr. G. LEIBHOLZ/H.J. RINCK, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Köln, 1966, 240; H. MEYER, *Das parlamentarische System des Grundgesetzes VVDStRL (33) 1975*, 111; H.-P. SCHNEIDER, *Gewaltenverschränkung zwischen Parlament und Regierung*, in *Gewaltentrennung im Rechtsstaat: zum 300. Geburtstag von Charles de Montesquieu; Vorträge und Diskussionsbeiträge der 57. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1989 der Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer*, Berlin, 1989, 77-89.

<sup>5</sup> D. HANF, *Gewaltenteilung, Gewaltenverschränkung oder Gewaltenverbindung? Mitwirkungsrechte der (Mit-) Gliedstaaten in Bundesstaat und Staatenverbund*, in *Funktionen und Kontrolle der Gewalten*, Stuttgart, 2000, 9-18.

<sup>6</sup> T. BEICHELT, *Auf dem Wege zur europäischen Gewaltenverschränkung: Der Deutsche Bundestag während der Eurozonenkrise*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 46, 2015, 778 ss.

Wilhelm Grewe concepiva nel 1953 il «potere di integrazione» come un potere speciale rispetto alla *treaty making power*, finalizzato a creare organizzazioni internazionali «più integrate» di quelle della prima metà del Novecento e a trasformare l'art. 24 LF da semplice norma programmatica in norma di principio vincolante<sup>7</sup>. Il concetto era stato già utilizzato da Rudolf Smend per caratterizzare la Costituzione come norma di un processo politico di integrazione continuamente rinnovabile, trovando poi applicazione alle organizzazioni internazionali e consentendo di contrapporre alle forme di integrazione funzionali quelle «personali», cioè la eroicizzazione di padri fondatori, e quelle sostanziali, cioè i valori dei diritti fondamentali e simboli, elementi costitutivi delle relazioni federali<sup>8</sup>. Questo concetto di «integrazione» era ambiguo, potendo avere un significato sia transitivo sia intransitivo, presupporre sia un potere di integrare sia un potere di integrarsi e riferirsi sia a procedure costituenti, sia ad atti costitutivi. Lasciava aperta la ricerca del soggetto della sovranità e facilitava l'idea che l'organizzazione integrata fosse sovranazionale ma non sovrana, costituendo un ordinamento sui generis. Consentiva di considerare l'integrazione europea voluta dalla Germania e non imposta dalle forze alleate di occupazione.

L'integrazione come anche l'intreccio sono forme di «composizione» più sofisticate di una «*Verbindung*», un semplice collegamento personale o procedurale tra istituzioni e ordinamenti. Pertanto è stato un giudice costituzionale, Paul Kirchhof, a lanciare nelle dinamiche della riunificazione il neologismo di «*Staatenverbund*» che enfatizza la natura più associativa (di scopo) e cooperativa che confederale dell'Unione europea e non significa altro che «unione». Ad esso hanno fatto eco i «*Verfassungsverbund*» (1996<sup>9</sup>), il «*Verwaltungsverbund*» (2004<sup>10</sup>), di «*Rechts-*

<sup>7</sup> Cfr. W. GREWE, *Die Auswärtige Gewalt*, VVDSTRL 12 (1954), 143.

<sup>8</sup> R. SMEND, *Integration* (1959), trad. it., «Integrazione» in *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano 1988, 284 «Qui si mostra con particolare chiarezza come integrazione non significhi addizione, unione estrinseca, bensì formazione di un nuovo intero mediante un nuovo coordinamento di membri sinora isolati. In questo processo di influenza reciproca, i membri devono modificare il loro modo di vivere effettivo e il loro status giuridico, con tutti i sacrifici e i vantaggi che ciò comporta».

<sup>9</sup> I. PERNICE, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, *Europarecht* (EuR) 1996, 27 ss.; IDEM, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in C. CALLIES (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, 2007, 6 ss.

<sup>10</sup> J. HOFMANN, *Rechtsschutz und Haftung im europäischen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004; E. SCHMIDT-ASSMANN, B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (eds.), *Der europäische Verwaltungsverbund: Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, Tübingen, 2005; cfr. anche W. KAHL, *Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen - Typen - Phänomene*, *Der Staat* 50, 2011, 353 ss.; M. RUFFERT, *Verwaltungsrecht im Europäischen Verfassungsverbund*, *Die Verwaltung*, 48, 2015, 547 ss. Un primo utilizzo del concetto si trova già nel contesto del

*prechungsverbund*»<sup>11</sup> e, da ultimo, il *Verfassungsgerichtsverbund* delineato dal presidente del Bundesverfassungsgericht di Karlsruhe, Andreas Voßkuhle. Quest'ultimo affronta i rapporti tra Karlsruhe, Lussemburgo e Strasburgo e usa il termine «*Verbund*» al fine di descrivere «*the numerous techniques of cooperation between the three courts, avoiding rigorous conceptions such as «equal footing» or «supremacy» to denote the relationship between the courts*»<sup>12</sup>.

Se si confrontano questi neologismi, concetti molto vaghi, liquidi e plastici, con altri analoghi impiegati nel diritto dell'Unione, in primis quello della c.d. identità costituzionale, si intuisce perché il linguaggio quasi postmoderno del diritto pubblico europeo non riesce ad essere percepibile come «*bürger-nah*», in prossimità dei cittadini. Sono tutti termini che trasmettono piuttosto l'idea di un ordine che non appalesa rapporti di subordinazione e sovra-ordinazione (*Gewaltverhältnisse*) o egemonie e le conseguenti responsabilità. Se ogni limite ha controlimiti, se l'integrazione è un processo senza fine, se tutto è collegato con tutto, l'unione diventa un luogo immaginario nel quale si accomodano tutte le istituzioni con propri codici, ma non si socializzano i cittadini con un proprio linguaggio comune.

### 3. *La voce tedesca nel concerto degli autori, interpreti e revisori delle costituzioni europee*

Se si prendono in mano le costituzioni degli stati firmatari dei trattati di Parigi (1951) e Roma (1957), si ritrova invece un linguaggio comune, sviluppatosi gradualmente tramite un processo di circolazione e sviluppo di idee e clausole sull'Europa che può essere rappresentato come un genere letterario di dialogo pacificante, ma anche come una sorta di *Gesamtkunstwerk*, un'opera d'arte non «totale» (come D'Annunzio traduce Wagner), ma composita o combinatoria di più arti, un concerto polifonico nel quale non si suonava ancora la nona di Beethoven, piuttosto il coro dei prigionieri del Nabucco.

---

diritto degli enti locali: E. BECKER, *Der Finanzausgleich, der Verwaltungsverbund und die Selbstverwaltungsgarantie*, in *Kommunale Finanzen: Vorträge und Diskussionsbeiträge des 27. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1959*, Stuttgart, 1960, 20 ss.

<sup>11</sup> S. OETER, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *Bundesstaat und Europäische Union zwischen Konflikt und Kooperation*, VVDStRL 66, 2006, 388.

<sup>12</sup> A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund* (TranState Working Papers, 106), Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2009, <http://econstor.eu/bitstream/10419/29686/1/614463556.pdf>.

L'inizio del concerto lo hanno fatto la costituzione francese del 1946, quella italiana del 1947 e quella tedesca del 1949. Il preambolo della costituzione della quarta repubblica francese («*sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix*») preludeva sia all'art. 11 della Costituzione italiana, sia all'art. 24 del Grundgesetz. Questi testi possono essere letti insieme come una sorta di preliminari dei trattati di Parigi (1951) e Roma (1957), cioè come autorizzazione ma anche come promessa vincolante per i governi nei confronti dei popoli di stipulare un patto federativo e sociale a livello europeo. Un comune spirito di federalismo internazionale ispirava i padri costituenti e traeva origine e forza anche dalla comune resistenza europea ai regimi del fascismo e nazismo.

Nel preambolo del Grundgesetz del 1949, il popolo tedesco dichiara la propria volontà «*di servire da membro, con parità di diritti, in un'Europa unita alla pace nel mondo*» e nel primo articolo «*riconosce i diritti umani inviolabili ed inalienabili come base di ogni comunità umana nel mondo*» (art. 1 co. 2), formule che nella dottrina sono state considerate per lo più come dichiarazioni di intenti e di amore, ma che concorrono a definire un vero e proprio mandato costituzionale di integrazione europea<sup>13</sup>. L'art. 24 del Grundgesetz introduceva peraltro, a titolo di precisazione dei testi precedenti, incluso quello italiano, una norma che autorizzava anche prima della fine del regime di occupazione a «trasferire diritti di supremazia» (*Hobeitsrechte*) ad istituzioni interstatali (*zwischenstaatlich*).

La norma tedesca fu successivamente recepita dall'art. 20 della costituzione danese (1953), dall'art. 49-*bis* della costituzione lussemburghese (1956) e dall'art. 92 della costituzione olandese (1953). Vi fecero eco fonti costituzionali analoghe, non sempre con riferimento esplicito all'Europa, in Norvegia (1962), Belgio (1970), Irlanda (1972 e ss.), Grecia (1975), Spagna (1978), Portogallo (1989/97), Francia (1992), Austria (1994), Svezia (1995), Polonia (1997), Finlandia (2000), Slovacchia (2001), Repubblica Ceca (2002), Ungheria (2002), Estonia (2003), Lettonia (2003), Slovenia (2003), Romania (2003), Malta (2003), Lituania (2004), Bulgaria (2005), Croazia (2010).

Le variazioni delle clausole sono notevoli, passando da limitazioni della sovranità al trasferimento di diritti di supremazia e a una delega all'esercizio associato di competenze predeterminate<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 u. a. –, NJW 2009, S. 2267 <2270>, § 225.

<sup>14</sup> Cfr. P. HAEBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7<sup>a</sup> ed. Baden-Baden, 2011, 76 ss.; C. GRABENWARTHER, *Staatliches Unionsverfassungsrecht*, in A. v. BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, 2002, 283 ss.; A. WEBER, *op. cit.*, 396 ss.

Oggi resta solo più il Regno Unito sprovvisto di una fonte costituzionale rigida che legittimi l'adesione all'UE<sup>15</sup>, ragione per la quale il referendum sul BREXIT poteva essere considerato una necessità costituzionale anche della stessa UE, almeno dal punto di vista ideale di un diritto costituzionale comune europeo che ha visto nel 1972 il primo importante precedente irlandese di referendum costituzionale sull'Unione europea e che esige un ancoraggio costituzionale adeguato nelle costituzioni nazionali.

Le costituzioni dei «padri» fondatori delle comunità possono essere lette congiuntamente non solo come una sorta di preliminari dei trattati, ma anche come un dialogo tra padri costituenti e revisori delle costituzioni. Il dialogo dei revisori fu sollecitato o ispirato dai giudici, avendo per oggetto le relazioni tra gli ordinamenti, ma anche partecipato dai professori per mezzo di dottrine. Innanzitutto va ricordato il parere del Consiglio di stato lussemburghese del 1952 che aveva giudicato legittima l'adesione al trattato istitutivo della CEEA che aveva giudicato legittima l'adesione, constatando e lamentando un'assenza di disposizioni della costituzione del Lussemburgo riguardanti il diritto internazionale, assenza riscontrabile anche in quella belga e successivamente colmata da una riforma costituzionale. La legittimità dell'adesione fu motivata con il potere del governo di apprezzare liberamente la necessità di proteggere lo Stato da un nuovo conflitto franco-tedesco: «(...) *en principe, il faut admettre qu'un Etat peut et doit renoncer à certaines parties de sa souveraineté, si le bien public, fin dernière de l'organisation étatique, l'exige*»<sup>16</sup>.

Nei primi anni delle comunità, la dottrina giuridica tedesca elaborava richieste di omogeneità strutturale tra diritto costituzionale nazionale e diritto europeo, pensando anche a un diritto comune dei diritti fondamentali quale diritto costituzionale non scritto del diritto comunitario. La *Integrationsgewalt* consentiva di derogare con legge di ratifica

---

<sup>15</sup> Una fonte materialmente costituzionale è tuttavia contenuta nel European Parliamentary Elections Act 2002, art. 12 «1): No treaty which provides for any increase in the powers of the European Parliament is to be ratified by the United Kingdom unless it has been approved by an Act of Parliament».

<sup>16</sup> [http://www.cvce.eu/obj/avis\\_du\\_conseil\\_d\\_etat\\_sur\\_le\\_projet\\_de\\_loi\\_portant\\_approbation\\_du\\_traite\\_instituant\\_la\\_ceca\\_9\\_avril\\_1952-fr-7b079966-2de6-4f4d-a566-049abaf07037.html](http://www.cvce.eu/obj/avis_du_conseil_d_etat_sur_le_projet_de_loi_portant_approbation_du_traite_instituant_la_ceca_9_avril_1952-fr-7b079966-2de6-4f4d-a566-049abaf07037.html): «Les rapports possibles entre le droit international et le droit interne ne sont pas envisagés par la Constitution. Nous ne pouvons que constater cette lacune dont il n'est guère besoin de signaler l'importance. Il ne sera pas possible d'éviter, à la longue, la création d'une disposition constitutionnelle expresse qui permettra d'intégrer dans le droit positif national les règles interétatiques qui envahissent de plus en plus le droit interne. Si l'évolution internationale se poursuit dans le sens qui semble s'esquisser, notre pays ne saurait se soustraire à la longue au devoir de remanier sa loi fondamentale».

alle disposizioni organizzative della Costituzione, ma tale legge doveva essere subordinata ai principi costituzionali fondamentali di democrazia e dello stato di diritto<sup>17</sup>. Questi principi potevano essere letti come l'equivalente funzionale dei contro-limiti, ma anche come una sintesi di quella «*basic structure doctrine*» che negli anni cinquanta delineava una «*freiheitlich-demokratische Grundordnung*» come il nocciolo duro della costituzione da custodire e da difendere contro ogni pericolo di rigurgito. Il giudizio costituzionale pendente sul divieto della NPD – dietro ricorso del solo Bundesrat – potrebbe peraltro consentire di includere anche l'apertura verso l'Europa nella «struttura di base».

La giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca degli anni sessanta stentavano ancora a riconoscere un primato limitato del diritto comunitario sul diritto nazionale, convergendo sulla necessità di una tutela dei principi fondamentali e della tutela dei diritti fondamentali<sup>18</sup>. Tali dottrine e i conflitti tra i giudici costituzionali e quelli del Lussemburgo hanno condizionato anche le nuove costituzioni e riforme costituzionali.

La Regeringsformen svedese del 1974 autorizzava il Riksdag ad attribuire poteri alle Comunità «sempre che queste garantiscano una protezione dei diritti e delle libertà fondamentali equipollente a quella prevista dalla presente Legge sulla forma di Governo» e dalla CEDU. Tale formula fu poi ampliata nel 2002 a favore di un «nella misura in cui non intacca i principi della forma di stato (pinciperner for statsskicket).

La costituzione greca (1975) recepiva da un lato il modello francese di un primato del diritto comunitario rispetto alle sole fonti legislative, dall'altro la formula italiana delle limitazioni volontarie della sovranità, «purché tali limitazioni siano imposte da un interesse nazionale importante, non ledano i diritti dell'uomo e le basi del regime democratico e siano compiute nel rispetto del principio di eguaglianza ed in condizioni di reciprocità» (art. 28 co. 3). Nel 2001, una legge interpretava questa clausola come «fondamento per la partecipazione del paese al processo di integrazione europea».

La costituzione spagnola (1978) invece optava per un controllo preventivo della costituzionalità dei trattati attributivi a organizzazioni internazionali di «competenze derivate dalla costituzione» (art. 93, 95),

<sup>17</sup> Fondamentale J. KAISER, P. BADURA, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, VVDStRL 23 (1966), 3 e 97 ss. con numerosi richiami alla giurisprudenza della corte costituzionale italiana. In precedenza G. ERLER, W. THIEME, *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*, VVDStRL 18 (1959), 3 ss.

<sup>18</sup> BerfGE 31, 145 (173 s.) (1971), Corte costituzionale sent. n. 183/1973, BVerfGE 31, 271 (279) (1974).

norma interpretata come non derogatoria al diritto «*a obtener la tutela efectiva (...) de sus derechos e intereses legítimos*» (art. 24 co. 1 Cost.) e quindi non preclusiva di un amparo contro atti applicativi di fonti del diritto dell'UE<sup>19</sup>.

In seguito alle sentenze *Vielleicht* (1979) e *Solange II* (1986)<sup>20</sup>, la sentenza irlandese *Crotty v. An Taoiseach* del 1987 metteva a sua volta in dubbio l'elasticità delle clausole europee della costituzione irlandese che non avrebbero offerto una «open-ended authority to agree, without further amendment of the Constitution, to any amendment of the treaties»<sup>21</sup>. La riforma della Costituzione irlandese del 1972 aveva autorizzato l'adesione alle comunità europee e quella del 1987 autorizzava la ratifica dell'Atto Unico europeo, assicurando che nessuna norma costituzionale pregiudica gli atti adottati in ottemperanza degli obblighi comunitari o si oppone all'esecuzione del diritto UE.

La riunificazione della Germania coincideva con la riforma della costituzione portoghese, inizialmente sprovvista di clausole europee, ed emendata nel 1989 con una clausola finalistica che impegnava il Portogallo a un «rafforzamento della identità europea» e a sostenere «un'azione congiunta degli stati europei a favore di democrazia e pace, progresso economico e giustizia internazionale» (art. 7 co. 5). Nel 1996, la nuova Unione europea fu salutata da un ulteriore comma che arricchiva il modello italiano di una saggia preoccupazione per la coesione sociale: «Il Portogallo, in condizioni di reciprocità, con il rispetto del principio di sussidiarietà e con l'obiettivo di realizzare la coesione economica e sociale, può convenire sull'esercizio in comune dei poteri necessari alla costruzione dell'unione europea».

A differenza delle successive riforme costituzionali in Francia e Spagna, l'introduzione dell'art. 23 della Legge fondamentale nel 1990, la riforma costituzionale austriaca per l'adesione all'UE nel 1994 e la riforma dell'art. 117 della costituzione italiana del 2001 non erano state sollecitate dai giudici costituzionali, ma venivano interpretate inizialmente più come un consolidamento e una codificazione parziale della giurisprudenza costituzionale nazionale. In Germania fu trascritta la sentenza *Solange-II* del Bundesverfassungsgericht (1986)<sup>22</sup>, dovendo l'UE garantire «una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragona-

<sup>19</sup> STC 64/1991.

<sup>20</sup> BVerfGE 52, 187; BVerfGE 73, 339.

<sup>21</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'effet de supranationalité sur la séparation des pouvoirs*, in H. BAUER, A. D'ATENA (eds. SIPE), *Die Wirkung der Supranationalität auf die Gewaltenteilung*, Athens-Berlin-Bruxelles, 2007, 7.

<sup>22</sup> BVerfGE 73, 339 ss.

bile rispetto a quella della Legge fondamentale», tutela quindi non identica a quella tedesca, come precisò la successiva sentenza sulle banane<sup>23</sup>. La riforma aggiungeva che l'UE doveva essere «tenuta al rispetto dei principi democratici, dello stato di diritto, sociali e federativi e del principio di sussidiarietà», principi eccedenti quelli sottratti alla revisione della Costituzione, ma non distanti dai principi fondamentali accreditati come controlimiti in Italia. Per irrobustire questi limiti creò un procedimento aggravato, analogo a quello della revisione costituzionale, per quelle modifiche delle basi pattizie dell'UE «attraverso le quali si modifica o integra la Legge fondamentale nel suo contenuto o si rendono possibili siffatte modifiche o integrazioni» (art. 23 co. 1 per. 3 LF). Questo procedimento aveva un modello olandese (art. 91 co. 3 Cost.) e creava una sorta di Ley organica, offrendo un appiglio per la recezione della teoria francese delle condizioni essenziali dell'esercizio della sovranità, parzialmente realizzata dalla successiva sentenza Maastricht. La riforma tedesca cercava di rafforzare i poteri del Bundestag e del Bundesrat, marcando infine un passaggio netto dalla semplice facoltatività dell'integrazione verso la sua obbligatorietà, passaggio che si doveva riflettere sia sui presupposti del diritto di recesso dai trattati cui alludeva la sentenza sul trattato di Maastricht del 1992<sup>24</sup> sia sul dovere di partecipazione della Germania alla banca centrale europea (art. 88 LF)<sup>25</sup>.

Le controverse sentenze tedesche sui trattati di Maastricht e di Lisbona<sup>26</sup> hanno esaltato la responsabilità del parlamento per l'esercizio del potere di integrazione, assorbendo il principio della democrazia nel diritto costituzionale di voto posto a base dei ricorsi costituzionali diretti contro tali trattati. Quelle francesi e spagnole hanno sviluppato interpretazioni convergenti, sebbene fondate più su un primato del diritto costituzionale. Facevano emergere da un lato una riserva di legge costituzionale per le norme dei trattati che contrastano con disposizioni costituzionali o con «conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale»<sup>27</sup>, dall'altro lato «*límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en*

<sup>23</sup> BVerfGE 102, 147 (164).

<sup>24</sup> BVerfGE 89, 155 (190).

<sup>25</sup> Cfr. J. FROWEIN, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in P. BADURA, H. DREIER (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, I, 211.

<sup>26</sup> BVerfGE 89, 155 ss.; 123, 267 ss.

<sup>27</sup> Conseil constitutionnel 1992-308 DC, 1992-312 DC, 1992-313 DC.



*nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia* (art. 10.1 CE)»<sup>28</sup>.

Anche altre sentenze costituzionali europee hanno scoperto limiti sostanziali impliciti al primato del diritto dell'UE, giurisprudenza attentamente registrata dagli stessi giudici costituzionali e supremi (cfr. *infra*, sub 5) e sintetizzata anche nella giurisprudenza e dottrina del diritto UE<sup>29</sup>. Nonostante le ancora notevoli differenze dei testi del diritto costituzionale nazionale dell'Unione europea e nonostante il rigetto del trattato costituzionale, il dialogo europeo dei padri costituenti e dei revisori delle costituzioni continua e coinvolge i giudici costituzionali e comuni nazionali, i negoziatori e i giudici dei trattati, perfino i professori e i cittadini europei, associati anche in referendum europei e responsabili dell'opinione pubblica comune europea<sup>30</sup>.

La circolazione e condivisione dei modelli realizzata da questo dialogo ha prodotto una tendenza verso la costituzionalizzazione dei poteri di integrazione che si è cristallizzata non in un trattato costituzionale, ma nella codificazione dei diritti fondamentali dell'UE, nella riformulazione degli obiettivi e dei valori dell'integrazione, nella differenziazione delle procedure di modifica dei trattati e di ratifica delle stesse modifiche, nel riconoscimento di un ruolo autorevole dei parlamenti nazionali nella formazione del diritto dell'Unione europea.

Nelle costituzioni europee restano tuttora delle differenze soprattutto con riguardo alla facoltatività o obbligatorietà dell'integrazione, ai limiti procedurali e sostanziali del trasferimento di poteri all'UE, ai limiti del primato del diritto dell'UE derivanti dalle fonti costituzionali, alla separazione dei poteri nella fase ascendente della formazione e discendente dell'implementazione del diritto dell'Unione europea e alla sindacabilità degli atti relativi.

<sup>28</sup> STC 1/2004.

<sup>29</sup> Cfr. A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: Primauté vs controlimiti*, *Riv. ital. dir. pubb. comp.*, 2004, 1309 ss. Importante per l'Italia è soprattutto dove sotto l'Austria le modifiche della costituzione che investono i principi fondamentali o le «leggi architettoniche» (Baugesetze) richiedono Cost. un referendum costituzionale: Corte costituzionale austriaca VfSlg 15.427/1999, 17.065/2003. In Polonia, l'art. 90 richiede una maggioranza di 2/3 o un referendum per la ratifica dei trattati UE, cfr. Corte costituzionale polacca 11.5.2005, *Europarecht* 2006, 237. Nella Repubblica ceca coesiste una clausola generica di integrazione con una clausola che rende irreversibili «le condizioni essenziali della democrazia» cfr. le sentenze della Corte costituzionale ceca 29.5.1997; 8.3.2006; 26.11.2008 e I. ŠLOSARČÍK, *EU Law in the Czech Republic: From ultra vires of the Czech Government to ultra vires of the EU Court?*, *ICL Journal*, 2015, 417 ss.

<sup>30</sup> Cfr. soltanto A. v. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2011; S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2006.

L'ultimo contributo al tema dei controlimiti è stato offerto dalla riforma della costituzione croata del 2010 che prescrive per le decisioni su associazione e dissociazione ad alleanze con altri stati, esclusa ogni unione balcanica, una doppia maggioranza, qualificata in parlamento e semplice nel referendum, e legittima la Croazia quale membro dell'UE nella partecipazione alle istituzioni della stessa a creare una unità politica europea «al fine di assicurare, insieme ad altri stati, una pace, libertà, sicurezza e benessere durevole e di realizzare altri obiettivi in armonia con i principi fondamentali e valori sui quali si regge l'Unione europea»<sup>31</sup>.

#### 4. *Il perfezionamento del diritto processuale costituzionale europeo*

L'Unione europea deve rispettare l'identità nazionale insita nella sua struttura fondamentale, cioè politica e costituzionale, dei suoi stati membri (art. 4 co. 2 TUE). Fanno parte della struttura costituzionale anche i sistemi di giustizia costituzionale tuttora molto diversificati e in trasformazione. Le loro tendenze di sviluppo sono in parte convergenti, in parte ancora aperte ed incerte per il mancato riequilibrio dei rapporti tra le giurisdizioni delle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo.

Guardandosi attorno, la Germania trova nelle vicinanze sia il modello olandese del divieto di sindacato di costituzionalità temperato dal primato del diritto internazionale pattizio tutelato dai giudici comuni, sia il modello della giustizia costituzionale austriaca con una CEDU «costituzionalizzata», sia il modello inglese delle tutele dello *Human Rights Act*, sia quello francese riformato della *saisine parlementaire et judiciaire*. Se si confronta il modello tedesco con quello italiano, si devono mettere subito in evidenza le differenze tra accesso individuale diretto per mezzo di *Verfassungsbeschwerde* e accesso solo per via incidentale, cui si aggiunge l'accesso delle minoranze parlamentari opposto ai ricorsi del potere esecutivo per via principale.

Nel contesto del potere di integrazione europea devono essere focalizzate poi le differenze tra gli strumenti di controllo del potere estero in

---

<sup>31</sup> Art. 143 Cost.: «Pursuant to Article 144 of the Constitution, the Republic of Croatia shall, as a Member State of the European Union, participate in the creation of European unity in order to ensure, together with other European states, lasting peace, liberty, security and prosperity, and to attain other common objectives in keeping with the founding principles and values of the European Union. Pursuant to Articles 140 and 141 of the Constitution, the Republic of Croatia shall confer upon the institutions of the European Union the powers necessary for the enjoyment of rights and fulfilment of obligations ensuing from membership».

generale e di quello di integrazione in particolare, in particolare la tematica dei controlli sui trattati e accordi in ambito UE<sup>32</sup>.

Per quanto riguarda l'accesso alla Corte di giustizia europea del Lussemburgo, prevale l'accesso indiretto, per vie giudiziarie o politiche, su quello diretto dei cittadini, viceversa privilegiato per l'accesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo a Strasburgo. Per quanto riguarda l'accesso al giudice costituzionale<sup>33</sup>, nella via incidentale non possono essere controllate direttamente le fonti dell'ordinamento UE, mentre il ricorso costituzionale individuale può avere per oggetto anche le leggi di approvazione dei trattati UE, gli atti amministrativi (*Verfassungsbeschwerde* austriaca) e le sentenze nazionali (*amparo* spagnolo) che interpretano il diritto dell'UE, incluse quelle delle giurisdizioni supreme o di *last ressort*. Il controllo indiretto è sempre più lento di quello diretto, senza per questo violare il diritto di accesso alla giustizia.

Storicamente la tutela giudiziaria dei diritti fondamentali contro l'esercizio dei poteri di partecipazione all'esercizio comune dei poteri trasferiti dell'UE è diventata la funzione europea principale dei giudici di Karlsruhe, peraltro in un rapporto di difficile cooperazione con i giudici di Lussemburgo e Strasburgo<sup>34</sup>. In Italia, la tutela dei diritti può avere per oggetto solo la legge di autorizzazione alla ratifica allorquando viola un diritto inviolabile e il principio fondamentale che garantisce l'inviolabilità dello stesso (art. 2 Cost.), il tutto senza poter trovare giustificazione nel principio internazionalistico della limitazione di sovranità (art. 11).

In Germania, le differenze tra diritti e principi fondamentali sono meno rilevanti, perché la costituzione sancisce diritti generali di libertà e di eguaglianza e i principi di democrazia e stato di diritto sono ancorati in diritti politici e processuali. I cittadini che pretendono il rispetto dei propri diritti politici di voto e candidatura difendono anche le competenze degli organi eletti e il principio di democrazia, quelli che difendono i propri diritti processuali soggettivi, sostengono lo Stato di diritto. Da queste domande, giudici costituzionali possono trarre una legittimazione maggiore rispetto a quella derivante da questioni prodotte in via istitu-

---

<sup>32</sup> Cfr. ora N. ZANON (a cura di), *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*, Milano, 2015.

<sup>33</sup> Cfr. i contributi di M. HARTWIG, *Il ricorso costituzionale individuale alla Corte costituzionale tedesca*, e J. LUTHER, *Il rinnovato interesse italiano per la Verfassungsbeschwerde*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali: il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, 79 ss e 95 ss.

<sup>34</sup> Cfr. soltanto D. THYM, *Vereinigt die Grundrechte!*, Juristenzeitung, 2015, 53 ss. cui ha risposto il giudice professore J. MASING, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, Juristenzeitung 2015, 477 ss. e il presidente del BVerfG, A. VOBKUHLE, *Integration durch Recht: der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts*, Juristenzeitung 2016, 164 ss.

zionale da parte di governi, minoranze politiche o giudici. Il Bundesverfassungsgericht si mette in scena come *Bürgergericht*, giudice della società civile, ma rischia anche di essere percepito come un *vetoplayer* non eletto e come fattore di populismo giudiziario.

Notevoli sono le differenze pratiche dell'architettura giudiziaria. La via incidentale avvicina la Corte costituzionale ai giudici comuni, ma crea problemi di coordinamento con le pregiudiziali europee, in caso di una concorrenza tra garanzie nazionali ed europee non facilmente risolvibili dal requisito della rilevanza che non è equivalente alla sussidiarietà del ricorso diretto.

A differenza della Corte costituzionale, il Bundesverfassungsgericht può innanzitutto invalidare delle sentenze che negano l'accesso indiretto, per via pregiudiziale, alla Corte europea di giustizia, considerato un giudice naturale precostituito per il diritto nazionale ed europeo.

Nel caso OMT<sup>35</sup>, il ricorso costituzionale individuale ha consentito addirittura di sollevare questioni pregiudiziali miste, di validità e di interpretazione, davanti alla Corte di giustizia, una sorta di prima parola attraverso la quale i giudici hanno implicitamente rivendicato un diritto alla proposta di soluzioni interpretative adeguatrici del diritto UE rispetto ai principi e diritti fondamentali della costituzione tedesca.

L'istituto del ricorso costituzionale individuale consente infine ai giudici di Karlsruhe di pretendere anche una sorta di diritto all'ultima parola, cioè oltre al giudizio finale sulle risposte dei giudici del Lussemburgo alle proprie questioni pregiudiziali anche un diritto a invalidare tutte le sentenze di giudici comuni che possano adottare interpretazioni del diritto UE contrarie ai principi e diritti fondamentali riconosciuti a Karlsruhe.

Sempre sotto un profilo più specificamente processuale occorre focalizzare poi ulteriori differenze tra le corti di Karlsruhe e Roma. Va notato innanzitutto che la Corte di Karlsruhe è incaricata di verificare le norme generali di diritto internazionale consuetudinario quali fonti incorporate nel diritto federale, anche se producono o limitano diritti e doveri umani (art. 100 co. 2 LF). Il giudice costituzionale tedesco è quindi da sempre anche un giudice del diritto internazionale e serve la *rule of law* internazionale.

Per quanto riguarda poi i trattati internazionali, la costituzione tedesca non ha né creato un procedimento di controllo preventivo sul modello francese (art. 54 Cost.) – recepito in Irlanda, Cipro, Portogallo, Spagna<sup>36</sup>,

---

<sup>35</sup> BVerfGE 134, 366.

<sup>36</sup> Cfr. STC 1/2004: iniziativa governativa sollecitata dal Consiglio di Stato.

Polonia, Ungheria, Bulgaria, Slovacchia ed Estonia<sup>37</sup>. Né ha escluso il controllo di costituzionalità della legge di autorizzazione alla ratifica, scelta invece compiuta dalla legge sulla Corte costituzionale belga per i trattati UE e la CEDU (1989)<sup>38</sup>. La legge istitutiva del Bundesverfassungsgericht contemplava inizialmente un procedimento di richiesta di pareri da parte delle istituzioni, ma tale procedimento fu considerato poco coerente con la natura giurisdizionale dell'organo<sup>39</sup> e pertanto abrogato nel 1956<sup>40</sup>. Una simile procedura è tuttora prevista in Olanda (art. art. 73 co. 1 Cost.) e Belgio nel consiglio di Stato per trattati diversi da quelli UE<sup>41</sup>, in Svezia in un apposito organo consultivo (Cap. 8, § 18 Regeringsform) e in Finlandia nella commissione affari costituzionali del parlamento, ma è soprattutto stata istituzionalizzata nella Corte europea di giustizia (art. 218 (11) TFUE).

Il Bundesverfassungsgericht ha tuttavia sviluppato forme di controllo preventivo per accreditare interpretazioni conformi alla costituzione, partendo peraltro da trattati particolari come quello contenente lo statuto del Saarland o quello che disciplinava le basi dei futuri rapporti tra RFGE e RDT<sup>42</sup>. Per consentire un controllo di costituzionalità della legge di approvazione della ratifica, ha dato un'interpretazione riduttiva dei requisiti di ammissibilità sia della *Verfassungsbeschwerde*, sia del ricorso di costituzionalità in via principale delle opposizioni e dei Länder. Tali ricorsi sono esperibili in effetti anche già prima della promulgazione della legge e prima della ratifica del trattato internazionale se il ricorso è di rilievo generale o se il ricorrente subirebbe uno svantaggio irrimediabile se dovesse adire le vie giurisdizionali comuni. Il principio della leale collaborazione tra gli organi costituzionali (Verfassungsorgantreue) vieta in tal caso di procedere alla ratifica fino alla definizione del giudizio e il Bundesverfassungsgericht può con provvedimento cautelare sospendere il deposito dello strumento di ratifica<sup>43</sup>. Lo stesso giudice costituzionale si considera in tal caso tenuto ad accelerare il proprio giudizio finale<sup>44</sup>.

---

<sup>37</sup> N. SONNTAG, *Präventive Normenkontrolle in Österreich*, Baden-Baden, 2014; S. BEDNARIK, *Präventive Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte*, Jur. Diss. Marburg, 2012.

<sup>38</sup> Art. 3, § 2, legge speciale del 6. 1.1989 sulla «Cour constitutionnelle».

<sup>39</sup> BVerfGE 2, 79 ss.

<sup>40</sup> Favorevole a una reintroduzione M. HILF, *Gutachten des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Verträgen?*, Festschrift U. Everling, Baden-Baden, 1995, I, 463 ss.

<sup>41</sup> Cfr. *Rapport de la Cour Constitutionnelle de Belgique présenté au XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes Vienne 12-14 Mai 2014: la Coopération entre les Cours Constitutionnelles en Europe - Situation actuelle et perspectives*, <http://www.const-court.be/public/stet/ff/stet-2014-002f.pdf>.

<sup>42</sup> BVerfGE 4, 157 (168); 36, 1 (2f., 14, 36).

<sup>43</sup> BVerfGE 1, 281 (283).

<sup>44</sup> BVerfGE 36, 1 (15).

L'anticipazione della tutela vale tuttavia solo per la fase di integrazione dell'efficacia del trattato, non potendo il giudice costituzionale interferire nei negoziati o usurpare le funzioni di controllo politico del parlamento. Sono stati dichiarati pertanto inammissibili tutti i ricorsi costituzionali diretti contro la firma di un trattato internazionale che non era stato ancora approvato dal Bundestag<sup>45</sup> o contro la partecipazione di un rappresentante del governo alla produzione di una direttiva UE che necessitava ancora di essere attuata<sup>46</sup>.

I revisori della costituzione italiana hanno creato una forma di controllo «ad iniziativa immediata» della costituzionalità degli statuti regionali (art. 123) e vorrebbero introdurre anche un ricorso costituzionale per un giudizio preventivo istantaneo contro le leggi elettorali da parte di un quarto dei membri della Camera o di un terzo dei membri del Senato, ma non hanno neppure esaminato ipotesi di un controllo preventivo sulle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati<sup>47</sup>. Nulla avrebbe vietato e nulla vieterebbe in futuro di intervenire sulla legge costituzionale di cui all'art. 137 co. 1 Cost. e controbilanciare i poteri accresciuti con un ricorso delle minoranze e/o dei presidenti delle camere finalizzato alla verifica della conformità alla Costituzione delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati UE. Il vantaggio di questo procedimento speciale è che offre una maggiore ancorché non perfetta certezza dell'armonia tra diritto costituzionale e diritto internazionale, il rischio è che si potrebbe percepire una confusione tra giustizia costituzionale e politica europea. Un tale strumento tuttavia non avrebbe effetti di rafforzamento dei contro-limiti. Piuttosto renderebbe più difficile quei passi di integrazione ulteriore che i padri costituenti avevano voluto lasciare alle maggioranze governative. Potrebbe anzi portare a una maggiore «costituzionalizzazione» delle norme che presiedono l'integrazione europea, essendo più difficile (ancorché non precluso) difendere i contro-limiti da leggi costituzionali interpretative anche dei principi fondamentali della costituzione che non da legge ordinarie.

In Germania, il controllo praticamente preventivo sulle leggi di assenso alla ratifica e sulle leggi attuative dei trattati UE ha offerto soprattutto il vantaggio di costringere il governo a prendere delle cautele interpretative. Prevenire mal-interpretazioni è infatti più facile che correggerle. Anche se la possibilità di anticipare il controllo di costituzionalità e di impedire con un provvedimento cautelare l'entrata in vigore di una

---

<sup>45</sup> BVerfGE 77, 170 (209 s.).

<sup>46</sup> BVerfG [Kammer], EuGRZ, 1989, 339 (340).

<sup>47</sup> Coraggiosamente solo S. CATELANO, I. PELIZZONE, *Controllo preventivo sui trattati dell'Unione europea: una riflessione de jure condendo*, in N. ZANON, *op. cit.*, 127 ss.

legge e di un trattato internazionale non esclude ulteriori controlli successivi di costituzionalità, il Bundesverfassungsgericht ha finora evitato sentenze interpretative su trattati internazionali che potessero essere lette come riserve tardive.

Anche le sentenze sui trattati di Maastricht e di Lisbona, a ben guardare, non dettano interpretazioni conformi, ma propongono piuttosto interpretazioni «orientate» verso principi e valori che concretizzano i principi fondamentali della costituzione tedesca. Una sentenza di interpretazione conforme alla Costituzione dei trattati UE è stata peraltro finora evitata. L'ordinanza di rimessione alla CGE nel caso OMT sembrava proporre un'interpretazione non solo orientata ma addirittura necessitata dall'esigenza di evitare una sentenza di Karlsruhe che imponesse una disapplicazione da parte delle autorità tedesche dell'atto in questione. La risposta della CGE ha scelto un'interpretazione diversa e nel suo giudizio finale Karlsruhe si è limitata ad interpretare tale risposta, non avendo il diritto di disapplicare la sentenza del giudice sovranazionale.

In ultima analisi, il diritto processuale costituzionale europeo risulta tuttora elastico e da perfezionare. Gli stessi principi fondamentali della democrazia e dello stato di diritto legittimano e limitano i poteri dei giudici costituzionali anche quando difendono diritti inviolabili. Il principio di attribuzione si radica in entrambi e vieta al giudice costituzionale di trasformarsi in un giudice d'appello contro sentenze internazionali. La difesa dei fondamenti della costituzione non è un titolo di legittimazione di sentenze costituzionali «sconfinanti» che possano superare i limiti dei poteri che la costituzione attribuisce al giudice costituzionale. In fondo, anche le sentenze costituzionali manifestamente sconfinanti potrebbero essere considerate *ultra vires*, cioè semplicemente da disapplicare senza necessità di impugnazione (art. 137 co. 3 LF).

5. *Il tridente contro eccessi del potere di integrazione: la difesa dei diritti fondamentali tedeschi, la nullificazione degli atti «ultra vires» e il controllo d'identità della costituzione*

Il concetto dell'*Integrationsgewalt* è stato accreditato nella giurisprudenza costituzionale tedesca sin dalla sentenza sul mandato europeo di arresto del 2005<sup>48</sup>, ma presuppone una gradualità e progressione del processo di integrazione riconosciuta sin dagli anni sessanta<sup>49</sup>.

La dottrina aveva sviluppato il concetto per mettere ordine in una serie di questioni aperte. Da un lato chiedeva di riconoscere la specialità

<sup>48</sup> BVerfGE 113, 227 (320), opinione dissenziente Bross.

<sup>49</sup> BVerfGE 22, 293 (296): «*fortschreitende Integration*».

del potere di «integrazione» rispetto al potere estero, perché i trattati di integrazione disciplinano lo status, i diritti e doveri dello Stato ordinamento in un'organizzazione sovranazionale concepita come una comunità di diritto (*Rechtsgemeinschaft*) che esige non di invalidare, ma di prevalere nell'applicazione pratica sul diritto potenzialmente confliggente degli stati membri, cioè pretende un primazia e non una supremazia o sovranità. Questa specialità consentiva a Karlsruhe di intensificare il controllo della compatibilità di fonti nazionali con il diritto comunitario rispetto al controllo di compatibilità con il diritto internazionale. Dall'altro lato, l'idea del potere di integrazione consentiva di affermare sia una responsabilità politica del governo per l'integrazione davanti al parlamento (*Integrationsverantwortung*) sia un controllo di costituzionalità dell'esercizio di questo potere rispetto a quei principi costituzionali che devono considerarsi sottratti tanto alla revisione del testo costituzionale quanto a deroghe strutturali tacite (*Verfassungsdurchbrechung*), risultando *unabdingbar*, cioè non disponibili a negoziazioni, ed *integrationsfest*, cioè resistenti all'integrazione.

L'*Integrationsgewalt* è come ogni altro potere legittimato e limitato dalla Costituzione e spetta pertanto alla Corte costituzionale garantirne i limiti e la legittimità. L'equivalente odierno dei «contro-limiti» italiani nella giurisprudenza costituzionale della tedesca sono tre eccezioni, cioè armi di difesa e freni, a più ripresi azionati da ricorsi costituzionali ed esaminati dal Bundesverfassungsgericht che sin dalla sentenza di Lisbona cerca di presentarli come un sistema coerente<sup>50</sup>.

La prima eccezione è quella della violazione di diritti fondamentali, secondo la giurisprudenza Solange per così dire in «stand by», cioè solo azionabile in caso di fallimento dei meccanismi di garanzia dei diritti fondamentali operativi nell'ordinamento UE.

La seconda è l'eccezione di incompetenza assoluta di un atto dell'UE (c.d. controllo *ultra vires*) che difende sostanzialmente la sovranità dello Stato costituzionale nazionale contro un ordinamento del quale non necessariamente si disconosce caratteri di originarietà, ma la capacità di vestire l'Unione di una competenza sulla competenza.

La terza eccezione è quella che lamenta una violazione delle garanzie di identità costituzionale, cioè del rispetto dei principi che sono esplicitamente sottratti alla revisione costituzionale per effetto dell'art. 79 co. 3 LF.

Si può osservare che la giurisprudenza successiva alla sentenza sul

---

<sup>50</sup> Cfr. J. LUTHER, *Il processo di Karlsruhe al trattato di Lisbona: alla ricerca di interpretazioni ragionevoli*, *Giur. cost.*, 2011, 925 ss. Per una documentazione completa K. KAISER (ed.), *Der Vertrag von Lissabon vor dem Bundesverfassungsgericht*, Heidelberg, 2013.



trattato di Lisbona ha cercato di approfondire l'interpretazione sistematica di questo «tridente» di eccezioni e di chiarirne gli effetti sui rapporti di cooperazione tra giudici costituzionali nazionali e giudici europei. A questo riguardo vanno ricordate le decisioni Honeywell (2010), *Anwendungserweiterung* (2011), *Antiterrordatei* (2013), OMT (2014) e processo italiano contumaciale (2015).

(1) Sul versante dei diritti fondamentali va innanzitutto ricordato la sentenza Honeywell del 6 giugno 2010 giudicava non violata la libertà fondamentale di stipulare contratti di lavoro (art. 2 co. 1, 12 co. 1 LF) dall'applicazione delle giurisprudenza Mangold che rappresentava invece un «perfezionamento giurisprudenziale del diritto» (*Rechtsfortbildung*) pienamente rispettoso dei limiti di competenza della CGE. In tal caso, la seconda eccezione si univa alla prima, potendosi in caso di una giurisprudenza consolidata *ultra vires* anche ritenere riattivabile la garanzia tedesca dei diritti fondamentali violati da un atto *ultra vires*. La stessa decisione stabilisce due requisiti per l'accertamento di un tale vizio: «l'agire del potere dell'Unione deve essere in contrasto evidente con le competenze e l'atto censurato deve avere (...) un peso rilevante nell'assetto delle competenze tra stati membri e Unione europea»<sup>51</sup>. Si potrebbe anche dire che il vizio di incompetenza deve essere quindi manifesto, mentre la menomazione delle competenze nazionali deve essere insostenibile.

(2) Successivamente si sono scontrate le interpretazioni estensive dell'art. 51 co. 1 CDFUE («nell'attuazione del diritto dell'UE) di Lussemburgo con le interpretazioni estensive dell'ambito di applicazione delle garanzie costituzionali nazionali di Karlsruhe che impone di distinguere le norme cogenti del diritto UE, anche nelle direttive, da quelle che lasciano margini di scelta conformativa nell'attuazione (*Umsetzungsspielraum*). È stata poco osservata al riguardo una sentenza del 19.7.2011 che, pur respingendo un ricorso di costituzionalità di una s.r.l. italiana, ha riconosciuto ammissibile tale ricorso a difesa sia del diritto di proprietà sia del diritto al giudice naturale precostituito per legge<sup>52</sup>.

I giudici di Karlsruhe hanno innanzitutto chiarito che la disposizioni dell'art. 19 co. 2 LF secondo la quale i diritti fondamentali valgono, ove applicabili anche per persone giuridiche nazionali, opera un'esclusione nei confronti di persone giuridiche degli stati membri dell'UE. Si tratterebbe di un'estensione dell'applicabilità (*Anwendungserweiterung*) delle garanzie costituzionali nazionali «indotta in via pattizia per effetto del primato di applicazione delle libertà fondamentali nel mercato interno (Art. 26 co. 2 TFUE) e del divieto generale di discriminazioni per citta-

<sup>51</sup> BVerfGE 126, 286 (304).

<sup>52</sup> BVerfGE 129, 78 «*Anwendungserweiterung*».

dinanza (Art. 18 TFUE)». In un secondo passo ha poi ammonito i giudici a non illudersi che nell'ambito di attuazione del diritto UE non residuino margini di scelta nazionale controllabili a Karlsruhe: «Il giudice di merito che suppone, il diritto dell'UE non lasci margini di trasformazione, può disconoscere il significato e la portata dei diritti fondamentali della Legge fondamentale»<sup>53</sup>.

In sostanza, il «fino a quando» del «Solange» è stato integrato da un «fino a dove» o «Soweit» l'armonia non consente pluralità anziché uniformità delle tutele.

(3) La successiva sentenza del 2013 sulla legge tedesca istitutiva di banca dati antiterrorismo ha deciso che la materia non è «determinata dal diritto UE», anche se la legge e il suo obiettivo di una cooperazione più efficiente abbia «riferimenti al diritto dell'Unione europea», in particolare alla tutela dei dati (art. 16TFUE), ed è oggetto a sua volta dei doveri di cooperazione transfrontaliera nell'antiterrorismo («in unionsrechtlichen Bezügen»). Le garanzie nazionali del diritto alla riservatezza, tutelabile con Verfassungsbeschwerde anche da parte di chi può a sua insaputa essere oggetto di elaborazione di dati, sono pertanto pienamente operative. Nulla cambierebbe al riguardo la sentenza della Corte di giustizia europea nel caso Åkerberg-Fransson, rispetto alla quale la motivazione enuncia una sorta di *early warning* e un'interpretazione adeguatrice per prevenire rischi di *ultra vires* e di violazione dell'identità costituzionale:

«Nello spirito di una convivenza cooperativa (*kooperatives Miteinander*) tra *Bundesverfassungsgericht* e Corte di giustizia europea (cfr. BVerfGE 126, 286 <307>), a questa decisione non va sottoposta a una lettura tale da giudicarla come atto manifestamente *ultra vires* o come pericolo per la tutela e l'affermazione dei diritti fondamentali degli stati membri (Art. 23 co. 1 per 1 LF) talmente grave da mettere in questione l'identità dell'ordinamento costituzionale istituito dalla Legge fondamentale (cfr. BVerfGE 89, 155 <188>; 123, 267 <353 s.>; 125, 260 <324>; 126, 286 <302 ss.>; 129, 78 <100>). Pertanto la decisione non va intesa e applicata in modo tale che per la soggezione degli stati membri ai diritti fondamentali dell'Unione europea consacrati nella Carta dei diritti fondamentali sia sufficiente che la norma abbia un qualsivoglia collegamento oggettivo con un ambito di applicazione meramente astratto del diritto UE o produca effetti meramente fattuali per il diritto UE. Invero la stessa CGE dichiara nella stessa decisione che i diritti fondamentali europei della Carta trovano solo «applicazione in fattispecie normate dal diritto UE, non anche al di fuori delle stesse»<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> BVerfGE 129, 78 (78).

<sup>54</sup> BVerfGE 133, 277 (316). Cfr. l'interpretazione della giudice G. BRITZ, *Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof*, EuGRZ, 2015, 275 ss.

Tale passo è cruciale perché dimostra bene il rischio di equivoci e la necessità di evitare rotture tramite interpretazioni armonizzanti. Da un lato è senz'altro legittimo e utile contribuire ad un'interpretazione precisa del termine «attuazione del diritto UE» *ex art. 51 co. 1 CDFUE*, ma dall'altro lato bisogna essere anche precisi nei moniti e nelle minacce ed evitare interpretazioni ambigue della garanzia d'identità costituzionale. L'identità giuridica non andrebbe confusa con un'identità sociale che giammai possa essere «messa in questione» (in Frage stellen). Il diritto costituzionale non deve prevenire dubbi e crisi d'identità, ma solo difendere aggressioni e violazioni dell'identità. La messa in questione di un'identità sociale può legittimare scelte di difesa sociale e politica. L'identità giuridica invece va difesa solo da violazioni effettive e non giustifica di per se misure di polizia e vigilanza.

(4) Nell'ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia europea del caso OMT, del tridente è stato ulteriormente rafforzato il controllo *ultra vires*, in questo caso originato da un ricorso costituzionale a difesa del diritto di voto e di candidatura elettorale, inteso come diritto fondamentale alla democrazia, contro atti ritenuti *ultra vires* della banca centrale europea<sup>55</sup>. La recente sentenza finale del 21 giugno 2016 osserva al riguardo: «La domanda pregiudiziale è stata giudicata proponibile e ammissibile dalla Corte sulla base dei presupposti e delle conseguenze di un controllo *ultra-vires* esposti dalla delibera del Senato rimettente e respingendo le eccezioni di altre parti (EUGH, Gauweiler, par. 11-31). La Corte giustizia ha rimarcato in questo contesto che i giudici rimettenti sono vincolati alla sua giurisprudenza (par. 16)». Il Bundesverfassungsgericht nell'ordinanza di rimessione non aveva posto una questione di identità, lasciandola aperta. Nella sentenza definitiva torna sul problema (cfr. *infra*, sub 6).

(5) La recente sentenza del 15 dicembre 2015 ha accolto una Verfassungsbeschwerde contro una decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf nella parte in cui autorizzava l'estradizione di un cittadino statunitense condannato in contumacia in Italia<sup>56</sup>. In questo caso, il controllo sussidiario della violazione dei diritti è stato sostituito da un controllo d'identità fondato sulla violazione dei diritti di difesa collegati alla garanzia della dignità umana, dichiarata intoccabile dalla Costituzione tedesca (art. 1 e 79 co. 3 LF): «Dal ricorso costituzionale risulta in modo plausibile la possibilità che il ricorrente dopo l'estradizione in Italia non potrà disporre di alcun rimedio con il quale impugnare la sentenza penale pronun-

---

<sup>55</sup> BVerfGE 134, 366 (369 ss.). Cfr. J. LUTHER, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE*, *Quaderni costituzionali*, 2014, 422 ss.

<sup>56</sup> [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215\\_2bvr273514.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html).

ciata in contumacia in modo tale da potersi ritenere garantiti i diritti di difesa inderogabili per la legge fondamentale e compresi dalla garanzia della dignità umana di cui all'art. 1 co. 1 LF». Le violazioni particolarmente gravi dei diritti fondamentali processuali che implicano anche una violazione del principio *nulla poena sine culpa* (*Schuldprinzip*) che è parte costitutiva della dignità umana possono quindi comportare violazioni dell'identità costituzionale tedesca. Costituiscono non solo un ordine pubblico costituzionale oggettivo, ma anche un diritto costituzionale soggettivo a non essere estradato, nonostante l'extradizione sia materia determinata dal diritto dell'Unione europea: «La garanzia di questi principi va assicurata anche nell'applicazione al caso singolo del diritto dell'Unione europea o di disposizioni determinate dal diritto dell'Unione europea da parte di poteri pubblici tedeschi». E la Germania «non può dare una mano ad a violazioni della dignità umana da parte di altri Stati».

La motivazione di questa decisione ha anticipato gran parte della successiva sentenza finale del caso OMT, in particolare le istruzioni sull'uso del controllo d'identità costituzionale. Al riguardo, il *Bundesverfassungsgericht* precisa che l'identità costituzionale indica la «*Grenze*», cioè il limite del primato di applicazione riconosciuto al diritto dell'UE. Il conseguente potere di disapplicare in Germania «a condizioni delimitate in modo molto restrittivo» atti di un organo o ufficio dell'UE non violerebbe il principio del *favor juris Europae*, la c.d. «*Europarechtsfreundlichkeit*» evocata nella sentenza sul trattato di Lisbona, e non costituirebbe un «pericolo sostanziale per l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione», dovendo l'esercizio del controllo d'identità, come quello del controllo *ultra vires*, essere moderato e guidato proprio da questo principio, aderendo alle interpretazioni della Corte di giustizia europea ottenute in via pregiudiziale.

A questo punto, questa decisione anteriore alla *Brexit* introduce un argomento comparativo che sembra asserire l'esistenza di un principio di diritto costituzionale comune europeo:

«Un numero largamente prevalente delle Corti costituzionali e supreme degli altri stati membri condivide per il proprio ambito di competenza l'opinione del *Bundesverfassungsgericht* secondo la quale il primato (di applicazione) del diritto UE non vige senza limiti (*nicht unbegrenzt*), subendo limitazioni da parte del diritto (costituzionale) nazionale (cfr. per il regno della Danimarca: Højesteret, sentenza 6.4.1998 – I 361/1997 –, par. 9.8; per la Repubblica Estonia: Riigikohus, sentenza 12.7.2012 – 3-4-1-6-12 –, par. 128, 223; per la Repubblica francese: Conseil Constitutionnel, decisione n. 2006-540 DC del 27.7.2006, 19° motivo; decisione n. 2011-631 DC del 9. 6. 2011, 45° motivo; Conseil d'État, sentenza 8.2.2007, n. 287110 <Ass.>, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, *Europarecht*

(EuR) 2008, 57 <60 s.>; per l'Irlanda: Supreme Court of Ireland, *Crotty v. An Taoiseach*, <1987>, I.R. 713 <783>; S.P.U.C. <Ireland> Ltd. v. *Grogan*, <1989>, I.R. 753 <765>; per la Repubblica italiana: Corte Costituzionale, sent. n. 98/1965, *Acciaierie San Michele*, EuR 1966, 146; n. 183/1973, *Frontini*, EuR 1974, 255; n. 170/1984, *Granital*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1985, 98; n. 232/1989, *Fragd*; n. 168/1991; n. 117/1994, *Zerini*; per la Repubblica Lettonia: *Satversmes tiesa*, 7.4.2009 – 2008-35-01 –, par. 17; per la Repubblica Polonia: *Trybunal Konstytucyjny*, sent. 11.5.2005 – K 18/04 –, par. 4.1, 10.2; 24.9.2010 – K 32/09 –, par. 2.1. ss.; 16.11.2011 – SK 45/09 –, par. 2.4, 2.5; per il regno di Spagna: *Tribunal Constitucional*, dich.13.12.2004, DTC 1/2004, par. 2 dei motivi, EuR 2005, 339 <343> e dec. 13.2.2014, STC 26/2014, par. 3 dei motivi, HRLJ 2014, S. 475 <477 f.>; per la Repubblica Ceca sent. 8.3.2006, Pl. ÚS 50/04, par. VI.B.; 3.5.2006, Pl. ÚS 66/04, par. 53; 26.11.2008, Pl. ÚS 19/08, par. 97, 113, 196; 3.11.2009, Pl. ÚS 29/09, par. 110 s.; 31.1.2012, Pl. ÚS 5/12, par. VII.; per il Regno Unito: High Court, sent. 18.2.2002, *Thoburn v. Sunderland City Council*, <2002> EWHC 195 <Admin>, Abs.-Nr. 69; UK Supreme Court, sent. 22.1.2014, R <on the application of HS2 Action Alliance Limited> v. *The Secretary of State for Transport*, <2014> UKSC 3, par. 79, 207; sent. 25.3.2015, *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, <2015> UKSC 19, par. 54, 58, 72 bis 92».

Il lungo elenco impressiona ma omette di precisare che una sola sentenza, l'ultima della Repubblica Ceca, ha effettivamente dichiarato inapplicabile una sentenza legata a questioni legate al dismembramento della Cecoslovacchia. E contrariamente alle buone consuetudini accademiche (e forse anche giurisprudenziali) non cita l'interpretazione preoccupata di questa decisione da parte del vicepresidente della CGE Koen Lenaerts che aveva fatto notare come in questo caso la corte costituzionale ceca non aveva sollevato la questione alla quale aveva risposto la sentenza «incriminata» della CGE<sup>57</sup>.

#### 6. «Don't touch my identity»: *la censura del tabù e il dialogo sui (contro-) limiti*

La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 21 giugno 2016 ha definitivamente rigettato i ricorsi diretti contro il programma OMT, stabilendo delle massime nuove sui controlli *ultra vires* e, ancorché non incluse tra quelle ufficiali, sul controllo d'identità costituzionale che potranno trovare presto applicazione negli altri procedimenti pendenti, in particolare quelli riguardanti le multe antitrust della commissione (2 BvR

<sup>57</sup> K. LENAERTS, *Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten*, EuR 2015, 3 ss.

2752/11), il *Single Supervisory Mechanism* dell'Unione bancaria (2 BvR 1685/14) e il c.d. *quantitative easing* dello «EAPP» (*Expanded Asset Purchase Programme*) della BCE (2 BvR 2006/15).

Il Senato rinnovato in due membri ha innanzitutto dichiarato solo parzialmente ammissibili i ricorsi, precisando che possono rivolgersi solo contro l'omissione del Governo federale e del Bundestag di compiere atti idonei a porre termine a «violazioni sufficientemente qualificate delle competenze di organi UE», cioè la mancata attivazione della loro responsabilità per l'integrazione contro atti *ultra vires* che implicherebbe la violazione del diritto soggettivo equiparato a diritto fondamentale (*grundrechtsgleich*) di voto e candidatura alle elezioni del parlamento.

La motivazione della sentenza, di cui è stato relatore il giudice Peter Huber, già responsabile del colloquio di diritto costituzionale italo-tedesco<sup>58</sup>, impressiona per la sua parte generale (D I), scritta nella migliore tradizione accademica tedesca, che precede la specificazione dei parametri del giudizio concreto. Si tratta di una sentenza interpretativa che dichiara conforme alla costituzione «nel rispetto delle condizioni successivamente individuate» non una legge, ma l'omissione di reazioni in sede politica e/o giurisdizionale alla delibera OMT della BCE.

In questa sede interessano innanzitutto le massime relative ai poteri di controllo delle eccezioni *ultra vires* e di violazione dell'identità costituzionale (1), ma anche il modo concreto in cui è stato svolto il dialogo con la CGE (2).

(1) Innanzitutto, la motivazione premette che in linea di principio gli atti dell'Unione europea e quelli delle autorità tedesche vincolati dal diritto UE, per effetto del primato di applicazione non sono soggetti a controllo di costituzionalità, anzi questo primato giustifica anche la disapplicazione del diritto costituzionale nel caso concreto. Questo primato incontra tuttavia dei limiti, cioè vale solo nella misura in cui (*soweit*) la Legge fondamentale e «il programma di integrazione (*Integrationsprogramm*) depositato nella legge di assenso alla ratifica dei trattati» – termine che consente di ridurre le clausole di flessibilità – permettono o prescrivono il trasferimento di poteri di supremazia. In negativo, l'art. 23 co. 1 LF vieta di «toccare» l'identità costituzionale, cioè i principi che pongono limite al potere di revisione costituzionale *ex art. 79 co. 3 LF*, in particolare il principio di democrazia.

Al riguardo, la sentenza richiama la teoria di Peter Haeberle, che aveva definito la democrazia una conseguenza procedurale della dignità

---

<sup>58</sup> Cfr. dalla produzione scientifica da ultimo P. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften - 50 Jahre danach*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2016, 117 ss.

dell'uomo, per collegare il principio della sovranità popolare a una pretesa del cittadino «di essere soggetto solo a un potere pubblico il quale lui riesce a legittimare e influenzare», formula coniata poi da Martin Morlok (par. 124 ss.). In modo ancora più sintetico e fra virgolette, la motivazione parla di una «pretesa di democrazia» (*Anspruch auf Demokratie*) che trasforma il diritto di voto in un diritto soggettivo alla partecipazione democratica azionabile a Karlsruhe (par. 133). L'identità costituzionale viene quindi ricondotta a un combinato disposto dei principi fondamentali di dignità e democrazia che hanno in comune di essere dichiarati *unantastbar* (art. 1 co. 1) LF e *unberührbar* (art. 79 co. 3 LF), cioè definiti di diritto ma non di fatto intangibili e intoccabili, termine: molto vicini a quello della inviolabilità di cui all'art. 2 della Costituzione italiana. La dignità è disegnata con la stessa immagine che evoca la sacralità della persona<sup>59</sup>, qualcosa al quale non si deve mai mettere mano, da non «manomettere», come se fosse un tabù. Questo tabù secolare viene trasformato in un limite giuridico e in un diritto duplice, nel diritto a un nucleo essenziale di diritti processuali e nel diritto a un nucleo essenziale di diritti politici, in termini kantiani diritti a non essere degradati a mero oggetto di un processo o di politiche.

Il diritto soggettivo alla democrazia, «la pretesa di tutti i cittadini a una libera ed eguale partecipazione alla legittimazione e all'influenzamento» ossia, nelle parole di Konrad Hesse, alla pre-determinazione degli indirizzi politici nella società civile, esclude che i cittadini siano «soggetti a un potere politico al quale non possono sottrarsi e che non possano in linea di principio determinare nei suoi profili personali e di contenuto in condizioni di eguale partecipazione e libertà» (par. 128). Questa pretesa vale anche «in considerazione dell'integrazione europea» e si traduce in un diritto ad essere protetti sia «da un'erosione strutturale del potere di trasformazione (*Gestaltungsmacht*) del Bundestag tedesco», perché «democraticamente legittima è solo quello di cui si può essere tenuto a rispondere in parlamento» (par. 131), sia da «sconfinamenti di competenza manifesti e strutturalmente rilevanti» dei soggetti dell'UE, essendo il nucleo della pretesa di democrazia indisponibile (par. 133). L'influenza dei cittadini sull'UE subisce «piegature» (*Einflussknick*) dalle decisioni a maggioranza in Consiglio, dall'amministrazione autonoma dell'UE e dall'indipendenza della BCE (par. 131), ma non deve essere cancellata dall'usurpazione di poteri non conferiti secondo il programma

<sup>59</sup> Per una nuova generalogia dei diritti umani che esalta le radici cristiane dei diritti della persona e risale a E. Durkheim cfr. ora H. JOAS, *Die Sakralität der Person*, Berlin, 2011. Sulla storia giuridica della dignità cfr. da ultimo C. DUPRÉ, *The Age of Dignity: Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford, 2015.

di integrazione, perché violano il nucleo della sovranità popolare, cioè la stessa dignità umana, rendendo il cittadino soggetto a un potere sul quale non può esercitare efficacemente un'influenza in condizioni di libertà ed eguaglianza (par. 135).

Tuttavia, e sul punto la motivazione lascia desiderare maggiore chiarezza, non ogni usurpazione di poteri significherebbe una violazione della dignità umana. Piuttosto occorre che la pretesa di democrazia sia violata nel suo contenuto essenziale, cioè che la democrazia sia minacciata da un pericolo concreto evidente.

Pertanto la questione se siano «toccati» o, più precisamente, «manomessi» e violati i principi fondamentali sottratti alla revisione costituzionale, richiede un controllo di identità costituzionale che – citando la dottrina – individui ambiti preclusi al trasferimento di poteri all'UE e atti dell'UE che anche solo di fatto siano equivalenti a un trasferimento di poteri incompatibile con la costituzione tedesca (par. 139). Il controllo di identità costituzionale sarebbe peraltro «istituito sostanzialmente nell'art. 4 TUE» e non dipenderebbe dal rango della norma che conferisce il primato di applicazione all'interno dell'ordinamento nazionale. Al riguardo, la motivazione osserva in una sorta di aperçu (par. 140) che in Italia tale norma non avrebbe rango costituzionale, né di legge ma sarebbe «conseguita da un'applicazione caso per caso del diritto nazionale (cfr. Corte costituzionale sent. n. 170/1984 ...)», ignorando peraltro le interpretazioni più recenti degli art. 11 e 117 Cost.

Per quanto riguarda invece il controllo *ultra vires*, il controllo verifica se un atto imputabile a istituzioni, organi o strutture dell'UE sconfini in modo sufficientemente qualificato dal programma di integrazione, rendendola priva di legittimazione democratica e in contrasto con il principio dello Stato di diritto (par. 143). Si tratta di un controllo che utilizza come equivalente di norme interposte le disposizioni dei trattati per definire il programma di integrazione. Sono sconfinamenti sufficientemente qualificati delle competenze tutte le situazioni in cui un atto è manifestamente privo di qualsiasi titolo di competenza, anche per effetto di un'interpretazione arbitraria delle competenze esistenti. Il *self-restraint* impone in questa forma di controllo una pretesa di tolleranza rispetto a errori (*Feblertoleranz*) della CGE (par. 149). L'esistenza di divergenze di opinioni in dottrina non è sufficiente a escludere vizi manifesti: «Il fatto che voci – non raramente interessate – in dottrina, in politica o nei media attestino l'ineccepibilità di un atto non osta, in linea di principio, all'accertamento di un vizio manifesto di incompetenza (par. 150).

A questo punto, la motivazione medita sui rapporti dei due procedimenti di esame autonomi, controllo d'identità e controllo *ultra vires*. Il



secondo controllo sarebbe, sempre secondo la motivazione, caso di applicazione speciale della tutela dell'identità costituzionale e verifica violazioni del programma di integrazione, cioè «la portata della competenza trasferita», mentre il primo controllo ha come parametro il «limite assoluto» (*absolute Grenze*) dei principi costituzionali supremi (par. 153). Si potrebbe dire che il controllo *ultra vires* accerta vizi di competenza assoluta, quello d'identità generale invece vizi materiali.

Entrambi i tipi di controllo hanno in comune che sono riservati al giudice costituzionale, per applicazione analogica delle norme sul controllo incidentale (par. 155) e che va svolto in un rapporti di cooperazione con la CGE nel quale è riservata a quest'ultima la decisione sulla validità e sull'interpretazione dell'atto de qua, ragione per la quale il giudice costituzionale deve sollevare questione pregiudiziale «se necessario» (sic) e adottare l'interpretazione data dalla CGE in tale procedimento (par. 156). I metodi di interpretazione del diritto UE sono autonomi, ma devono rispettare le tradizioni giuridiche e costituzionali comuni, in particolare l'argomento filologico arricchito dal plurilinguismo, quello teleologico specificato nell'effct util e quello sistematico (par. 159) e non essere viziate d'arbitrio (par. 161). In caso di accertamento di una violazione, spetta in entrambi i casi agli organi costituzionali responsabili dell'integrazione opporsi e decidere le strategie politiche relative (par. 167). In caso di sconfinamenti di competenza, possono chiedere un adeguamento delle fonti primarie e trasferire ulteriori poteri di supremazia, sempre nel rispetto dei limiti dell'identità (par. 170), altrimenti possono decidere di agire in giudizio davanti alla CGE, esercitare poteri governativi di veto o parlamentari di indirizzo e controllo. Un dibattito parlamentare sarebbe in tali casi da riservarsi al plenum (par. 173).

(2) Nel caso concreto, l'omissione di resistenze alla delibera OMT da parte del governo e della dieta federale non viola i diritti e doveri del Bundestag, inclusa la sua responsabilità per il bilancio dello Stato. Il programma OMT deliberato dalla BCE nell'interpretazione restrittiva decisa dalla CGE non costituisce sconfinamento qualificato delle competenze e non viola il divieto di finanziamento monetario del bilancio *ex art. 123 TFUE*. La banca federale tedesca deve tuttavia opporsi e il Governo federale e il Bundestag devono intervenire se le condizioni formulate dalla CGE non sono rispettate (par. 205 ss.) e devono monitorare costantemente eventuali rischi per i bilanci pubblici derivanti dall'attuazione del programma OMT (par. 220).

La motivazione della sentenza ricapitola le restrizioni interpretative indicate dalla sentenza Gauweiler della CGE per aggiungere alcuni «dubbi di rilievo» che nella valutazione complessiva della questione sono

tuttavia di un peso non sufficiente per fare scattare un dovere di resistenza degli organi costituzionali. Innanzitutto, la CGE avrebbe accettato l'asserzione degli obiettivi monetari del programma OMT, senza chiedere una specificazione delle premesse di fatto e senza una valutazione degli indizi contrari, in particolare la selettività degli acquisti di titoli. In caso di titoli non vendibili sul mercato e di paesi che non rispettano i programmi macroeconomici di adattamento, tali acquisti non potrebbero avere una funzione di politica monetaria (par. 182). La qualificazione del programma OMT come programma di politica monetaria da parte della stessa BCE implicherebbe un rischio di «disposizione autonoma sulla portata delle competenze conferite dagli stati membri» che richiederebbe il massimo rispetto del principio di attribuzione puntuale (par. 187). La CGE non avrebbe infine riconosciuto il «sensibile abbassamento del livello di legittimazione democratica», causato dall'indipendenza della BCE, abbassamento che richiederebbe invece un'applicazione restrittiva del programma e un controllo giurisdizionale rigido (par. 188).

Il Bundesverfassungsgericht critica anche che la CGE non ravvisi una criticità del programma in caso di «taglio dei debiti» (*Schuldenschnitt*), situazioni di dissesto che dovrebbero escludere acquisti di titoli. In sede di audizione a Karlsruhe, la BCE avrebbe peraltro assicurato che non accetterebbe un taglio di debiti (par. 204).

## 7. Conclusioni interlocutorie: non esaurire tolleranza e pazienza

In conclusione, la sentenza offre l'esempio di una parola ultima critica della sentenza CGE che evita un ordine di disapplicazione di atti UE e si limita ad ammonire gli organi costituzionali a vigilare sui fatti. Il tutto è saggio, ma forse non è quello che si chiamerebbe l'ultima conclusione della saggezza (*der Weisheit letzter Schluss*). Infatti, la parte generale della motivazione cerca di irrobustire il potenziale di controllo del giudice costituzionale e di accreditare come non simbolico e pienamente legittimo l'uso dei due denti non devitalizzati del «tridente», potendo suonare anche come una minaccia del leone che «prima o poi deve mordere».

I controlimiti, in questo caso, sono stati celebrati come «confini», difesi da giudici che marciano il proprio territorio giurisdizionale e promettono il disarmo, ma non svuotano l'armeria. Per il presidente Voskuhle, l'unione dei giudici costituzionali nazionali ed europei è un semplice «*Lernverbund*»<sup>60</sup>, cioè un'unione di apprendimento, ma nel contesto di una cultura di frequenti moniti, ancorché miti, e di un numero

<sup>60</sup> VOSSKUHLE, *op. cit.*, 3. Cfr. anche IDEM, *Pyramide oder Mobile?*, EuGRZ, 2014, 165 ss.

crescente di giudici professori sarebbe forse più corretto parlare di una sorta di «*Lehrverbund*», cioè di unione «mobile» di insegnanti che non sempre collaborano e non sempre riescono a tenere tranquilla la classe.

Quale insegnamento si può allora trarre da questa giurisprudenza tedesca per il caso Taricco? Si potrebbe dire che Karlsruhe riconosce a tutti gli stati membri dell'UE il diritto a una dichiarazione di inapplicabilità di sentenze della CGE. Ma leggendo bene la motivazione, è una sentenza che raccomanda di evitare simili conclusioni affrettate, di considerarla solo *ultima ratio*. Occorre esaminare molto accuratamente se una sentenza brutta e mal motivata intende davvero produrre effetti inconciliabili per l'identità costituzionale del paese di Beccaria, insanabili anche tramite una riforma rapida dell'intera materia delle prescrizioni in una situazione di deficienza strutturale del sistema della giustizia in Italia che potrebbe interessare anche la Corte di Strasburgo.

Anche senza entrare nei dettagli, si potrebbe peraltro dubitare che siano già esauriti tutti i rimedi offerti dal diritto dell'UE, in particolare che sia esclusa una questione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale che prospettasse la possibilità di una sentenza additiva di principi di identità costituzionale tale da consentire al giudice a quo di «ricucire» il tappeto della tutela dei diritti.

Sia nel diritto Ue, sia in quello nazionale deve ritenersi vietato ogni *exit* da organizzazioni internazionali per semplice decisione giudiziaria. Il giudice costituzionale tedesco ha poi potuto escogitare il tridente anche perché può intervenire in sede di *Verfassungsbeschwerde* su sentenze ed atti amministrativi. Al giudice costituzionale italiano spetta solo il giudizio sulle leggi e sul diritto vivente, non anche su singole decisioni amministrative e giudiziarie, a meno che intervenga su ipotesi di diritto vivente o di conflitti di attribuzione interni. Può dichiarare parzialmente incompatibile con la Costituzione la legge di autorizzazione alla ratifica, ma non può accertare obblighi di azione delle camere e del governo, né giudicare per mezzo di una sentenza manipolativa di norme inapplicabile una singola sentenza della CGE, dispositivo che esulerebbe dai poteri della Corte preconfigurati dall'art. 136 della Costituzione.

Non sono vietate sentenze monito verso i giudici europei, né sentenze interpretative su fonti nazionali non predeterminate dal diritto dell'UE, forse anche sentenze additive di principio ancorate nei principi fondamentali costitutivi dell'identità costituzionale. In ogni caso, le applicazioni dei contro-limiti che portino alla disapplicazione di norme dell'ordinamento UE dovrebbero essere sempre l'ultimo rimedio al fallimento di tutti gli strumenti giurisdizionali e politici esistenti e non dichiarare mai esaurita la tolleranza e pazienza.

MIREILLE DELMAS-MARTY

## L'INTEGRATION EUROPEENNE, ENTRE PLURALISME, SOUVERAINISME ET UNIVERSALISME

SOMMAIRE: 1. Le temps des pionniers. – 2. Le retour des Etats. – 3. Le temps des contradictions. – 4. Comment sortir des contradictions?

L'intégration européenne remonte à la période de l'après guerre, mais depuis lors, le monde a changé, pour le meilleur et pour le pire. Pour le meilleur, car l'état de droit a progressé, notamment en Europe, à travers le droit international des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée par le traité de Nice (2000), sa force normative étant reconnue par le traité de Lisbonne (2007); enfin à travers l'émergence d'une justice pénale internationale pour les crimes les plus graves (TPIY et TPIR en 1993-94 et CPI en 1998). L'état de droit, inscrit dans les valeurs de l'Union (art. 2 TUE), est d'ailleurs l'une des conditions de l'adhésion. Il accompagne l'élargissement aux pays d'Europe de l'Est prévu par le traité de Nice, comme l'a récemment rappelé la Commission à la Pologne dans son avis du 1<sup>er</sup> juin 2016 marquant des préoccupations concernant le fonctionnement du tribunal constitutionnel.

Mais le monde a changé aussi pour le pire, car les crises se sont multipliées. A la crise sécuritaire déclenchée par les attentats du 11 septembre 2001, la mondialisation économique et financière ajoutera, dans le prolongement de la fin de la guerre froide (chute du mur de Berlin en 1989 et création de l'OMC en 1994), des crises financières (depuis 2008), puis migratoires (2012-2016), qui déclenchent un mouvement de rejet populaire dont le referendum britannique du 23 juin 2016 n'est que l'un des aspects, le plus éclatant sinon le plus inquiétant.

Pour tenir compte de ces changements, nous proposons d'aborder la question posée par les organisateurs de ce colloque des «Contre limites au principe de primauté de la norme européenne» en déplaçant le regard: au lieu de traiter directement «la défense des principes constitu-

tionnels», nous présenterons l'intégration européenne comme un processus évolutif dont la trajectoire varie d'une époque à l'autre, conduisant à des modèles différents.

On distinguera trois temps (et trois modèles de gouvernance) dans la trajectoire des processus d'intégration européenne, pour terminer sur une question: comment sortir des contradictions?

### 1. *Le temps des pionniers*

Il se caractérise dans la première phase, celle de l'après guerre, par une intégration progressive, selon un modèle pluraliste, qui va du traité sur la Communauté européenne (TCE, 1957) au traité sur l'Union (TUE, 1992). Elle prend fin avec ce traité, dit de Maastricht, car alors la Communauté se trouve en quelque sorte «dissoute» dans l'Union.

La trajectoire de l'intégration européenne pendant cette époque de pionniers est progressive (à petits pas), mais semble irréversible. La construction européenne limite peu à peu [PEU] le modèle souverainiste au profit d'un modèle non pas fédéral mais pluraliste et néanmoins ordonné car il combine les compétences nationales et européennes selon deux principes complémentaires.

*Le principe d'attribution* régit «la délimitation des compétences». Selon l'article 5 du traité instituant la communauté européenne (TCE), «la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées», mais cette compétence d'attribution est assouplie par la référence qui suit aux «objectifs qui lui sont assignés par le présent traité». En introduisant la dynamique fonctionnelle des objectifs à atteindre, le TCE ouvre la voie d'une interprétation large de la compétence d'attribution.

Devant la tendance à une utilisation extensive du principe, la Cour de justice des communautés européennes va distinguer deux types de compétences qui deviendront l'archétype du modèle pluraliste: d'une part, les compétences exclusives, celles pour lesquelles les Etats ont abandonné toute possibilité d'action, d'autre part les compétences partagées, celles pour lesquelles il subsiste une concurrence.

Mais la distinction est incertaine et le champ des compétences européennes devient très vaste, d'autant que l'extension graduelle du vote à la majorité qualifiée ne permet plus le blocage par des Etats minoritaires.

*Le principe de subsidiarité* sera alors inscrit dans l'Acte unique européen (dans le domaine des compétences partagées) et inséré dans le TCE. Associé à la proportionnalité, il ne se borne pas à répartir les com-

pétences de façon purement formelle et statique. Véritable principe «régulateur»<sup>1</sup>, il fonctionne à la fois pour justifier l'action communautaire et pour la limiter. Un peu comme un variateur: il porte vers plus d'intégration si les Etats membres n'atteignent pas les objectifs de l'Union, ou vers moins d'intégration dans le cas inverse.

En réglant l'intensité de l'intégration européenne, comme un rhéostat règle l'intensité lumineuse en fonction de la lumière ambiante, c'est-à-dire en l'adaptant de façon aussi continue que possible aux données observables, la subsidiarité implique une vérification permanente des actions envisagées par tout acte législatif européen au regard des objectifs assignés à l'UE.

Mais la complexité du dispositif renforce le risque de dénaturation: soit par une intégration excessive quand le législateur international, allant au-delà de sa compétence, ne respecte pas le principe de subsidiarité; soit, à l'inverse, par une intégration insuffisante quand les autorités nationales procèdent, sous prétexte de transposer la norme en droit interne, à une renationalisation.

C'est la crainte d'une intégration excessive qui va l'emporter lorsque de nombreux acteurs (agriculteurs, chasseurs, artisans, consommateurs, etc.) commenceront à dénoncer la «furie réglementaire» de la Commission, annonçant la phase suivante.

## 2. *Le retour des Etats*

Ce retour des Etats commence avec les cours constitutionnelles, mais il apparaît dans le droit écrit avec le préambule du TUE (1992). Certes ce préambule affirme encore que les Etats membres sont «résolus à poursuivre processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe», mais il précise que dans l'Union, «les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe subsidiarité», amorçant une phase caractérisée par une limitation des compétences communautaires. Entre 1992 et 2001, on découvre que l'intégration est un processus réversible, car le modèle souverainiste, adossé désormais au principe de l'identité nationale, revient en force sur la scène européenne, appelant même, comme le reconnaîtra la Déclaration de Leaken en 2001, la restitution de certaines tâches aux Etats.

*Le principe d'identité nationale*, énoncé par le TUE, suggère, combiné à la subsidiarité, de nouvelles limitations à l'intégration européenne.

---

<sup>1</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Vendôme, n° 78; J. CLAM et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, 1998.

La Commission ralentira d'ailleurs le rythme de ses propositions (de 185 en 1990 à 51 en 1994 et 16 en 1997<sup>2</sup>) et la CJUE infléchit sa jurisprudence dans un sens plus protecteur des prérogatives étatiques, y compris en ce qui concerne l'interprétation des compétences implicites (art. 308 TCE, art. 352 TFUE)<sup>3</sup>.

Le principe d'identité nationale sera par la suite précisé par le traité de Lisbonne (art. 4 § 2 TUE): «L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste la responsabilité de chaque État membre».

Une fois le marché intérieur réalisé, s'amorce ainsi, face aux inquiétudes des États membres et des collectivités territoriales, une phase au cours de laquelle les juges européens vont tenter de limiter l'intégration, au nom d'une interprétation stricte de la subsidiarité, mais au risque d'en neutraliser la signification dynamique.

*La restitution de certaines tâches aux États*: la Déclaration de Laeken, le 15 décembre 2001 (peu après le Traité de Nice), marque nettement la défiance des États à l'égard de l'Union et va devenir un véritable frein à l'intégration européenne: «Le citoyen nourrit souvent à l'égard de l'UE des attentes auxquelles elle ne répond pas toujours; à l'inverse, il a parfois l'impression que l'Union en fait trop dans des domaines où son intervention n'est pas toujours indispensable. Il faut donc rendre plus claire la répartition des compétences entre l'Union et les États membres, la simplifier et l'ajuster à la lumière des nouveaux défis auxquels l'Union est confrontée. Pour ce faire, on peut aussi bien restituer certaines tâches aux États membres que confier de nouvelles missions à l'Union ou élargir ses compétences actuelles».

La formule «*restituer certaines tâches aux États membres*» semble amorcer la réversibilité du processus d'intégration, mais en fait elle sera mise en œuvre de façon contradictoire.

---

<sup>2</sup> *Rapport de la Commission européenne sur le fonctionnement du traité UE*, 1998, Annexe 87.

<sup>3</sup> «Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition Commission et après consultation du Parlement européen, prend dispositions appropriées».

### 3. *Le temps des contradictions*

Depuis 2001, le modèle de gouvernance est brouillé. D'autant que les contradictions apparaissent à la fois au plan interne (relation Europe / Etats) où l'intégration devient sélective combinant, selon les secteurs, souverainisme et pluralisme et au plan externe (relation Europe/monde) où la désintégration de l'Europe semble accompagner une intégration par extension normative unilatérale mondiale hégémonique, caractéristique d'un modèle universaliste de type hégémonique.

*L'intégration sélective aboutit à des contradictions internes* parce que la sélection favorise tantôt l'effet accélérateur des crises, tantôt le frein souverainiste, activé non seulement par les cours constitutionnelles, mais aussi par le traité de Lisbonne.

*L'accélération* se rattache d'abord à la crise sécuritaire qui suivra les attentats de New York: l'«effet 11 septembre» est un remarquable accélérateur, entraînant un renforcement sans précédent de l'intégration pénale au profit de l'UE, au mépris de la subsidiarité.

D'abord dans les décisions-cadre (DC), à commencer par celle de 2002 sur le mandat d'arrêt européen, puis celles de lutte contre le terrorisme, contre la traite des êtres humains, contre les abus sexuels commis sur des enfants etc... Suivront de nombreuses directives, dont le caractère pénal sera affirmé par la Commission, et admis par la Cour, dès le 26 mai 2005, en matière d'environnement: «il peut être postulé que, aux yeux du législateur communautaire, l'adoption de mesures pénales est nécessaire pour une protection efficace de l'environnement contre les pollutions causées par les navires et que de telles mesures sont essentielles pour lutter contre les infractions graves en la matière»<sup>4</sup>. La légitimité de la directive pénale sera consolidée par la célèbre décision du 13 septembre 2005<sup>5</sup>.

Plus largement, une Communication de la Commission du 20 sept 2011 «Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal» rappelle la fonction utilitaire du droit pénal. N'hésitant pas à mentionner les sondages qui placent la lutte contre la criminalité parmi les objectifs prioritaires, la Commission semble oublier que cette fonction utilitaire devrait être combinée avec la fonction rétributive du droit pénal qui implique aussi le principe de proportionnalité (selon la gravité de la faute, l'ampleur du dommage et la nature des intérêts protégés).

---

<sup>4</sup> CJCE 26 mai 2005, Commission c/ conseil, aff. c-176/03, point 84, Conclusions de l'Avocat général M. Jan Mazak, 28 juin 2007, Commission c/ conseil, aff. 440/05, point 102.



Plus récemment la jurisprudence répressive de la CJUE sera réaffirmée en procédure, notamment dans l'arrêt *Melloni* en 2013 (voir ci-dessus): la cour censure l'Espagne pour avoir refusé d'exécuter un mandat d'arrêt en Italie, car «la remise d'une personne aux autorités judiciaires d'un autre État membre en exécution d'un mandat d'arrêt européen ne saurait être subordonnée à la possibilité d'une révision de la condamnation prononcée par défaut». De même l'arrêt *Taricco* en 2015 considère que la réglementation italienne, en prévoyant un délai global de prescription très bref pour une fraude grave à la TVA, empêche l'application effective et dissuasive de sanctions. Elle est donc susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union et «le juge italien doit au besoin laisser inappliqué le régime de prescription globale en cause».

Et pourtant, au moins quand les intérêts européens ne sont pas directement en jeu, de telles décisions semblent contraires au principe d'identité nationale, rattaché par le traité de Lisbonne aux «fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale». Comme le dit notre collègue Henri Labayle, «le maître mot [dans le domaine de la sécurité] est [devrait] être coopération, et non intégration».

Or le même phénomène est observable à propos de la crise financière qui depuis 2008 fonctionne comme un accélérateur d'intégration pour les droits économiques selon une jurisprudence de la CJUE qui n'hésite pas à sacrifier les droits sociaux, au point d'aboutir à ce qu'Alain Supiot appelle «une politique de casse sociale»<sup>6</sup>. Il cite l'exemple du droit allemand des marchés publics qui étend aux sous-traitants l'obligation d'un salaire minimum, et que la CJCE a censuré en 2014 au motif que cette extension «les prive de retirer un avantage concurrentiel des différences entre les taux de salaires respectifs», une formule qui affiche sans complexe son ultra libéralisme pur et dur.

Il n'est pas étonnant que les effets d'accélération des crises sécuritaires et financières, aient provoqué des réactions souverainistes de la part de plusieurs cours constitutionnelles, notamment au Portugal et en Italie: en 2013 à propos de la revalorisation des pensions de retraite, ou en 2015 à propos de l'interdiction des négociations collectives dans le secteur public. Sans oublier l'argumentation plus générale du tribunal constitutionnel allemand dans sa décision relative à la ratification du traité de Lisbonne (2009).

---

<sup>5</sup> CJCE 13 sept 2005, *Commission c/ conseil*, aff. c-176/03, *Rec.*, 7879.

<sup>6</sup> A. SUPIOT, *Préface de la 2<sup>ème</sup> édition*, in *Au-delà de l'emploi*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2016, IX.

*Le frein souverainiste* sera activé d'autant plus volontiers que la réversibilité du processus d'intégration européenne est maintenant consacrée, sans même qu'il soit nécessaire de quitter l'Union, par le traité de Lisbonne autorisant à «réduire» les compétences attribuées à l'UE (art. 48 § 2).

Et le protocole d'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité donne aux parlements le droit de saisir la Cour en cas de violation du principe de subsidiarité, ajoutant au contrôle juridictionnel un contrôle politique. Il allonge à huit semaines le délai pendant lequel les parlements nationaux peuvent étudier la conformité au principe de subsidiarité d'un projet d'acte législatif avant son inscription à l'ordre du jour du Conseil. En outre un dispositif est institué qui peut conduire à ne pas poursuivre l'examen d'un texte en cas d'avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité (art. 7 § 3, *a* et *b*). Ce dispositif permet en effet aux parlements nationaux de contribuer au blocage d'un acte législatif en préparation par une sorte de quasi veto, que le projet de traité constitutionnel avait pourtant écarté. Une partie importante du contrôle de subsidiarité pourrait revenir ainsi aux Etats.

Cela dit, le premier «carton jaune» a été utilisé à propos du projet de procureur européen. Ce qui n'était sans doute pas la meilleure occasion d'utiliser la pédale de frein, car la création d'un procureur puissant pourrait répondre aux contradictions «externes» provoquées par la mondialisation économique et financière.

*Au titre des contradictions externes (Europe /Monde) la désintégration de l'Europe* annoncerait une contradiction majeure si elle devait contribuer à l'émergence d'une intégration mondiale relevant d'un modèle universaliste de type hégémonique.

Dès à présent, on constate l'extension du droit américain comme modèle universaliste imposé de façon unilatérale, sur le fondement de lois extraterritoriales appliquant le droit américain à toutes les entreprises cotées à la *Security and exchange commission* (SEC), ou soumises à ses règlements pour quelque raison (simple paiement en dollars, ou envoi d'un message électronique par un serveur américain). S'ajoute le fait de l'hégémonie économique et financière: la majorité des entreprises transnationales (ETN) sont cotées sur le marché boursier américain, les grandes banques ont une licence bancaire aux Etats-Unis, enfin le commerce mondial se fait majoritairement en dollars.

A titre d'exemples, on peut citer la loi sur la corruption d'agent publics étrangers (FCPA 1977), appliquée à *Siemens* (qui acceptera une transaction en décembre 2008 à hauteur de 450 millions \$, puis 350 mil-

lions supplémentaires, pour des pots de vin en Amérique du sud, Afrique, Asie); également à *Total* (transaction en mai 2013, 245 millions \$); ou encore à *Alstom* en décembre 2014 (transaction 772 millions \$ pour des faits de corruption notamment en Indonésie).

Autre exemples d'intégration mondiale hégémonique, les lois imposant des embargos au commerce avec certains pays pour défendre les intérêts américains (lois *Helms Burton*, et *D'Amato Kennedy*, 1996). Elles vont permettre à la justice américaine de condamner la banque *BNP Paribas* en 2014 à une amende record de 8 milliards \$, accompagnée du placement de la banque pendant cinq ans sous le contrôle du département de la justice américaine (DOJ) et du FBI pour violation des embargos (notamment sur Cuba et l'Iran).

En matière de comptabilité il faut ajouter pour les marchés financiers la loi *Sarbanes-Oxley* (2002), complétée en 2010 par la loi *Dodd Franck*, prévoyant des peines allant jusqu'à 20 ans d'emprisonnement pour des actes de destruction, modification, ou falsification intentionnelle des registres soumis aux enquêtes fédérales

Si de nombreuses ETN ont accepté de verser de telles sommes au trésor américain, c'est en raison de la redoutable efficacité d'un droit pénal d'un type nouveau<sup>7</sup> qui combine trois techniques: les primes à la dénonciation (d'un montant allant de 10 à 30% du montant de la sanction); la possibilité de négocier avec la SEC ou le DOJ; enfin la transaction avec le procureur qui accepte de différer les poursuites (*Differed Prosecution Agreement*, ou *DPA*) s'il obtient en contrepartie le versement d'une amende et la mise en place d'un programme de *compliance* (mise en conformité) contrôlé par un «point de contact» national, mais choisi par autorités américaines. Ainsi la punition devient autorégulation: le suspect avoue pour ne pas être déclaré coupable et recrute un avocat pour enquêter contre lui afin de préparer la procédure de mise en conformité. Tout le monde est supposé gagnant: le procureur n'a pas à établir la preuve des faits, le suspect vite les risques d'un procès pénal et le budget américain s'enrichit à peu de frais.

#### 4. *Comment sortir des contradictions?*

*Le retour au souverainisme n'est qu'une illusion* car la défense des principes constitutionnels nationaux n'empêche pas la perte de souverai-

---

<sup>7</sup> S. MANACORDA, *La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transformation du droit pénal des affaires?*, in *L'entreprise dans un monde sans frontières*, dir A. Supiot, 2014, 191 s.; ; E. BOURSIER, *Droit pénal des affaires internationales*, Issy-les-Moulineaux, 2016.

neté dans la relation Europe / Monde au profit du modèle dominant (aujourd'hui le droit américain, demain le droit chinois?). On peut citer l'exemple du droit français critiqué par l'OCDE pour sa faiblesse face à la corruption internationale et conduit à s'inspirer du droit américain pour instaurer l'équivalent d'une transaction (voir le projet de loi en cours de débat, dit «Sapin. 2»), au risque de s'engager dans une voie qui pourrait être jugée contraire au principe constitutionnel français de la garantie judiciaire.

*En revanche un rééquilibrage menant vers un universalisme pluraliste appellerait une conception plus ouverte et plus ambitieuse de l'intégration européenne. On en donnera deux exemples.*

D'une part la protection des intérêts financiers de l'Union (PIF) par un procureur européen est prévue par l'article 86 TFUE issu du traité de Lisbonne). Ce procureur sera légitime si les droits procéduraux et le contrôle judiciaire sont garantis et efficace si son statut et ses pouvoirs sont renforcés dans une triple direction: élargir sa compétence aux infractions contre la politique financière et monétaire de la zone euro (mise sur le marché européen de produits financiers dangereux, spéculation sur l'euro); actualiser les sanctions, dans leur nature (interdire au condamné l'accès au marché européen) et leur régime (organiser la mise en conformité en transposant le DPA, comme l'on fait ou envisage de le faire plusieurs pays, et autoriser la transaction avec la Commission (ou avec l'OLAF); enfin attribuer compétence au procureur européen pour les infractions dont les effets concernent la PIF.

D'autre part les négociations autour de l'accord commercial transatlantique ou Trans-Atlantic Free Trade Agreement (TTIP ou TAFTA) pourrait conduire l'Europe à encadrer le libre échange en imposant la protection des biens publics mondiaux que sont la qualité de l'environnement, la protection de la santé ou des droits sociaux et en plaçant le contrôle sous garantie judiciaire (une «cour des investissements» remplaçant l'arbitrage privé).

Dès lors, l'intégration européenne pourrait contribuer non seulement à consolider l'ordre juridique européen, mais encore à mettre en place un futur ordre mondial universaliste mais pluraliste. Face aux interdépendances croissantes d'un bout à l'autre de la planète, la souveraineté ne serait plus solitaire mais solidaire et l'Europe, qui a fait de la solidarité l'une des valeurs et des objectifs de l'Union (art. 2 et 7 TUE), pourrait l'incarner.

*En conclusion:* En ces temps où les peuples d'Europe sont tentés par un repli souverainiste qu'ils croient encore possible, encouragés par le

discours de dirigeants qui préfèrent la démagogie de l'illusion à la pédagogie de la raison, la lucidité nous vient de façon inattendue d'un américain célèbre Henry Kissinger<sup>8</sup>: «L'Europe qui exerçait il y a moins d'un siècle un quasi-monopole sur l'ordre du monde, menace de se couper de la quête contemporaine d'un ordre mondial en faisant de sa construction interne son objectif géopolitique ultime».

Ce n'est pas seulement pour nous protéger – hier contre les guerres fratricides et aujourd'hui contre la mondialisation économique et financière – que nous avons voulu l'Europe. C'est aussi pour contribuer à un futur ordre mondial universaliste mais pluraliste. N'oublions pas que nous sommes la seule région où l'on s'efforce de conjuguer juridisme avec pluralisme, d'inventer un pluralisme ordonné. Certes ce pari ambitieux n'est pas gagné mais si nous renonçons à cette ambition, la peur seule ne nous protégera ni du grand désordre, ni d'un ordre juridique hégémonique au profit des plus puissants, qu'il s'agisse des Etats ou des marchés.

Abandonnons le monopole mais ne renonçons pas à influencer l'ordre juridique du monde!

---

<sup>8</sup> H. KISSINGER, *L'ordre du monde*, Paris, 2016, 95 (traduction de *World Order*, 2014).

PARTE TERZA

PRIMAZIA DEL DIRITTO UE  
E CONTROLIMITI NEL SISTEMA PENALE



STEFANO MANACORDA

LE GARANZIE PENALISTICHE  
NEI RAPPORTI CON IL DIRITTO DELL'UNIONE  
E IL PROBLEMATICO RICORSO AL RINVIO PREGIUDIZIALE:  
UNA LETTURA CONTESTUALIZZATA DEL CASO *TARICCO*

SOMMARIO: 1. Premessa: la lettura contestualizzata della sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia. – 2. Il tema delle garanzie penalistiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 3. Il caso *Taricco* nella scia dei precedenti rinvii pregiudiziali *in malam partem* alla Corte di Giustizia. – 4. Qualche perplessità sul nucleo della sentenza *Taricco*: i termini dell'antinomia normativa ricostruita dal giudice europeo. – 5. Rilievi conclusivi sul ricorso al rinvio pregiudiziale *in malam partem*.

1. *Premessa: la lettura contestualizzata della sentenza Taricco della Corte di Giustizia*

Fortissima è la tentazione, a fronte della sentenza resa dalla Corte di Giustizia l'8 settembre 2015 nel caso *Taricco*<sup>1</sup>, l'ennesima decisione delle

---

<sup>1</sup> Corte di giustizia UE (Grande sezione), *Taricco e altri*, C-105/14, 8 settembre 2015. Per i primi commenti cfr. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Leg. pen.*, 5 febbraio 2016; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1564 ss.; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 44 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015, 1 ss.; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); E. MEZZETTI, M. SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. pen.*, 1, 2016, 1 ss.; O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della le-*



corti europee con effetti profondi, se non addirittura dirompenti, sul sistema penale italiano, di dismettere i panni dello studioso e di entrare nell'agone dei contendenti. Riprendendo una formula che George Fletcher usò per riferirsi qualche anno fa a temi spinosissimi della responsabilità penale, sembra di assistere ad una contesa tra progressisti e conservatori, tra *Liberals and Romantics* secondo il suo memorabile scritto<sup>2</sup>, dove tuttavia i ruoli non possono essere facilmente distribuiti tra i sostenitori e i detrattori della sentenza. Sembrerebbe fin troppo scontato che quanti difendono gli assetti più consolidati e classici della penalità si vedano tacciati, dai più benevoli, di vetero-illuminismo, quasi che l'attualità del diritto pronunciato dal giudice, annunciando uno *jus* più deformalizzato, se non addirittura libero ed orientato espressamente al perseguimento di obiettivi di giustizia sostanziale (effettività e deterrenza, come si avrà modo di osservare), potesse fornire orizzonti più tranquillizzanti al cittadino. Ma la contrapposizione tra le possibili letture della decisione potrebbe far propendere, in senso inverso, anche per la rivendicazione di una posizione progressista da parte di coloro che si ergono a difensori più strenui delle garanzie penalistiche.

Queste prime osservazioni, afferenti in realtà ad un fascio di questioni complesse e per certi versi inestricabili, già tradiscono la spontanea ritrosia che la lettura della sentenza in oggetto e il dibattito che l'ha accompagnata suscitano nell'osservatore, al di là delle considerazioni a primissima lettura altrove già espresse<sup>3</sup>. Senza prendere partito per l'una o l'altra tesi, ammesso che esse siano polarizzabili in questi termini, non ci si sottrarrà, nel prosieguo, dall'esprimere un punto di vista valutativo sull'operato della Corte di Giustizia e, al contempo, si muoverà alla ricerca delle argomentazioni che lo sorreggono e ad un tentativo di inquadramento sistematico della vicenda.

Costituisce infatti un autentico rovello se la decisione con la quale ci qui si confronta possa o debba essere letta in una dimensione, se non di sistema, perlomeno di contesto, e quale sia allora l'innervatura da estrapolare dal corpo della decisione per leggere in forma lineare i movimenti più profondi, scarsamente visibili ad occhio nudo, dell'incedere europeo sul terreno dei reati e delle pene. Si potrebbe aspirare a depurare dal dato congiunturale una decisione che, certo, tratta di temi centrali della

---

*galità penale*, in *Rassegna tributaria*, 2015, 1554 ss.; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.

<sup>2</sup> G. FLETCHER, *Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *Yale Law Journal*, 2002, 1499 ss.

<sup>3</sup> S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *www.archiviopenale.it*, 3, 2015.

penalità ma che, al di là dell'oggetto specifico, e quindi dell'occasione da cui è stata motivata e dagli specifici profili sui quali essa incide, può leggersi appunto come momento di emersione di una dinamica internormativa affidata al giudicante, i cui contorni vanno definendosi progressivamente, anche superando le aspettative – o, per taluni, i timori – elaborati nei nostri laboratori del diritto. Se ci si passa l'espressione, è lo 'spirito' della sentenza, più che il suo 'corpo', che rileva, ed è altrettanto decisivo comprendere se questo spirito – si è detto giustamente un 'Golem' – aleggi oggi sull'Europa penale<sup>4</sup>.

Si tratta di un tentativo di cui è facile comprendere i limiti e che si presta ovviamente a facili obiezioni. Come ridurre a sistema ciò che di sistematico nulla ha, anzi appare chiaramente asistematico, se non anti-sistematico, cogliendosi agevolmente, anche in questo caso, il tema della giustizia del caso concreto e del fatto (sia pure del fatto normativizzato) come oggetto precipuo della singola decisione? Si percepisce peraltro, tra le righe, una certa politicità del ragionamento giuridico, cui sembrerebbe non essere estraneo il dibattito sulla Direttiva relativa alla protezione degli interessi finanziari<sup>5</sup> e sul Pubblico Ministero Europeo<sup>6</sup>, attualmente in corso a Bruxelles. Si può d'altronde convenire sulla non irresistibile forza argomentativa che la lettura di alcuni passaggi del testo, sui quali si avrà modo di tornare, tradisce. E così, procedendo per cerchi concentrici che si allargano in una spirale sempre più grande, si rinvencono una serie di elementi che lasciano dubitare della possibilità di leggere in chiave unitaria, o perlomeno lineare, un *trend* giurisprudenziale di cui la sentenza *Taricco* verrebbe a costituire solo un segmento.

---

<sup>4</sup> C.E. PALIERO, *La Fabbrica del Golem, Progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 466 ss.

<sup>5</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale COM(2012)/0363 final - 2012/0193 (COD), 11 luglio 2012, su cui K. LIGETI, *Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Approximation of substantive criminal law in the EU*, Bruxelles, 2013, 73 ss.; J.A.E. VERVAELE, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, in *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2, 2014, 1 ss.

<sup>6</sup> Si v. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM(2013) 534 final, 17 luglio 2013. Per approfondimenti, cfr. tra gli altri S. ALLEGREZZA, G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, *passim*; L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea*, Torino, 2014, *passim*; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet européen: nécessité, modèles, enjeux*, Parigi, 2015, *passim*.

Non direttamente il tema dei controlimiti, già ampiamente tematizzato<sup>7</sup>, fornirà la chiave di lettura contestualizzata con la quale ci si intende cimentare, ma quello ancor più ampio e vago delle garanzie del reo. Rispetto a tale indistinto nucleo tematico, la domanda cui cercar di dar risposta in apertura suona pressappoco così: quale ruolo hanno le garanzie penalistiche all'interno dei recenti sviluppi giurisprudenziali dell'Unione europea e come si inserisce la recente decisione in tale solco? Il discorso si allarga potenzialmente al complesso delle decisioni della Corte di Giustizia rese in tempi recenti in ambito penale, ma altresì a quelle decisioni con le quali gli organi di giustizia domestica (giudici di merito, giudici di legittimità e corti costituzionali) hanno intrattenuto o negato un dialogo con la stessa, una messe di dati così significativa e multiforme da imporre necessariamente una selezione<sup>8</sup>. Allo stato, un primo sguardo d'insieme di questo vastissimo insieme giurisprudenziale consente di affermare che il ruolo delle garanzie appare alquanto variabile ed incerto, e che solo una disamina del quadro di riferimento potrà contribuire a fare un minimo di chiarezza in ordine al significato che in esso assume il caso *Taricco*. Questo primo ordine di considerazioni – che saranno affrontate in apertura delle riflessioni che seguono, esaurite le notazioni di metodo – conduce ad evidenziare la compresenza di diverse letture delle garanzie penalistiche nella mole dei dati giurisprudenziali e potrebbe far concludere per una frantumazione della prospettiva sistematica cui si è detto di ambire. In realtà siamo dinanzi ad un necessario distinguo che è parte della lettura di contesto e che è finalizzato a collocare la sentenza nel suo specifico alveo tematico.

Formulati in apertura questi primi rilievi, si cercherà successivamente di ricostruire lo 'sciame giudiziario' nel quale la sentenza resa nel caso *Taricco* sembra potersi opportunamente collocare: potranno forse levarsi voci dissenzienti nel momento in cui ci si avvicinerà, in seconda battuta, al tema delle decisioni europee c.d. *in malam partem*, denominazione, invalsa nella prassi e negli studi in materia, connotata a sua volta

---

<sup>7</sup> Su cui già, con varietà di accenti, tra gli altri, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, op. cit., 2016, 44 ss.; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta Online*, 2016, 94 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, op. cit.

<sup>8</sup> Tra gli altri A. RUGGERI, *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Consulta Online*, 2016, 1, 114 ss.

da una certa vaghezza<sup>9</sup>. Sul punto, preannunciando la posizione che verrà espressa in prosieguo, la sentenza di cui si discute segna un ulteriore stadio in questo cammino già molto problematico e, forse, passa il segno, non fosse altro per l'apparato motivazionale che la contraddistingue.

A sostegno di tale tesi, si passeranno quindi in rassegna alcuni argomenti su cui la Grande Camera ha articolato il proprio ragionamento: prima il parametro normativo di fonte europea utilizzato, notoriamente l'art. 325 TFUE, poi il suo *pendant* interno, individuato nella disciplina dell'interruzione della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. Ci si muoverà anche sul punto in chiave selettiva, per non ripetere quanto già da molti scritto, e ancora una volta, in prospettiva critica.

La conclusione ultima alla quale si intende pervenire – forse un po' eccentrica rispetto ai profili su cui si è già ampiamente soffermati in dottrina ma a nostro modo di vedere centrale per ricostruire la genesi della vicenda e individuare possibili correttivi – è che si sia oggi in presenza di un mutamento significativo della relazione tra diritto penale e Unione europea, largamente mediato da un uso alquanto disinvolto dello strumento giudiziario *par excellence* in questo campo: il rinvio pregiudiziale, con i limiti che ne devono correttamente inquadrare l'ambito di operatività e con i suoi esiti problematici in punto di disapplicazione.

## 2. *Il tema delle garanzie penalistiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*

Nel tentativo di contestualizzare il ragionamento che emerge nel caso *Taricco* nel più ampio insieme dell'elaborazione delle garanzie penalistiche nell'Unione europea, si procederà in maniera assertiva, con una scansione di elementi raccolti dal dibattito in corso, senza pretesa alcuna di esaurire un tema così complesso. Si individuano così almeno tre diverse tendenze politico-criminali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia degne di nota.

La prima è ben conosciuta e non è opportuno dedicarvici più di un cenno: *l'irruzione della vittima sulla scena penale* rappresenta un ele-

---

<sup>9</sup> Ricorrono alla stessa espressione F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, op. cit., 1564 ss.; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, op. cit.; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu).

mento, alla cui emersione il diritto dell'Unione e la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno largamente contribuito<sup>10</sup>, pur dovendosi ancora dispiegare integralmente le potenzialità del tema sul sistema penale. Le valutazioni in ordine a tale profilo divergono, ovviamente, tra gli studiosi ma si può globalmente convenire sul fatto che questo spostamento di fuoco, poco consoni rispetto al tradizionale impianto garantistico da cui siamo soliti prendere le mosse, abbia condotto ad un deprezzamento complessivo delle istanze di tutela della parte accusata o imputata, la quale non viene più necessariamente a rappresentare la (sola) parte debole del giudizio. Ci si può dolere o compiacere di questa traslazione dell'asse di equilibrio tra le parti, oltre che interrogarsi seriamente sulla sua origine profonda, al di là della mera constatazione dell'impatto dell'Europa, ma non pare davvero potersi negare che in termini oggettivi si sia in presenza di un affievolimento delle istanze di tutela come classicamente intese. Il caso *Taricco* non costituisce in forma diretta espressione di questo *trend* ma in qualche modo – venendo a collocarsi nella scia del noto discorso sugli obblighi di tutela e sulla funzionalizzazione della stessa in prospettiva di efficacia e deterrenza<sup>11</sup> – ne subisce gli 'effetti collaterali': l'attenzione della Corte si focalizza anche qui sulle esigenze di adeguatezza di tutela rispetto ad un bene di assoluta preminenza nella prospettiva del diritto dell'Unione e incide su scelte di natura politico-criminale interne, potenziando la componente punitiva. Segno di un nuovo ordine? Sicuramente di un nuovo assetto valoriale per il quale, andando oltre il consueto vettore del crimine organizzato, si giunge ad assegnare rilevanza di vertice ad interessi finanziari, della cui collocazione in un'ipotetica scala gerarchica delle oggettività giuridiche degne di protezione si può fondatamente dubitare<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Sul tema L. LUPARIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, *passim*.

<sup>11</sup> Con varietà di accenti, F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss.; S. MANACORDA, «Dovere di punire»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1364 ss., e ben prima, il seminale articolo di D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 484 ss.

<sup>12</sup> Ci si riporta qui alle belle osservazioni, forse le ultime, formulate da S. BARATTA nel convegno napoletano sul Corpus juris: *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, 25 ss. Adde C. SOTIS, *La poule et l'oeuf: intérêts financiers de l'Union européenne et harmonisation pénale*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Parigi, 2008, 253 ss.

In secondo luogo, il noto *refrain* secondo il quale la circostanza che le garanzie penalistiche, concepite in termini di principi in seno alle costituzioni liberal-democratiche, si siano mutate in diritti fondamentali dell'individuo, sta conducendo ad un rafforzamento delle stesse, non può essere seriamente revocato in dubbio. Nel senso del rafforzarsi delle garanzie opera la loro giustiziabilità in sede europea, come testimoniano le note vicende della *matière pénale*<sup>13</sup>. Non è peregrino, tuttavia, domandarsi quali ulteriori effetti, anche di taglio negativo, siano scaturiti da questa trasformazione delle garanzie, aspetto sul quale si è per esempio confrontata con profitto l'analisi di quanti evidenziano il 'lato oscuro' dei diritti umani<sup>14</sup>. Ci si può limitare qui solo a fornire uno spunto, anch'esso meritevole di ben altri approfondimenti: la trasformazione delle garanzie penalistiche da principi a diritti fondamentali, oltre ad alimentare la forza cogente delle stesse per effetto dell'intervento delle Corti europee, ha anche avuto un effetto per così dire 'regressivo'? In altri termini occorrerebbe chiedersi se la soggettivizzazione delle garanzie, concepite non più come principio di organizzazione/separazione dei poteri ma unicamente come pretese individuali nei confronti dello Stato, considerato in forma indistinta – effetto tipico del *raisonner la raison d'État*<sup>15</sup> – abbia condotto a smarrire una delle componenti, di quelle garanzie, ossia quella relativa alla strutturazione della potestà punitiva e del suo controllo in seno allo Stato e quindi ad attenuare il profilo della separazione dei poteri, incidendo altresì sui rapporti tra diritto penale e processo. La legalità ne è un chiaro esempio: è notissimo che per la Corte europea non rileva che sia il Parlamento a fissare i limiti del precetto, bensì è lo Stato parte, nella sua integralità, a dover garantire prevedibilità alla risposta penale<sup>16</sup>, ed è

---

<sup>13</sup> Il richiamo coinvolge essenzialmente la CEDU, senza tuttavia risultare del tutto estraneo al diritto UE: cfr. per tutti C.E. PALIERO, «Materia penale» e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; M. DELMAS-MARTY, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1987, 820 ss. e da ultimo F. MAZZACUVA, *La materia penale e il «doppio binario» della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

<sup>14</sup> M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, 2014, *passim*.

<sup>15</sup> Secondo la felice formula di M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, 1989.

<sup>16</sup> Cfr. A. BERNARDI, sub *Art. 7 CEDU (Nessuna pena senza legge)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 249 ss.; V. MANES, sub *Art. 7/1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2011, 258 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a

banale quindi osservare che ciò si traduce in un enorme fattore di potenziamento del giudice, ma anche di affievolimento di una delle componenti tradizionali del *nullum crimen*. Il *ne bis in idem* potrebbe leggersi in un'analoga prospettiva, postulando un'indifferenza del ricorso allo strumento penale o a quello amministrativo e assegnando prevalenza a quello 'che arriva prima', il che rischia, evidentemente, di affievolire la portata del principio di sussidiarietà<sup>17</sup>, incidendo altresì in profondità sui rapporti tra amministrazione e giurisdizione penale, aspetti che appaiono oggi completamente da ripensare. Forse questo spunto dovrebbe essere coltivato anche in relazione ad altri principi: si pensi alla trasformazione delle istanze della colpevolezza<sup>18</sup> in presunzione di innocenza, emersa in talune sentenze della CEDU, che pure realizza – a nostro modo di vedere – uno scivolamento interno delle garanzie da un piano sostanziale ad uno processuale. Si ha l'impressione che anche la retroattività *in bonam partem* e la irretroattività subiscano un effetto erosivo dello stesso genere, attraverso l'idea dell'adeguatezza: se il legislatore non ha provveduto a soddisfare gli obblighi di tutela, se ne farà carico il giudice penale, con il rischio che questo incida su posizioni giuridiche soggettive già consolidate, cogliendosi in questa componente una rilevanza anche del caso *Taricco*. In sostanza rimane aperta la domanda se la soggettivizzazione delle garanzie penalistiche che da principi diventano diritti umani e fondamentali, oltre ad ingenerare i noti effetti positivi di cui da tempo si discute, presenti un profilo dubbio – diverso e ulteriore rispetto a quanto già altrove dimostrato – che consiste nell'atteggiarsi (soltanto) a garanzia argine-esterno dei rapporti tra Stato e individuo e non (più) ad argine-interno tra poteri e circuiti punitivi, con il sacrificio di componenti di tutela del singolo.

---

cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 58.

<sup>17</sup> Cfr. tra gli altri D. VOZZA, *I confini applicativi del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 3, 294 ss.; N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 373 e ss., e sullo specifico profilo dei rapporti tra giurisdizione penale ed amministrativa M. COLACURCI, *La nozione di «materia penale» nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 794 ss.

<sup>18</sup> V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., 58; G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *ivi*, 377 ss.; D. PULITANÒ, *Il principio di personalità della responsabilità penale*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 303 ss.

La terza osservazione da sottoporre a disamina attiene, invece, più direttamente al tema con il quale ci stiamo confrontando in questa sede e riguarda il cantiere delle garanzie penalistiche in seno all'Unione europea, e segnatamente i profili del *controllo giurisdizionale ad opera della Corte del Lussemburgo*. Procedendo in maniera molto sommaria, si evidenzia infatti una netta distinzione tra l'operare delle garanzie nell'ambito del mutuo riconoscimento e sul terreno del riavvicinamento, su cui si muove invece la sentenza *Taricco*. Emergono sul punto due diverse tendenze: la prima porta a ritenere che la ricca giurisprudenza della Corte in merito al mandato di arresto europeo (e potenzialmente agli altri strumenti dell'Unione europea sul reciproco riconoscimento) sia stata improntata ad una certa prudenza, che corrisponde sostanzialmente all'aver demandato agli Stati membri il controllo delle garanzie, nella cornice della disciplina del diritto primario e derivato dell'Unione<sup>19</sup>. In materia di mutuo riconoscimento sono indubbiamente le esigenze di celerità e semplificazione che hanno guidato le scelte politico-criminali dell'Unione; per controbilanciare questa spinta efficientista l'Unione, ha richiamato – *bon gré, mal gré* – la tutela dei diritti fondamentali e ha istituito un minimo standard di garanzie. Ecco il punto: nel mutuo riconoscimento sono gli Stati a doversi attivare per assicurare la tutela delle persone coinvolte e il rispetto del diritto UE – fissando solo un *benchmark* minimo di tutele. Ciò rischia di fungere da limite alla indiscriminata espansione delle garanzie di fonte costituzionale<sup>20</sup>, piuttosto che come istanza di potenziamento delle stesse, come il caso *Melloni* dimostra chiaramente<sup>21</sup>. In definitiva, in materia di *confiance mutuelle*, le

---

<sup>19</sup> Tra gli altri cfr. V. CAIANELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, 462 ss.; V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo «tendenzialmente assoluta»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 112 ss.

<sup>20</sup> Si v. il parere di adesione dell'Unione Europea alle Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, Parere 2/13 della Corte (Seduta Plenaria) 18 dicembre 2014, in cui viene riconosciuto in capo agli Stati membri un *dovere di presunzione* sul rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri «sicché risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'unione» (parr. 191-192); in dottrina cfr. V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 457 ss. e già prima ID., *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, 1286 ss.

<sup>21</sup> Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, Causa C-399/11, *Melloni*, con note di S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *Riv. trim. dir.*



garanzie penalistiche agiscono su di un piano essenzialmente orizzontale che inerisce ai rapporti interstatuali, e di ciò la sentenza della *Bundesverfassungsgericht* del 15 dicembre 2015 costituisce indiretta conferma<sup>22</sup>: le garanzie penalistiche proprie all'ordinamento tedesco si oppongono alla consegna del contumace e non c'è motivo di rinviare la questione alla Corte di Giustizia per risolvere il dubbio, radicandosi comunque i controlimiti anche nel concetto di identità nazionale dell'art. 4 TUE<sup>23</sup>. Nell'ambito della cooperazione giudiziaria *sub specie* di mutuo riconoscimento, il diritto dell'Unione non opera allora come fattore di potenziamento delle garanzie anzi, a giudicare da talune sentenze, le limita, ad eccezione del caso in cui le garanzie fondamentali di matrice europea – come il *ne bis in idem* estradizionale – si impongano con maggiore forza<sup>24</sup>. La prospettiva potrebbe forse mutare a seguito della recente decisione della Corte di Lussemburgo nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru* sull'opponibilità di una violazione dei diritti fondamentali all'esecuzione di un mandato di arresto laddove sussistano «elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione per quanto riguarda le condizioni di detenzione nello Stato membro emittente»: in questo caso l'autorità giudiziaria deve verificare se l'interessato «corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in caso di consegna al suddetto Stato membro»<sup>25</sup>.

Rivolgendo lo sguardo all'altro cantiere del diritto UE, nel quale si inserisce anche la decisione resa nel caso *Taricco* e che riguarda l'ambito delle dinamiche del riavvicinamento, ci si potrebbe attendere che il potenziale garantistico della giurisprudenza comunitaria si esprima più

---

*pen. cont.*, 2013, 242 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. UE*, 2013, 399 ss. A commento di Tribunal Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, ricorso de amparo 6922/2008, *Melloni*, si v. F. VIGANO, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'contro limiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>22</sup> *Bundesverfassungsgericht*, Decisione del 15 dicembre 2015, RG. 2 BvR 2735/14.

<sup>23</sup> Già prima C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e contro-limiti*, in *Criminalia*, 2013, 339 e ss.

<sup>24</sup> D. VOZZA, *Verso un nuovo «volto» del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 143 ss.

<sup>25</sup> Corte di giustizia EU (Grande sezione), sentenza 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU.

compiutamente. Trattandosi di una dimensione ‘verticale’ che inerisce ai rapporti tra normazione dell’Unione e diritto penale interno, sarebbe legittimo aspettarsi che, almeno su questo terreno, la Corte di Giustizia abbia proceduto – al pari di altre corti sovranazionali – ad un rafforzamento del ruolo delle garanzie del reo, e ciò soprattutto per effetto dell’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali che vincola non solo le istituzioni europee ma anche gli Stati membri. Tuttavia, anche questa prospettiva sembra abbia dato esiti piuttosto deludenti. La Carta, infatti, ha visto estendersi il suo ambito applicativo, sia pur limitatamente agli ambiti propri al diritto dell’Unione, per effetto dell’interpretazione offerta dalla sentenza *Åkerberg Fransson*<sup>26</sup> relativa al *ne bis in idem* nei rapporti tra disciplina extra-penale e illecito tributario in materia Iva ma, in concreto, si è fatto un uso piuttosto modesto di tale strumento per sottoporre a vaglio la disciplina penale interna. Sembra legittimo ritenere che ci si sia avvalsi della Carta come strumento per favorire un’interpretazione autonoma ad opera della Corte di Giustizia dei diritti fondamentali già ampiamente riconosciuti dalla Convenzione europea, così esimendosi da una sottoposizione integrale alla Corte di Strasburgo; di tal fatta, la prospettiva di massimizzazione delle garanzie, che dovrebbe risultare dalla lettura dell’art. 53 CDFUE sulla clausola di non regressione, rischia di risultare meramente velleitaria<sup>27</sup>.

In definitiva, prospettiva vittimo-centrica e di tutela effettiva del bene giuridico concepita in ottica funzionalistica, mutamenti ingenerati dalla trasformazione delle garanzie penalistiche in indistinte pretese nei confronti dello Stato e interpretazione ‘al ribasso’ della Corte di Giustizia nel ruolo di giudice dei diritti fondamentali, inducono a concludere concordemente nel senso di ritenere che da questa parte dell’Europa non sia giunto un contributo rilevante al consolidamento delle garanzie penalistiche – sia pure con alcune rilevanti eccezioni, tra le quali spicca il divieto del secondo giudizio nelle materie di rilevanza eurounitaria – e che, anzi, esse ne escano piuttosto rimesse in discussione sul piano giurisprudenziale. Tutto ciò ovviamente con espressa riserva di quanto il legislatore europeo – con un certo strabismo – si sforza di fare per inseguire la sua *road map* dei diritti procedurali.

---

<sup>26</sup> Sul punto F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, 1 ss. e S. MANACORDA, *La Carta dei diritti fondamentali e la CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, op. cit., 147 ss.

<sup>27</sup> Cfr. M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo. A proposito di Contrada, Varvara, Grande Stevens, Taricco e qualche fratello*, in *Quest. giust.*, 15 ottobre 2015.

3. *Il caso Taricco nella scia dei precedenti rinvii pregiudiziali in malam partem alla Corte di Giustizia*

Non costituisce un vero *novum* giuridico il fatto che la giurisprudenza comunitaria, e più ampiamente il meccanismo di interazione tra dati normativi dell'Unione e sistema penale interno, finiscano per incidere negativamente sulla condizione del singolo portato a giudizio dinanzi al giudice penale<sup>28</sup>. Ci si era a lungo cullati nell'illusione che il meccanismo della disapplicazione finisse sempre per incidere a favore del reo. D'altronde, è la prevalente dimensione pratica dell'istituto della disapplicazione che porta a ritenere che il diritto penale, nel ritrarsi dinanzi alla componente europeistica, lasci più ampi spazi di libertà al singolo: che l'esito sia quello di una più ampia operatività della causa di giustificazione dell'esercizio di un diritto, di una modifica del fatto mediante un'integrazione normativa con un elemento extra-penale definito in termini più contenuti o dell'abrogazione totale o parziale della fattispecie per sopravvenuta incompatibilità con un parametro normativo prevalente in termini gerarchici, il risultato del classico conflitto binario non muta<sup>29</sup>. La disapplicazione classicamente intesa ('neutralizzazione' si direbbe)<sup>30</sup> – con buona pace delle poche voci che si erano levate a contestarne la legittimità in termini generali, per il preteso contrasto ingenerato da questa dinamica normativa rimessa nelle mani del giudice con il principio di legalità – non era in grado di sollevare problemi o perplessità costituzionali. Caduto però il velo di una disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario da leggersi sempre in chiave 'buonista', si è compreso che la dinamica dei rapporti tra fattispecie poteva arrecare un oggettivo *vulnus* ai diritti dell'imputato nel momento in cui, al venir meno della disposizione nazionale, oggetto dell'antinomia normativa, essa desse luogo all'applicazione di un'altra, caratterizzata da maggiore severità nei confronti dello stesso. Il conflitto triadico, quello per cui ad una disposizione nazionale caducata per contrasto con il diritto europeo, se ne sostituisce un'altra, sempre di fonte interna, che si trovi in un rapporto di interferenza diacronica o sincronica con la prima (per effetto quindi della successione di leggi penali nel tempo o del concorso appa-

<sup>28</sup> C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 171 ss.; ID., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 227 ss.

<sup>29</sup> A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.

<sup>30</sup> S. MANACORDA, *Die „Neutralisierung“ staatlicher Strafnormen durch das Recht der Europäischen Gemeinschaften: ein theoretisches Bild aus italienischer Sicht*, in U. SIEBER et al. (a cura di), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift Tiedemann*, Monaco, 2008, 1385 ss.

rente tra norme)<sup>31</sup>, è il portato di una legislazione sempre più pletorica cui anche il diritto dell'Unione ha largamente contribuito. Alla crescita smisurata della legislazione penale complementare, cui corrisponde l'intento di normare con corredo di sanzioni ampi settori della vita economica e di relazione senza troppo riguardo per i principi e gli equilibri del sistema, nonché al progressivo decrescere dei tempi di vita delle norme penali, oggetto di interventi riformatori e emendativi continui e mal coordinati, frutto di istanze punitive spesso irrazionali o simboliche, si è accompagnata una dimensione del penale in perfetta antitesi con la frammentarietà. Ciò genera come risultato – nel caso che qui ci interessa – la possibilità che il fatto che risulti 'scoperto' dal punto di vista penale per effetto del ritrarsi della dispersione interna dalla disapplicazione, venga poi immediatamente 'ricoperto' da una delle altre fattispecie che circolano nello spazio penale. Ecco allora che questo fenomeno, comunemente denominato di disapplicazione in *malam partem*, che si verifica quando – come è sovente il caso – la norma incriminatrice, generale o previgente, che 'risorge' a seguito della disapplicazione integri gli estremi di un trattamento meno favorevole per il reo, ha cominciato ad emergere in maniera crescente in sede giudiziaria.

A lungo, in realtà, la Corte di Giustizia ha rifiutato di dar corso alle istanze di penalizzazione in contrasto con il dato legislativo che promanavano dai giudici nazionali, giacché di questo in fondo si tratta quando si guarda all'essenza della disapplicazione o dei rinvii pregiudiziali in *malam partem*. Oltre ai noti casi *Arcaro*, *Kolpinghuis Nijmegen*<sup>32</sup> e *X*<sup>33</sup>, può essere ricordata, tra le altre, una decisione della Corte degli anni novanta con la quale si respingeva la domanda di un giudice torinese che lamentava la mancata attuazione in diritto interno delle disposizioni comunitarie sui tempi massimi di utilizzo di videoterminali, una classica questione di sicurezza sui luoghi di lavoro alla quale la Corte diede la consueta e legittima risposta: da una direttiva non possono scaturire obblighi a carico degli individui e tantomeno ciò può condurre al costituirsi di una fattispecie penale che non sia prevista legislativamente<sup>34</sup>. Forse fin da allora ci si sarebbe dovuti confrontare seriamente con il meccanismo della pro-

---

<sup>31</sup> Sul punto di veda S. MANACORDA, «Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti in *malam partem* del diritto comunitario sul diritto penale interno, in *Dir. Un. eur.*, 2006, 253 ss.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, e Corte di giustizia, 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, causa C-60/02, punto 61 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>34</sup> Corte di giustizia, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, 12 dicembre 1996, con nota di R. GUARINIELLO, *La sentenza della Corte di giustizia sulla sicurezza del lavoro ai videoterminali: insegnamenti e ripercussioni*, in *Foro it.*, 1997, IV, Col. 3-4.

cedura di infrazione, unica idonea a condurre alla condanna dello Stato per il caso di un'attuazione carente di un precetto sanzionatorio di fonte comunitaria, lasciando esente da conseguenze pregiudizievoli il reo<sup>35</sup>.

Si è tuttavia cominciato ad aprire un varco, certo sottile, in questa giurisprudenza monolitica circa vent'anni fa, nelle vicende a tutti note in materia di rifiuti: il riferimento corre ovviamente ai casi *Tombesi* e *Niselli*. Sono questi i primi antecedenti delle questioni pregiudiziali *in malam partem* nella scia dei quali si colloca a pieno titolo la sentenza *Taricco*, e rispetto ai quali apprezzare la continuità/discontinuità degli orientamenti giurisprudenziali.

Nel caso *Tombesi* del 25 giugno 1997, si verificava una interferenza normativa con il diritto dell'Unione inquadrabile nel fenomeno della modifica mediata della fattispecie, per effetto del mutare di un elemento normativo di fattispecie nel settore dei rifiuti<sup>36</sup>. La norma di legge posteriore, che modificava un elemento extrapenale definito da un atto di diritto comunitario, ponendosi in contrasto con esso, poteva essere oggetto di disapplicazione ad opera del giudice ordinario? La Corte statuiva sul punto che: «Una normativa nazionale che adotti una definizione della nozione di rifiuti che esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzo economico non è compatibile con la direttiva 75/442, nella sua versione originale, e con la direttiva 78/319» (par. 46). Ne conseguiva che i decreti legge introdotti a più riprese dal 1993, nella parte in cui distinguevano tra rifiuti e residui, prevedendo un regime favorevole per questi ultimi, si ponevano in contrasto con il diritto comunitario. Secondo la Corte «peraltro, dalle ordinanze di rinvio emerge che, all'epoca in cui sono stati commessi, i fatti che costituiscono oggetto delle cause *a quibus* potevano essere puniti in base al diritto nazionale e che i decreti legge che li hanno sottratti all'applicazione delle sanzioni risultanti dal d.P.R. n. 915/82 sono entrati in vigore soltanto successivamente. Pertanto, non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero derivare dal principio della legalità delle pene per l'applicazione del regolamento n. 259/93» (par. 43).

Nel caso *Niselli* dell'11 novembre 2004, ugualmente il giudice *a quo* riteneva che il legislatore italiano avesse impropriamente ristretto la nozione di rifiuto così come risultante dalle direttive comunitarie, con l'ef-

---

<sup>35</sup> Cfr. F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it).

<sup>36</sup> Corte di giustizia EU, sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi*, con nota di D. NICOTERA, *La corte europea di giustizia accoglie i ricorsi dei pretori: il concetto di residuo della decretazione di urgenza in contrasto con la normativa europea*, in *Riv. pen.*, 1997, 626 ss.

fetto di escludere l'applicabilità delle fattispecie incriminatrici interne<sup>37</sup>. Il Tribunale penale di Terni si interrogava in particolare in merito all'interpretazione autentica della nozione di rifiuto fornita dall'art. 14 del decreto legge n. 138/02, che riteneva essere in contrasto con la direttiva 75/442. Secondo tale interpretazione, i fatti addebitati non avrebbero costituito più reato in quanto i rottami ferrosi posti sotto sequestro erano destinati al riutilizzo e quindi non più qualificabili come rifiuti. Viceversa, asseriva il giudice rimettente, nell'ipotesi in cui tale interpretazione fosse incompatibile con la direttiva 75/442, il procedimento penale sarebbe potuto proseguire sulla base dell'imputazione formulata. Anche in questo caso per la Corte è pacifico che, all'epoca dei fatti che avevano dato luogo al procedimento penale, le condotte potevano, se del caso, integrare gli estremi di illeciti sanzionati penalmente. Se ne concludeva che: «Ciò considerato, non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442» (par. 30).

Più raro, ma di estremo interesse, è il caso della modifica diretta della fattispecie, che è stata notoriamente posta all'attenzione della Corte di Giustizia in relazione alla riformulazione degli artt. 2621 e 2622 c.c. nel noto caso *Berlusconi* del 2005<sup>38</sup>. La natura contravvenzionale di buona parte delle ipotesi di reato riformulate, con contestuale inadeguatezza della sanzione e con il rischio di una facile prescrizione del reato, l'introduzione di soglie di punibilità, la limitata procedibilità d'ufficio, erano tutti elementi per i quali si riteneva che le nuove fattispecie si ponessero in contrasto con le direttive comunitarie in materia di società. Il giudice ne aveva prospettato la disapplicazione che, però, avrebbe dato a reviviscenza della pregressa fattispecie di cui all'art. 2621 c.c. È noto che la Corte di Giustizia ha respinto – in una decisione ampiamente commentata, spesso con toni critici – tale interpretazione, proprio sul presupposto che una direttiva non possa avere come effetto di per sé, ed in-

---

<sup>37</sup> Corte di giustizia EU, sent. 11 novembre 2004, C-457/02, *Niselli*. Per approfondimenti C. SOTIS, *Il diritto senza Codice*, op. cit., 118 ss.

<sup>38</sup> Corte di giustizia EU (Grande sezione), sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, con note di G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di Giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2775 ss.; S. RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della corte di giustizia Ce: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 910 ss.; G. SALCUNI, *Il «canto del cigno» degli obblighi comunitari/costituzionali di tutela: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 93 ss.; A. LANZI, *I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione europea: il caso del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, 889 ss.; S. MANACORDA, *«Oltre il falso in bilancio»: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, op. cit., 2006, 253 ss.

dependentemente da una legge interna di attuazione, di istituire o aggravare la responsabilità penale del singolo (par. 74), ritenendo, di converso, che il principio della retroattività della *lex mitior* debba essere letto come principio generale di diritto comunitario.

Il caso *Taricco* evoca anche due ulteriori decisioni con effetti potenzialmente *in malam partem* che, tuttavia, non sono ascrivibili al novero delle vicende relative alla disapplicazione: il riferimento è ovviamente ai casi *Melloni* e *Pupino*. Quest'ultima ha costituito un esempio significativo di un uso disinvolto di un atto di diritto derivato per dar luogo ad una rilettura della procedura penale interna, in punto di ammissibilità dell'incidente probatorio, mediante interpretazione conforme<sup>39</sup>. Al di là dei distinguo, il fatto che la decisione sia rimasta confinata ai profili della procedura penale assume in apparenza una valenza tranquillizzante, ma l'impressione potrebbe essere relativizzata anche per effetto di una certa fluidità delle linee di confine tra diritto e procedura penale, sulla quale si tornerà.

Il caso *Melloni*, infine, non consentendo ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla Costituzione<sup>40</sup>, per quanto ovviamente dirompente nei suoi esiti applicativi, segnando il ritrarsi delle garanzie costituzionali in materia processuale rispetto alla efficacia dello strumento del mandato di arresto, si colloca nell'area del mutuo riconoscimento e – per quanto sommariamente accennato in precedenza – non pare che possa costituire un valido precedente nel settore che qui ci riguarda, se non nella misura in cui tradisce una certa resi-

---

<sup>39</sup> Corte di giustizia EU, sent. 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*. In dottrina, V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; A. WEYEMBERGH, P. DE HERT, P. PAEPE, *L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme: la Cour de justice pose ses jalons (note sous l'arrêt Pupino, du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, 269 ss.; C. SOTIS, *Il caso «Pupino»: profili sostanziali*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 33 ss. Sul tema dell'interpretazione conforme cfr. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 90 ss.; Id., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 29 ss. e i contributi raccolti nel volume a cura di A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, 2015.

<sup>40</sup> Corte di giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*. Si v., ancora, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, op. cit., 242 ss.

stenza a dare effettiva applicazione alla clausola di non regressione dell'art. 53 CDFUE.

È tempo di tirare le fila di questo ragionamento puntiforme che si è condotto sulle sentenze rese in merito a questioni *in malam partem* rimesse alla Corte di Giustizia, tra le quali si inserisce a pieno titolo – a nostro modo di vedere – anche la pronuncia *Taricco*. Da uno sguardo di insieme, si coglie una certa 'tenuta' delle garanzie in questi due decenni, o per il sostanziale *non liquet* della Corte posta di fronte a tentativi della magistratura di forzare il dato normativo a detrimento del reo, o perché si è inteso sacrificare un dato di natura processuale sul presupposto (tutto da verificare) che esso fosse dotato di minore forza di resistenza rispetto alle garanzie, o perché si è intervenuti su elementi del fatto di natura extra-penale, ovvero su leggi di interpretazione autentica, ritenendosi che essi non incidessero sulla componente della legalità.

In sostanza, la sentenza *Taricco* si colloca nella scia di precedenti sotto il cui peso cominciano a scricchiolare i capisaldi della tenuta garantistica del diritto penale, ma essa ugualmente se ne distacca. Non solo si distanzia dai due casi da ultimo citati, *Pupino* e *Melloni*, per il diverso oggetto (schiettamente procedurale, a fronte di un istituto discusso qual è certamente la prescrizione) o per l'area applicativa (mutuo riconoscimento anziché riavvicinamento), ma, del pari, essa sembra spingersi oltre rispetto alle decisioni *Tombesi*, *Niselli* e *Berlusconi* che riguardavano proprio l'ipotesi della disapplicazione. Tra gli elementi che avallano tale ricostruzione possono annoverarsi: il far leva sul momento della pena concepito in un'ottica funzionalistica ispirata alla effettività, senza riguardo ad altre esigenze di sistema (proporzione *in primis*, di fatto obliterata dalla Grande Camera); l'incidenza della decisione su un istituto collocato nella parte generale del Codice penale, anziché sui contorni della singola fattispecie; la chiara indicazione nel senso della disapplicazione, sia pure accompagnata da taluni *caveat*. In realtà, tanto l'argomentazione utilizzata dai giudici del Lussemburgo quanto gli esiti applicativi che se ne fanno discendere si prestano a innumerevoli rilievi critici, come adesso ci si accinge a dimostrare, passando ad una più puntuale disamina di taluni passaggi della sentenza, allo stato ancora poco illuminati.

#### 4. *Qualche perplessità sul nucleo della sentenza Taricco: i termini dell'antinomia normativa ricostruita dal giudice europeo*

È arrivato allora il momento di ripercorrere, sempre in maniera cursoria, alcuni dei profili di criticità della sentenza *Taricco*, rispetto alla quale, tuttavia, sembra preferibile risparmiare al lettore l'ampia rassegna



degli argomenti già emersi nel dibattito dottrinale. L'intento, più modesto, sarà invece quello di evidenziare taluni passaggi del ragionamento giudiziario, concentrandosi sugli elementi sui quali è stata strutturata l'antinomia normativa rilevata dal giudice di Cuneo e ritenuta sussistente, sia pure una volta riformulati i quesiti, dalla Corte. Sul versante del diritto dell'Unione, una volta chiarito che non è la disciplina sulla concorrenza, né quella sugli aiuti di Stato, né tantomeno quella sui bilanci nazionali ad assumere rilevanza, ci si concentra notoriamente su una lettura dell'art. 325 TFUE, ed è di questo che si intende discorrere. Si ricordi che la disposizione in oggetto prevede, nei suoi due primi paragrafi, rispettivamente i requisiti dell'adeguatezza e dell'assimilazione per il contrasto alle frodi ai danni dell'UE e che entrambi vengono valorizzati dalla Corte<sup>41</sup>.

Si tralascia, in questa sede, l'analisi dell'argomento della Corte retto sull'art. 325, par. 2 TFUE, che si sostanzia nell'obbligo dell'assimilazione e che è dai più ritenuto sufficientemente chiaro e preciso per il giudicante interno<sup>42</sup>, limitandoci a rilevare che diversi interrogativi potrebbero porsi al riguardo<sup>43</sup>. L'assimilazione si colloca sempre al livello più alto, ossia deve procedere nel senso dell'identificazione della fattispecie più severamente sanzionata? È corretto equiparare l'Iva ai dazi doganali? L'uguaglianza postulata dal principio deve essere perseguita anche laddove essa produca – come sarà certamente il caso – altre disparità di trattamento in diritto interno? Può farsi carico al giudice, o spetta invece al Parlamento, dare corso a tale obbligo di equiparazione della tutela ove essa si sostanzia in un irrigidimento della complessiva disciplina punitiva?

In questa sede l'attenzione è invece rivolta all'argomento utilizzato dalla Corte in relazione al primo paragrafo dell'art. 325 TFUE, rispetto al quale i giudici compiono un'operazione ermeneutica in più tempi che pare fortemente discutibile. In un primo momento, si statuisce in sentenza che per effetto del Trattato occorre una *sanzione esclusivamente penale*; in un secondo tempo, si esige che essa sia adeguata, ossia *efficace e dissuasiva*; infine, si afferma che una disposizione interna in contrasto con tali caratteri deve essere disapplicata, riconoscendosi *effetti diretti* al parametro eurounitario così ricostruito. Nessuno di questi passaggi, che occorre analizzare con maggiore cura, convince pienamente.

---

<sup>41</sup> Sul punto correttamente E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, op. cit.

<sup>42</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, op. cit.

<sup>43</sup> E. MEZZETTI, M. SESTIERI, *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, op. cit., ...

In prima battuta la sentenza mira a dimostrare che dall'art. 325 TFUE discende *l'obbligo interno di adottare sanzioni penali* per i casi di frode grave, ancorché tale aggettivo non figuri nel Trattato<sup>44</sup>. Per giungere a tale conclusione la Grande Camera procede ad un'interpolazione della disposizione in oggetto con l'art. 2, co. 1 della Convenzione PIF, la quale espressamente menziona la natura penale delle sanzioni. Incidentalmente la Corte è attenta a respingere anche l'obiezione che essa stessa, nel caso *Fransson*, avrebbe legittimato il doppio binario in materia di frodi Iva, affermandosi sul punto che «possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi» (par. 39). Tuttavia – ritornando all'argomento principale – si può osservare criticamente che la Convenzione PIF non ha la sua base giuridica né nell'art. 325 TFUE, né nel suo immediato precedente normativo rinvenibile nell'art. 209A TCE versione di Maastricht (in vigore appunto nel 1995, al momento dell'adozione della Convenzione), né nell'art. 280 TCE versione di Amsterdam. Essa, viceversa, si radica nell'art. K.3 TUE: si tratta di un atto di Terzo pilastro e non di Primo pilastro, né avrebbe potuto essere altrimenti all'epoca come concorderà conosca un po' la storia del diritto penale comunitario, il che attenua fortemente la forza persuasiva dell'argomento della Corte quanto alla possibilità di leggere le norme in combinato disposto. Peraltro, gli antecedenti normativi dell'art. 325 TFUE escludevano la competenza penale indiretta dell'Unione: implicitamente nel Trattato di Maastricht, stante il silenzio dell'art. 209A sul punto; esplicitamente nel Trattato di Amsterdam, prevedendosi all'art. 280, co. 4 ult. parte che: «Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri». Molto ci si era soffermati su questa clausola di salvaguardia a cui – forse improvvidamente, verrebbe da chiedersi – si è voluto rinunciare a Lisbona. Conta però rilevare che tutti questi argomenti depongono a sfavore della possibilità di leggere l'art. 325 TFUE alla luce della Convenzione PIF, nella misura in cui essa non costituisce attuazione né di quest'ultima disposizione, né dei suoi precedenti storici, con la conseguenza che ritenere che dalla disposizione in oggetto sorga un obbligo di incriminazione penale (e non una sem-

---

<sup>44</sup> Sulla natura non penale dell'art. 325 TFUE cfr. L. EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, op. cit.; per una diversa opzione interpretativa H. SATZGER, *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea*, in A.M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 85 ss.

plice facoltà rimessa alla legislazione derivata di istituire oggi un obbligo di tal fatta) pare francamente un fuor d'opera<sup>45</sup>.

Ritornando al ragionamento della Corte quanto ai contenuti del primo comma dell'art. 325 TFUE, una volta precisato – con tutta l'approssimazione di cui si è detto – che le sanzioni da esso imposte hanno natura penale, la Grande Camera richiede, in un secondo momento, che esse presentino i *caratteri della effettività e dissuasività*, valorizzando proprio il contenuto letterale della disposizione del Trattato. Il giudice nazionale aveva espresso dubbi in ordine alla dissuasività per effetto della normativa sulla interruzione dei termini di prescrizione, ponendo come *demonstratum* e non come *demonstrandum* che quelle norme fossero ineffettive e che fossero proprio esse responsabili dell'ineffettività del sistema<sup>46</sup>, argomento che la Corte recepisce passivamente. Il requisito dell'adeguatezza si 'scarica' dunque su un nervo, certo scoperto, ma pur sempre di un nervo, del sistema. Il concetto di adeguatezza dilata enormemente il sindacato della Corte, nel senso che essa potrebbe astrattamente far cadere la scure della disapplicazione su una qualsiasi disposizione nazionale che sia di ostacolo alle indagini o al celere svolgimento del processo. Si opta per la disciplina sui termini massimi di interruzione della prescrizione perché questo è il parametro (peraltro ipotetico) individuato dal giudice remittente e, forse, lo 'scopo ultimo' della pregiudiziale.

Così, dalla formula vaga del legislatore dettata dalla consapevolezza di non poter facilmente agire sul terreno della pena, scaturisce un preciso imperativo di fonte pretoria: di tal fatta, la 'piuma' del legislatore (sanzioni dissuasive ed efficaci) si trasforma in una 'clava' nelle mani del giudicante (sanzioni penali adeguate che ostano a termini di prescrizione complessivi ritenuti troppo brevi). Ad assumere connotazioni illiberali non è necessariamente l'interpretazione dei principi, su cui si avverte la divergente sensibilità nel dibattito italiano (essenzialmente concentrato sulla natura sostanziale o processuale della disciplina 'incriminata' – aspetto sul quale sarebbe interessante interrogarsi, anche per una certa

---

<sup>45</sup> Vale la pena, a margine di queste osservazioni, rilevare che la Corte di Cassazione nella sentenza 2210/16 ha operato un'equiparazione contenutistica tra l'art. 325 TFUE e la norma previgente, affermando che: «Non si ravvisa applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie in quanto l'art. 325 trova il suo antecedente storico-giuridico nell'art. 280 TCE che poneva esplicitamente a carico degli Stati membri l'obbligo di adottare misure per combattere le frode che lede gli interessi finanziari UE con gli stessi strumenti adottati per combattere la frode interna». Si omette tuttavia di dire che quella disposizione non avrebbe affatto consentito di dar vita ad un obbligo di prevedere sanzioni penali e che pertanto – se fondata – l'obiezione in punto di retroattività della norma più sfavorevole non appare superabile per effetto di tale argomento.

<sup>46</sup> SOTIS, *Il limite del giudice come controlimite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

disinvoltura che sembra caratterizzare i giudici europei sul punto<sup>47</sup>), ma è l'acquisizione fuori controllo, da parte del giudice europeo, del potere di *ius dicere* in un terreno sul quale nemmeno il legislatore si era spinto, e ciò secondo passaggi logico-argomentativi dei quali è lecito dubitare.

Infine – ed è il terzo momento relativo ai termini e agli esiti dell'antinomia – si riconoscono *effetti diretti* all'art. 325 TFUE, approdo ermeneutico al quale la Corte non era ancora giunta e che appare molto discutibile, stante il carattere comunque indeterminato del parametro faticosamente elaborato dalla Corte<sup>48</sup>, traendosene così l'obbligo di disapplicazione. Nel tentativo di restringere la portata dell'obbligo, la Corte introduce, peraltro, nuovi criteri di assoluta vaghezza, non presenti nel Trattato e di cui si chiede al giudice la verifica della sussistenza, specificando che l'intero ragionamento opera quando gli effetti negativi della disciplina interna si esplichino «in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'UE». Come è stato autorevolmente rilevato – «la fattispecie delineata dalla sentenza *Taricco* in cui il giudice nazionale può stabilire il contrasto della normativa interna con l'art. 325, par. 1, TFUE è, pertanto, così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale. Qui viene in gioco, prima ancora della disciplina della prescrizione e della sua interruzione (come accade, invece, nella ipotesi di contrasto con l'art. 325, par. 2, TUF), l'assenza, nel diritto europeo dichiarato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, di una disposizione normativa che possa costituire, per il giudice nazionale, un parametro idoneo al confronto con il diritto interno, al fine di accertare se la norma nazionale sia o meno contrastante con quella europea»<sup>49</sup>. Nella realtà, sembra quasi potersi affermare che l'intero ragionamento mira nella sostanza a conferire effetti diretti alla disposizione convenzionale (all'art. 2, co. 1 della Convenzione PIF) – che certamente non avrebbe potuto autonomamente dispiegare effetti di tale natura, come non possono farlo, per espressa ammissione della Corte, né le direttive, né le decisioni quadro, pur avendo notoriamente entrambe maggiore forza vincolante per gli Stati membri rispetto alla convenzione – dilatandone ulteriormente la portata mediante il vago riferimento all'adeguatezza (questa sì di fonte primaria),

---

<sup>47</sup> Cfr. da ultimo A. VALLINI, *La portata della sentenza della CECE «Taricco», un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, p. 295 ss.

<sup>48</sup> C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org).

<sup>49</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, op. cit.

sino al punto di farvi convergere precisi vincoli in ordine alla disciplina della prescrizione e desumendone l'obbligo di disapplicazione.

Incidentalmente, si rilevi che la Corte sembra mostrarsi attenta al profilo dei diritti fondamentali dell'individuo, oggetto del procedimento penale, precisando che «se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati» (par. 53). Da tale corretta premessa, i giudici del Lussemburgo prendono tuttavia le mosse per ritenere che la «disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta» (par. 53), nel senso che non contrasterebbe col principio di legalità e ciò sulla scorta del rilievo che i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste. Ma il ragionamento appare poco convincente: se è proprio il parametro delle sanzioni su cui si fa leva per decretare la contrarietà al diritto dell'Unione dei termini prescrizionali massimi, come può poi argomentarsi che tale ultimo profilo non abbia attinenza con il *nulla poena sine lege*?

In ultima analisi, l'apparato argomentativo della Corte, che si è passato in rassegna in ordine i termini dell'antinomia normativa e agli effetti che ne derivano, legittima la percezione che la sentenza in oggetto sia caratterizzata da una svalutazione del momento tecnico-giuridico a beneficio di quello politico-criminale<sup>50</sup>. Il profilo della motivazione, l'unica razionalmente controllabile, specie in un contesto in cui i giudici assumono un ruolo così dominante, pare far difetto nei passaggi qui esaminati, il che non può che recare ad irrimediabili tensioni nel circuito giudiziario, ove già ampiamente si colgono elementi di frizione. Si confida così di aver, se non dimostrato, sollevato qualche dubbio in ordine alla non irresistibile forza delle argomentazioni della Corte, che rischia di affievolire alcune delle garanzie dell'individuo da cui si sono prese le mosse.

##### 5. *Rilievi conclusivi sul ricorso al rinvio pregiudiziale in malam partem*

Più che soffermarsi sugli ulteriori passi che potrebbero compiersi, anche per non lanciarsi in improbabili previsioni sull'operato della nostra

---

<sup>50</sup> Per L. EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, op. cit., 6, «simile sentenza appare configurare un eccesso di potere della CGUE, sul quale dev'essere possibile il sindacato».

Corte costituzionale, interessa capire – ed è veramente un punto centrale della riflessione qui condotta, l'approdo finale al quale si intende giungere – quale possa essere la genesi di vicende di questo tipo. Non una prospettiva prognostica, dunque, ma una disamina in chiave diagnostica, suscettibile di poter consentire la comprensione di ulteriori casi oggi in discussione e, auspicabilmente, di prevenirli alla base<sup>51</sup>.

Nella ricostruzione qui proposta, la nostra attenzione critica si incentra sul preoccupante incremento, non adeguatamente controllato, dei rinvii pregiudiziali *in malam partem*, se non addirittura delle decisioni di disapplicazione autonomamente adottate, che i giudici italiani compiono in termini crescenti, oggi trovando un'inedita e inattesa sponda al Lussemburgo. Non è irrilevante che lo sciame giudiziario a cui si è fatto riferimento origini da procedimenti penali tutti nostrani (con l'eccezione del caso *Melloni*, a dispetto del nome, ma anche in quel caso si trattava di valutare la disciplina italiana in materia di processo *in absentia*, come è d'altronde il caso per la recente pronuncia tedesca), a segnalare una specificità – se non un problema – tutta interna.

Volgendo lo sguardo al contesto italiano, le note pronunce della Corte di Cassazione del 2005 in materia di falso in bilancio<sup>52</sup>, del 2007 sul novellame<sup>53</sup>, del 2009 a Sezioni Unite sulla confisca per equivalente<sup>54</sup>, avevano posto validi presidi al proliferare di interpretazioni conformi e rinvii pregiudiziali con effetti pregiudizievoli per il reo. Le Sezioni Unite avevano espresso a chiare lettere i limiti all'operatività di questo meccanismo *contra reum*, quasi presagendo gli effetti devastanti che ne sarebbero potuti derivare sul sistema: «*l'obbligo di interpretazione conforme trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. (...)*». La conseguenza è che un eventuale rinvio pregiudiziale non potrebbe avere come conseguenza che una sostanziale decisione di *non liquet* da parte della Corte di Giustizia. (...) *Non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per ef-*

---

<sup>51</sup> Trib. Varese, 30 ottobre 2015, Gip Sala, ord. n. 588, con nota di L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. V, ud. 11.10.2005, dep. 24.10.2005, n. 38967.

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. III, ud. 3.7.2007, dep. 24.10.2007, n. 39345 con nota di C. SOTIS, M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci «in malam partem». Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>54</sup> Cass. pen., SS.UU., ud. 25.6.2009, dep. 6.10.2009, n. 38691 con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, op. cit.; A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 791 ss.

fetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire *effetti pregiudizievole per l'imputato*. La mancata previsione come fattispecie di reato di comportamenti che ai sensi della normativa comunitaria si sarebbero dovuti considerare come penalmente illeciti, potrebbe, al più, costituire un inadempimento del legislatore nazionale rispetto ad obblighi di fonte comunitaria, ma non consente che i cittadini dello Stato inadempiente siano perseguiti penalmente per fatti considerati illeciti ai sensi della normativa comunitaria, ma non punibili o non più punibili ai sensi di quella interna. *In definitiva, l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in malam partem della fattispecie penale nazionale*<sup>55</sup>. I termini della questione erano chiari ma il monito – perché in fondo di questo si tratta – delle Sezioni Unite non è servito a porre un freno all'ansia riformatrice della giurisprudenza, così smentendo la previsione di una declaratoria di inammissibilità della Corte di Giustizia da taluni preconizzata nella vicenda *Taricco*<sup>56</sup>. Si assiste, viceversa, ad una preoccupante tendenza che porta addirittura il giudice a disapplicare *in malam partem* senza sollecitare il giudice europeo, ad esempio in ambito tributario ma pur sempre con riferimento alle sanzioni, ispirandosi agli imperativi funzionalistici imposti dall'UE<sup>57</sup>.

Il *pendant* di questo atteggiamento, chiaramente ispirato da istanze punitive alle quali si ritiene che il legislatore non abbia dato corso, è la percezione di una certa resistenza dei nostri giudici a respingere le pregiudiziali comunitarie *in bonam partem*, anche dinanzi alla Corte di Cassazione che, notoriamente, sarebbe astretta da un obbligo in tal senso *ex art. 267 TFUE*. È questo un profilo di assoluta centralità nell'attuale fase dei rapporti tra diritto penale interno e comunitario, rispetto al quale sarebbe davvero urgente aprire un dibattito sulle modalità più opportune per chiamare il giudice, specie quello di ultima istanza, a rispettare i li-

---

<sup>55</sup> Cass. pen., SS.UU., 19 gennaio 2012, n. 22225, con nota di G. LEO, *Le Sezioni Unite sulla pretesa responsabilità penale dell'acquirente finale di prodotti con marchio contraffatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>56</sup> Cfr F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, op. cit.

<sup>57</sup> Cass., sez. trib., 10 febbraio 2016, n. 2606: «Di qui la decisione della disapplicazione dell'articolo 9-bis della legge n. 289 del 2002 che permette di definire una controversia evitando il pagamento di sanzioni connesse al ritardato o omesso versamento del tributo. Ad aderire a una diversa soluzione si provocherebbe una rinuncia all'applicazione di sanzioni previste dal diritto dell'Unione. Sanzioni che, come più volte chiarito da Lussemburgo, devono produrre un effetto non solo repressivo, ma anche dissuasivo».

miti della teoria dell'atto chiaro posti dalla sentenza *Cilfit*<sup>58</sup>, anche in ragione della responsabilità per lo stato evidenziata dalla Corte di Giustizia nel caso *Köbler*<sup>59</sup>. Non sarà inutile, peraltro, riflettere sul punto anche nella prospettiva dischiusa dal protocollo 16 alla CEDU che lascerà spazio per un numero crescente di questioni in interpretazione, dirette alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Quanto invece al proliferare di questioni *in malam partem*, si deve ragionare sull'operato del giudice interno, il quale è ampiamente investito dal filtro dell'inammissibilità, per effetto dell'atteggiamento tendenzialmente aperto che contraddistingue la CGUE rispetto alla CEDU. Non è, tuttavia, facile individuare soluzioni tecniche atte a limitare il ricorso alle stesse, non solo in assenza di una forza vincolante del precedente nel nostro ordinamento, che taluni oggi invocano autorevolmente proprio per porre un argine alla dilatazione dei poteri del singolo giudice<sup>60</sup>, quanto piuttosto per il divieto di fissare limiti al rinvio pregiudiziale. Difatti come chiarito dalla Corte di Giustizia «L'articolo 267, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che esso ritiene rilevanti ai fini della soluzione del procedimento principale. Non devono essere applicate le norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza»<sup>61</sup>. Vietato, d'altronde, è anche fissare un primato temporale del controllo di costituzionalità, ove ammissibile (in relazione quindi a norme prive di effetti diretti) come già dimostrato dalle vicende francesi che hanno investito la *question prioritaire de constitutionnalité*<sup>62</sup>, avendo la Corte di Giustizia affermato nel caso *Melki* che: «L'art. 267 TFUE osta

---

<sup>58</sup> Corte di giustizia UE, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavado Spa contro Ministero della sanità*, C-283/81, 6 ottobre 1982.

<sup>59</sup> Corte di giustizia UE, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, C-224/01, 30 settembre 2003.

<sup>60</sup> Da ultimo F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *www.penale-contemporaneo.it*.

<sup>61</sup> Corte di giustizia UE (Quarta sezione), 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi contro Autorità garante della concorrenza e del mercato*.

<sup>62</sup> Corte di giustizia UE, sentenza 22.6.2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, dove si precisa peraltro che «Per contro, l'art. 267 TFUE non osta a siffatta normativa nazionale, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione».



ad una normativa di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire – tanto prima della trasmissione di una questione di legittimità costituzionale all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di esercitare il controllo di costituzionalità delle leggi, quanto, eventualmente, dopo la decisione di siffatto organo giurisdizionale su detta questione – a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte».

Al di là di questi primi spunti di riflessione, che toccherà al dibattito scientifico via via dipanare, ragionare sui motivi di siffatte tendenze giurisprudenziali oggi prevalenti in Italia getta una luce non certo rassicurante sullo stadio di sviluppo del diritto penale comunitario. Non vi è dubbio che la progressiva presa di coscienza delle potenzialità connesse ad un controllo diffuso di conformità anche in materia penale abbia condotto ad una delega in bianco ai giudici, fomentata da un'ansia riformatrice e potenziatrice, al cospetto di un legislatore certamente non sempre all'altezza dei compiti a cui è chiamato.

In conclusione, il caso *Taricco*, nella lettura che ne abbiamo dato, tesa a disvelarne alcuni profili meno visibili, rappresenta – al di là dei suoi contenuti specifici – un campanello d'allarme, un richiamo per la comunità scientifica, affinché essa si adoperi per rendere visibile la prevalente lettura giurisprudenziale *in malam partem* della normativa eurounitaria, ora alimentata dalla inattesa e criticabile pronuncia della Corte di Giustizia, ma destinata più ampiamente ad incidere sul delicato ruolo delle garanzie penalistiche negli anni a venire.

VITTORIO MANES

LA «SVOLTA» TARICCO  
E LA POTENZIALE «SOVVERSIONE DI SISTEMA»:  
LE RAGIONI DEI CONTROLIMITI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Judicial adventurism*. – 3. «Vecchio» e «nuovo» nella sentenza *Taricco*. – 4. Il cuore della sentenza *Taricco*: il «giudice di scopo», custode degli obblighi punitivi europei e, a monte, artefice di una legalità essenzialmente giurisdizionale. – 5. *Curia locuta, res principiata*. – 6. I controlimiti, ovvero, «la frase d'amore cominciata e mai finita». – 7. *The Shadow Line*.

1. *Premessa*

È difficile non avvertire un certo disagio nell'affrontare il tema dei «controlimiti» nell'attuale scenario europeo: le vicende di Parigi e Bruxelles, l'acutizzarsi dell'emergenza connessa al terrorismo islamico hanno posto sul banco degli imputati – *inter alia* – i ritardi della cooperazione giudiziaria, e le lacune dell'armonizzazione penale, a conferma che il «populismo penale» tende a valicare – già da tempo – i confini domestici. Tra gli imputati – lo sappiamo bene – anche le garanzie convenzionali e i principi costituzionali, ed in controluce – dunque – i «controlimiti», tanto che tentarne una difesa appare sostanzialmente controcorrente, o forse persino «antistorico»; tollerati sempre meno perché visti come fardello rispetto alle pressanti esigenze di tutela di beni/interessi/valori sempre più nucleari, e indefettibili per il destino comune, e rispetto all'urgenza di una repressione *faster better and cheaper*; un fardello altrettanto ingombrante e pesante – tornando all'«immane concretezza» del quotidiano – al cospetto di quella «creatura teratologica»<sup>1</sup> che è la prescrizione.

---

<sup>1</sup> P. GAETA, *Rapporti tra fonti europee e cassazione in tema di legalità: alcune icone*, relazione svolta al convegno di Parma, 9/10 ottobre 2015, dattiloscritto, 4.

## 2. *Judicial adventurism*

Anche a prescindere da questa prospettiva, la sentenza *Taricco*<sup>2</sup> è subito apparsa a molti l'ennesimo presagio di una progressione inarrestabile: nel processo di costante ed «impressionante» erosione del «dominio

<sup>2</sup> Corte di giustizia, Grande sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14.

Già ampia la schiera dei commenti: tra le voci tendenzialmente favorevoli, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande sezione), Taricco, causa C-105/14, in Dir. pen. cont., 14 settembre 2015*; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi, in Dir. pen. cont., 29 ottobre 2015*; F. ROSSI, *La sentenza Taricco e l'obbligo di disapplicazione in malam partem di norme penali: tra integrazione europea e controlimiti, in corso di pubblicazione in RIDPP, 2016*; con variegati accenti critici, si veda invece S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza «Taricco», in Arch. pen., n. 3/2015*; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?, in SIDIBlog ([www.sidi-isil.org/sidiblog/](http://www.sidi-isil.org/sidiblog/)), 15 settembre 2015*; A. CIAMPI, *Il cso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale, in Int'l Lis, 2015, 113 ss.*; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato, in Arch. pen., 2015, n. 3*; P. GAETA, *Rapporti tra fonti europee e cassazione in tema di legalità: alcune icone, cit.*; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)*; O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale, in Rassegna tributaria, 2015, 1554 ss.*; M. PROIETTI, *Norme sulla prescrizione dei reati fiscali al vaglio della Corte di Giustizia europea: gli effetti dirimenti di una pronuncia di incompatibilità con il diritto sovranazionale, in Boll. trib., 2015, 1677 ss.*; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco, in Dir. pen. cont., 10 dicembre 2015*; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?, in Proc. pen. giust., 2016, n. 1, 49 s.*; M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucellae) Consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level, in European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 24 (2016), 1 ss.*; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 febbraio 2016*; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco, in Arch. nuova proc. pen., 2016, 2 ss.*; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti, in Cass. pen., 2016, 1250 ss.*; B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?, in Dir. pen. cont., 15 febbraio 2016*; C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti, intervento al convegno di Milano, 15 aprile 2016, in corso di pubblicazione*; A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia «Taricco», in corso di pubblicazione*; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco, in corso di pubblicazione*; inoltre, A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale, in Dir. pen. cont., 4 aprile 2016, 8 ss.*; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale, Milano, 2016, 78 ss.*; L. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali, in Dir. pen. cont., 11 aprile 2016, 17 ss.*

riservato» (*domain réservé, domestic jurisdiction*) degli Stati da parte del diritto internazionale<sup>3</sup>, anche le politiche criminali domestiche sono già da tempo, per gran parte, epifenomeno di quelle sovranazionali, specie di matrice eurounitaria; e in quest'ambito, dove non arriva il legislatore UE provvede il *judicial activism* – o, meglio, il *judicial adventurism* – della Corte di Giustizia, attore ormai protagonista del dis-ordine giuridico europeo<sup>4</sup>.

Siamo abituati, del resto: ad ogni intermittenza o *impasse* del processo di avanzamento del progetto europeo ha posto rimedio la Corte di Lussemburgo, sempre anticipando scenari futuri e quasi seguendo il monito di Jean Cocteau – *trouver d'abord, cherchez après*.

È accaduto, anzitutto, negli anni '60, con le sentenze che hanno determinato la c.d. «costituzionalizzazione dei Trattati» (i *grands arrêts* sulla dottrina degli *effetti diretti* e sulla *primauté*, rispettivamente *Van Gend en Loos* e *Costa/ENEL*); ancora, dopo il fallimento del progetto costituente europeo, è stata la sentenza *Pupino*<sup>5</sup> a potenziare gli strumenti-fulcro della cooperazione giudiziaria in materia penale, le «decisioni quadro», estendendo ad esse l'obbligo di interpretazione conforme, e riducendo così bruscamente quella divisione tra i vari pilastri che sarebbe stata poi abbandonata con il Trattato di Lisbona; di lì a poco, le sentenze in materia ambientale del 2005 e del 2007<sup>6</sup>, anticipazione dell'attribuzione di competenze (indirette) successivamente «ratificate» dall'art. 83 TFUE<sup>7</sup>.

Pronunce, tutte, dove si apprezza una notevole «*force imaginante du droit*»<sup>8</sup>; ma caratterizzate anche da una elevata energia distruttiva, dove l'effetto utile è spesso perseguito *côte que côte*.

La sentenza *Taricco*, con la sua spiccata «distruttività creativa», aggiunge un tassello al mosaico, o forse completa il quadro, sferzando una

<sup>3</sup> Di «impressionante erosione» parla B. CONFORTI, *Riflessioni sul diritto internazionale contemporaneo*, in *www.lincci.it*, 2.

<sup>4</sup> Sull'attivismo della Corte di giustizia UE nell'imposizione di obblighi di criminalizzazione, da ultimo, R. FRANCE, *The Division of Criminal Power in the European Union*, in H.J. ALBRECHT, A. KLIP (a cura di), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe. A Collection in Honour of Prof. em. Dr. Dr. H.c. Cyrille Fijnaut*, Leiden-Boston, 2013, 149 ss.

<sup>5</sup> CGUE, 16 giugno 2005, C-105/03.

<sup>6</sup> Rispettivamente, CGUE, 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, e CGUE, 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>7</sup> Al riguardo, ampiamente, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, 43; R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 3 ss.

<sup>8</sup> M. DELMAS MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, 2006.

armonizzazione sostanziale ritenuta da molti troppo timida (forse anche in ragione di un Parlamento europeo che comincia a far sentire la sua voce<sup>9</sup>), e dimostrando nel modo più perentorio che la mancata recezione formale del principio del primato nel Trattato di Lisbona non ha tolto nulla alla sua cogenza<sup>10</sup>. Anzi.

In ogni caso, si tratta senz'altro di una «svolta» per il diritto penale europeo, ma al contempo di una «crisi», profonda, non solo per il diritto penale domestico, ma per l'assetto di un ordine giuridico (nazionale e sovranazionale) che al cospetto della proliferazione di norme e attori-fonte appare ormai inattuabile<sup>11</sup>, e di una parallela crisi – per quanto qui maggiormente interessa – per l'«approccio costituzionale» in materia penale, comportando la decisione curiale una «accelerazione talmente brusca – si è detto – che, se non verrà in qualche modo frenata, ci porterà ad un punto di non ritorno»<sup>12</sup>, giacché «mette sul campo questioni di primaria importanza non solo per la nostra Costituzione, ma per la nostra civiltà giuridica»<sup>13</sup>.

Il tempo dirà se essa segni davvero l'apogeo o, in realtà, l'inizio del declino del «diritto penale comunitario»: definizione che ha ormai perso il significato ossimorico originario, giacché il diritto penale, originariamente assunto ad antitesi del «diritto comunitario»<sup>14</sup>, ne è ormai divenuto parte integrante<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Come in relazione alla c.d. *Non Conviction Based Confiscation*: al riguardo, C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *RIDPP*, 2015, 678 ss., 709 ss.

<sup>10</sup> Come noto, il primato, è solo «richiamato» nella dichiarazione finale n. 17, allegata al TUE e al TFUE.

<sup>11</sup> Sulle patologie del fenomeno, cfr., ad es., P. WEIL, *Vers une normativité relative en droit international*, in *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, 8, denunciando un diritto internazionale «malato delle sue stesse norme», a tal punto che «è sempre più difficile stabilire non solo ciò di cui una norma giuridica è costituita, ma anche chi essa obblighi, e nei confronti di chi».

<sup>12</sup> A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, 2.

<sup>13</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale* (relazione al Relazione al Convegno «Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali», Ferrara, 7-8 aprile 2011), in *www.rivistaaic.it*, cit., 16.

<sup>14</sup> Alle origini del fenomeno, F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Digesto pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 89 ss.; ha indagato a fondo il processo di progressiva emersione del «diritto penale comunitario» A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004; ed ancora R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, in ptc. 94 ss. e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, *passim*; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, *passim*.

<sup>15</sup> Con buona pace delle voci che lamentano perduranti deficit di legittimazione e irrisolte tensioni – a monte o a valle – con il principio di riserva di legge: al riguardo, con diversità di accenti, v. tra gli altri C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano,

Sin da ora, tuttavia, può dirsi che la pronuncia *Taricco* – più che mettere pesantemente in discussione i «controlimiti» all'integrazione europea fissati dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza *Granital* (n. 170 del 1984) – supera l'idea stessa della Costituzione (nazionale) come limite al diritto penale, che pur si è tentato di riproporre al cospetto delle diverse Carte sovranazionali dei diritti (*in primis*, CEDU e CDFUE), travolgendone tutti gli assiomi: la primazia della riserva di legge come *lex parlamentaria* e il rifiuto della giurisprudenza come fonte; la rinuncia ad obblighi positivi di tutela penale e la scelta di campo per la sussidiarietà; l'idea di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena come limiti agli impulsi della prevenzione generale; sullo sfondo, la sottoposizione del giudice alla legge e la stessa separazione dei poteri.

Non è un caso che diverse voci – tra le più autorevoli in questo campo, ALESSANDRO BERNARDI – si sforzino di cercare altrove i punti di riferimento del «diritto penale costituzionalmente orientato»<sup>16</sup>, mentre altre già da tempo invitano a spostare il dibattito sui «controlimiti europei» (i *fundamental rights* tutelati tra Carte e «tradizioni costituzionali comuni»)<sup>17</sup>, e non (più) su quelli domestici, in qualche modo cedendo all'interpretazione più autarchica dell'art. 4.2 TUE<sup>18</sup>: con una curiosa ete-

---

2010, 71 ss., ed anche, in prospettiva maggiormente critica, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, 279 ss., e ID., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, spec. 537 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, 248 ss.; ID., *L'avanzamento del «diritto penale europeo» dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, c. 315 s.; torna sul tema, di recente, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, relazione svolta nell'ambito del Convegno *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, 7-8 novembre 2015), in corso di pubblicazione nei relativi *Atti* (ESI, Napoli, 2016), 12 (e bibliografia citata a n. 9), ritenendo «non più così insoddisfacente» il livello di democraticità del processo legislativo europeo dopo Lisbona.

<sup>16</sup> A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 230 ss.

<sup>17</sup> Al riguardo, tra gli altri, D. TEGA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea tra Carta di Nizza e costituzioni nazionali: una poltrona per due?*, in L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2008, 182 ss.; *amplius*, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012; sui problemi aperti dalla c.d. «europeizzazione dei controlimiti», cfr. ancora A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2014, 252 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, v. ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 11 s. secondo il quale «l'art. 4.2 si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa. L'europeizzazione dei

rogenesi dei fini, che – al cospetto dell’atteggiamento del giudice di Lussemburgo – accetta il rischio di «raccomandare le pecore al lupo»<sup>19</sup>, come ha insegnato, esemplarmente, la sentenza *Melloni*<sup>20</sup>.

### 3. «Vecchio» e «nuovo» nella sentenza *Taricco*

La «rivoluzione copernicana» innescata dalla sentenza *Taricco* – una sentenza apparsa a molti «eversiva» (ROBERTO BIN) – si misura nella distanza con i tracciati consolidati della stessa Corte di giustizia, da un lato, e con le posizioni accolte nella nostra giurisprudenza costituzionale, dall’altro.

Come ben sappiamo, la Corte di giustizia aveva sempre escluso la possibilità di far discendere «effetti diretti» *in criminalibus* dalla normativa eurounitaria, e la nostra Corte costituzionale ha sempre sostanzialmente seguito – direi, ribadito – questo *impasse*<sup>21</sup>.

Senonché gli «effetti diretti» – al di là dei presupposti che la dottrina si è affaticata ad approfondire<sup>22</sup> – non sono una qualità ontologica

---

controlimiti, però, non comporterebbe una loro semplice neutralizzazione, ma un autentico snaturamento: l’ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto, infatti, pretenderebbe d’esserne il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*. Delle due, allora, l’una. O l’art. 4.2, così inteso, deve intendersi a sua volta illegittimo per contrasto con i principi supremi (se si vuole, con il metaprinzipio supremo che vuole intangibili i principi supremi), oppure si cerca di darne un’interpretazione costituzionalmente orientata. In questa seconda prospettiva, la sola lettura armonizzante sarebbe questa: che l’identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l’Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la *sua* Costituzione stabilisce».

<sup>19</sup> Di fine del «costituzionalismo nazionale», al cospetto delle tesi che patrocinano l’«europeizzazione dei controlimiti», parla, ancora, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 75.

<sup>20</sup> CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, dove, di fatto, il principio in tema di «livello di protezione» sancito dall’art. 53 CDFUE, così come il principio del rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri di cui all’art. 4.2 TUE hanno finito col soccombere, in sede di bilanciamento, rispetto ai principi del primato, unità ed effettività del diritto sovranazionale, nonché ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci che la decisione quadro sul mandato d’arresto europeo mira a rafforzare, dimostrando chiaramente la «possibile “sterilizzazione” della protezione assicurata all’identità nazionale dalle corti domestiche attraverso i controlimiti» (così A. BERNARDI, *Il difficile rapporto*, cit., 79, con ulteriori rilievi critici; sulla sentenza *Melloni* v. anche *infra*, nt. 95).

<sup>21</sup> Anche nella tormentata sentenza n. 28 del 2010 sulle cc.dd. ceneri di pirite – il punto di approdo più avanzato nella tematizzazione del problema da parte della nostra Corte – si è giunti al più a censurare un preciso «inadempimento statale sopravvenuto» (veicolato peraltro da un elemento extrapenale di fattispecie), non certo un inadempimento *tout court*, ravvisato al cospetto di un generico obbligo di adeguatezza sanzionatoria.

<sup>22</sup> Al riguardo, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 172 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea*, Parte

di una norma, ma – come è stato efficacemente evidenziato – sono ciò che la Corte di giustizia dice<sup>23</sup>; non un crisma originario, ma una virtù attribuita.

E, in questo caso, la Corte di giustizia «ha detto», inanellando nel suo percorso argomentativo argomenti vecchi e nuovi.

Molti e «gravi» quelli nuovi, giacché – nonostante l'avvocato generale abbia ritenuto, in sostanza, trattarsi di semplice applicazione di principi precedenti – i tratti di originalità in realtà sono davvero notevoli, e la differenza di risultato – hegelianamente – *qualitativa*.

Cominciamo dagli argomenti già affiorati – o consolidati – nelle decisioni di Lussemburgo.

3.1. Sul piano del metodo – lo diciamo solo *per incidens* – ormai consueto è l'uso del rinvio pregiudiziale come sostitutivo della procedura di infrazione, camuffando come problema di interpretazione giuridica un «*cabier de doléances*» sostanzialmente politico<sup>24</sup>: qui il quesito concerneva, di fatto, la verifica della sostanziale idoneità (dunque dell'adempimento statale dell'obbligo comunitario) della controversa normativa nazionale ad assicurare una lotta efficace contro le frodi in materia di IVA.

Si tratta di un uso ormai ampiamente avallato dalla Corte, incline a riconoscere maglie molto larghe al rinvio pregiudiziale, secondo un approccio che trova conferma anche nella «presunzione di rilevanza» che la Corte riconosce alle questioni che attengono all'interpretazione del diritto dell'Unione», o ai generosi margini di riformulazione della questione pregiudiziale che la stessa si autoriconosce<sup>25</sup>.

3.2. Non nuove neppure le affermazioni circa la pertinenza della materia all'ambito di competenza della Corte: nonostante autorevoli pareri contrari (tra cui il Consiglio UE, in un documento ufficiale, e la Germania intervenendo nel procedimento *Taricco*), la Corte conferma

---

istituzionale, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2013, 284 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7<sup>a</sup> ed., Padova, 2012, 169 ss.; in giurisprudenza, CGUE, 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn* e 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*.

<sup>23</sup> M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, 35: «Effetto diretto significa semplicemente che una norma può essere 'invocata' in e applicata da una corte. E ciò si verifica quando lo dice la Corte di giustizia [...]».

<sup>24</sup> Così anche M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...*, cit., 2.

<sup>25</sup> Come è stato rilevato, anche nel caso concreto la CGUE ben avrebbe potuto ritenere irricevibili la gran parte delle questioni, evidenziando il difetto di rilevanza delle norme oggetto di richiesta interpretativa (almeno 3 su 4: gli artt. 101, 107, 119 TFUE); ed invece la Corte ha preferito riformulare la questione pregiudiziale, anche con riguardo al parametro di diritto dell'Unione di riferimento (in linea con una prassi frequente nell'applicazione dell'art. 267 TFUE): sul punto, C. AMALFITANO, *op. cit.*



quanto aveva già affermato nella recente sentenza *Åkerberg Fransson* (C-617/10)<sup>26</sup>, ovvero che la disciplina sanzionatoria sull'imposta sul valore aggiunto ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, giacché l'IVA riscossa dagli Stati membri è poi riversata – secondo il sistema delle risorse proprie – a Bruxelles. Per inciso, tale posizione è in linea con una tendenza alla vorace autoattribuzione di competenze che – come si sa – non ha mancato di suscitare reazioni di rigetto da parte di autorevoli tribunali costituzionali<sup>27</sup>.

3.3. Ricorrente è anche il riconoscimento che, in linea generale, è compito del giudice nazionale, piuttosto che della Corte, verificare il rispetto della norma «interna» con riguardo alla disciplina comunitaria, tanto alla luce del principio di assimilazione quanto, soprattutto, alla luce del principio di adeguatezza (anche se del tutto originale l'applicazione *in concreto* di questa divisione di compiti, perché conferisce al giudice domestico un potere di sindacato sull'effettività delle sanzioni penali affatto inconsueto ed eccentrico rispetto ai suoi compiti istituzionali e costituzionali: al riguardo, *infra*, § 3.5).

3.4. Ma veniamo agli argomenti «nuovi», indubbiamente più interessanti.

Nuova è la consacrazione dell'art. 325 TFUE come «base legale» per la tutela *penale* di interessi finanziari UE (proprio su questo punto si era arenata la Direttiva PIF), con espresso richiamo a «sanzioni privative della libertà» (esplicitato ai punti 37 ss. della decisione<sup>28</sup>, con rimando al

<sup>26</sup> Sulla quale, tra i molti commenti, v. S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale* à la carte, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 242 ss., e, ora, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., 60 ss., rilevando l'ambiguità (e la frequente contraddittorietà) delle argomentazioni dalla Corte di giustizia.

<sup>27</sup> A seguito della sentenza Fransson, il *Bundesverfassungsgericht* ha prontamente risposto con una decisione sul caso del c.d. «data base antiterrorismo» (BVerfG, 1 BvR, 1215/07 del 24 aprile 2013), minacciando la censura di atti *ultra vires* qualora la Corte avesse insistito nell'orientamento affermato nella citata pronuncia (sul punto, M. PACINI, *Lussemburgo e Karlsruhe a duello sull'applicabilità della Carta UE*, in *Osservatorio dell'Associazione dei costituzionalisti*, settembre 2013).

<sup>28</sup> «Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'art. 325 TFUE, possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA (punto 39). Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affin-

*principio di effettività ed al principio di equivalenza*)<sup>29</sup>. Come è evidente, si tratta di una posizione interpretativa che incide pesantemente sul *diritto materiale* dell'UE: l'art. 83 TFUE limita espressamente gli atti adottabili per i campi di materia ivi indicati alle *direttive*, con conseguente radicamento – sempre e comunque – di una competenza penale solo *indiretta*; l'art. 325 TFUE non contemplerebbe invece limiti in ordine agli atti utilizzabili, legittimando – come è stato già prospettato<sup>30</sup> – iniziative legislative promosse con *regolamento*, con norme direttamente applicabili e dunque potenziali strumenti di competenza penale *diretta*.

Si tratta solo di un primo passo, perché l'art. 325 TFUE – nel quale da sempre viene identificato il *Kern* del diritto penale europeo<sup>31</sup> – può trasformarsi in un formidabile *trojan horse*: nel suo ventre, c'è oggi già l'universo magmatico delle frodi comunitarie (di cui le frodi all'IVA sono mero sottoinsieme), e *par ricochet* il riciclaggio di denaro proveniente dalle stesse (reato generalmente ritenuto ben più grave, come si sa, dei reati presupposto); domani, vi sarà la corruzione del pubblico agente UE, e così via, in linea con la tendenza voracemente espansiva cui si è accennato.

Ove la disciplina domestica volta a volta in rilievo sia da disapplicare – come indica la sentenza *Taricco* – perché inadeguata alla luce del

---

ché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà (punto 40). [...] Orbene, dall'insieme delle considerazioni svolte ai punti 37 e da 39 a 41 della presente sentenza emerge che gli Stati membri devono assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo. Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari».

<sup>29</sup> «A tale riguardo, è necessario sottolineare che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell'Unione, ossia dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

<sup>30</sup> A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, cit.; ID., *Il difficile cammino della direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale, c.d. direttiva PIF*, in *Cass. pen.*, 2015, 2422 ss.; analogamente, M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur...*, cit., 6; perplessità, tuttavia, in I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 71.

<sup>31</sup> Come già, d'altronde, il precedente art. 280 TCE (sul quale v. tra gli altri R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, 245 ss.); sulla tradizionale tendenza dell'art. 325 TFUE a fondare una «iperlegittimazione» dell'intervento UE, v. ad es. C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento al convegno di Milano, 15 aprile 2016, in corso di pubblicazione, 3 ss. del dattiloscritto.

principio di efficacia-proporzionalità – la conseguenza prevedibile sarà la corsa all'«assimilazione invertita», ovvero la «trappola dell'assimilazione»: si creerà una dissimetria – ed un *gap* di ragionevolezza – che dovrà necessariamente essere colmata a livello domestico, dal legislatore ovvero – si tornerà sul punto – dalla Corte costituzionale, con interventi che allo stato sembrano inibiti dai limiti di sindacato a questa concessa; ma che è prevedibile seguiranno una logica di livellamento punitivo verso l'alto, non certo verso il basso.

L'intonazione globale della sentenza *Taricco*, in effetti, appare piuttosto chiara, perché la portata interpretativa non sembra affatto – per usare il lessico della Corte EDU – «*constrained by the facts of the case*»; da un lato, infatti, la pronuncia pregiudiziale resa ai sensi dell'art. 267 TFUE – è noto – ha un valore generale e vincola tanto il giudice *a quo* quanto gli altri giudici nazionali<sup>32</sup>, tanto più che nel caso concreto essa investe direttamente un istituto di «parte generale», indicandolo come responsabile della ineffettività della tutela; dall'altro, soprattutto, lo schema è pronto per essere replicato e declinato su altre ipotesi.

«*Poca favilla gran fiamma seconda*», come si sa: e non stupisce affatto che la traccia segnata dalla sentenza in esame sia stata subito ripercorsa, ed approfondita, da un recente rinvio pregiudiziale di altro giudice italiano<sup>33</sup>.

3.5. Nuovo, e rivoluzionario, è il potere di sindacato riconosciuto *in concreto* al giudice domestico nella valutazione di adeguatezza e dunque nell'implementazione dell'obbligo di tutela eurounitario, ossia nella rilevazione del contrasto tra disciplina interna e normativa UE da risolvere mediante disapplicazione (*infra*, § 3.6): sindacato da condursi sulla base di un mero *canone di razionalità materiale*<sup>34</sup> quale il principio di efficacia/proporzionalità, rispetto al quale il richiamo al principio di assimilazione sembra una fragile stampella *ad adiuvandum*<sup>35</sup>; e declinato – questo

<sup>32</sup> Corte cost., sentenze n. 113 del 1985 e n. 284 del 2007.

<sup>33</sup> Si tratta dell'ordinanza G.i.p. Varese, 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2016), con le quali sono state rimesse alla CGUE una serie di questioni interpretative relative al d.lgs. n. 74 del 2000, sostanzialmente volte a denunciare l'incompatibilità di taluni profili – recentemente oggetto di riforma – con gli obblighi di tutela discendenti – appunto – dall'art. 325 TFUE, sempre alla luce dei principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità (sulla decisione, cfr. L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di Giustizia UE, ibidem*).

<sup>34</sup> Cfr. ancora C. SOTIS, *I limiti del giudice*, cit., 7.

<sup>35</sup> Anche in ragione della fattispecie assunta a *tertium comparationis* (il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, in merito al quale «il diritto nazionale non prevede, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione»: punto n. 48 della sentenza *Taricco*), che – specie alla luce dei criteri utilizzati dalla

il punto di maggiore originalità – attraverso un *criterio-guida* quanto mai fluido, giacché la disapplicazione – sostiene la Corte – sarebbe doverosa ove «detta normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un *numero considerevole di casi di frode grave*» (punto 58 della sentenza *Taricco*, corsivo nostro).

Come è evidente, tale *criterio-guida* incarna una chiara indicazione politica-criminale (di schietta *Kriminalpolitik im kleinen*), tanto curiosa quanto sfuggente<sup>36</sup>, di notevole spessore nella prospettiva della compatibilità costituzionale, giacché consegna l'*an* della punibilità in concreto, e dunque il giudizio sulla *Strafbedürfnis*, al vaglio del giudice comune, mettendogli nelle mani «una sorta di opposto *in malam partem* del giudizio di offensività», in una prospettiva di «pura (e presuntiva) *prevenzione generale*»<sup>37</sup>.

In effetti, con questa ambigua *policy* si chiede al giudice non solo di farsi arbitro della sussidiarietà, affidandogli verifiche empiriche alquanto illusorie<sup>38</sup>, ma anche di rovesciare il tradizionale principio liberale che gli vieta di strumentalizzare il singolo per fini di politica criminale, fulcro attorno al quale gravitano i dispositivi tipici del diritto penale della colpe-

---

Corte costituzionale in punto di sindacato di ragionevolezza – appare una fattispecie comparativa del tutto eterogenea.

<sup>36</sup> Lo rileva anche S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA*, cit., 3, secondo il quale «Se concepita in astratto, con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, tale indicazione sembra investire il singolo giudice di un potere-dovere di apprezzamento generalizzato circa gli effetti della normativa espliciti dall'interruzione, che esorbita dalla sua cognizione, tranne forse il caso in cui a pronunciarsi sia la Cassazione investita da un numero cospicuo di ricorsi in casi simili. Se concepito in concreto, come indicazione per il singolo giudice in relazione alla fattispecie oggetto del proprio giudizio, il riferimento ad un numero considerevole di casi gravi restringe la disapplicazione all'ipotesi di un numero elevato di frodi IVA, il più delle volte strutturate come reati-fine di un'associazione per delinquere, non dando invece adito alla prevalenza del diritto dell'Unione e al conseguente superamento della disciplina prescrizionale nelle ipotesi residue».

<sup>37</sup> Su questo aspetto si incentra, in particolare, la serrata critica di L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 3 ss.

<sup>38</sup> È un problema – come noto – ricorrente al cospetto di obblighi di criminalizzazione di fonte giurisprudenziale, emerso anche sul versante convenzionale: si veda, ad es., l'opinione parzialmente concordante dei giudici Tulkens, Ziemele e Bianku nel caso *Gäfgen c. Germania* (Corte EDU, 1 giugno 2010): «*En affirmant comme un postulat l'effet dissuasif de sanctions pénales plus lourdes, nous nous demandons si la Cour ne risque pas de créer ou d'entretenir une illusion. L'effet de la prévention (générale ou individuelle) des peines a fait depuis longtemps l'objet de nombreux travaux et recherches, notamment empiriques. Ceux-ci arrivent à la conclusion que cet effet est relatif, sinon médiocre. Enfin, même – et sans doute surtout – lorsque la répression pénale se met au service des droits de libertés, avec les risques d'occulter que celle-ci est aussi une menace pour les droits et libertés, on ne peut perdre de vue le principe de subsidiarité qui est un axiome de base du droit pénal: le recours à l'arme pénale n'est admissible que s'il n'existe pas d'autres moyens de protéger les valeurs ou intérêts en causes.*»

volezza e della rieducazione, e il valore stesso della proporzionalità<sup>39</sup>: di fatto, si soppianta l'idea della pena commisurata alla colpevolezza per il singolo fatto (*Schuldangemessenestrafe*) come massimo margine punitivo (*Höchstgrenze*) cui il giudice può attingere, con la licenza di decidere *se punire* in ragione del *need of deterrence* fomentato dalla diffusione di condotte analoghe su scala nazionale.

3.6. Nuova, e altrettanto dirompente, come anticipato, è l'immediata ricaduta consequenziale che se ne trae in punto di effetti diretti e di *primauté*, così come, conseguentemente, in punto di *potere/dovere di disapplicazione* della normativa contrastante – *rectius*, di «qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente» – ad opera del giudice domestico.

La Corte, al riguardo, non usa giri di parole: «Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata [...]. In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente» [punti 51 e 52]. «[...] Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

Al di là della delicata questione concernente l'individuazione di quale debba essere il risultato di questa operazione di «ortopedia giuridica»<sup>40</sup>, capace di aprire una autentico «*legal black hole*» che dovrebbe già far dubitare – sul piano normoteoretico – della possibilità logica di una disapplicazione<sup>41</sup>, l'attribuzione ad una norma UE (pur di «rango»

<sup>39</sup> Cfr., in questa prospettiva, anche A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia «Taricco»*, cit., 6.

<sup>40</sup> Ponendo ovviamente, in altri termini, il problema di stabilire quale debba essere – a valle della disapplicazione – il diritto applicabile a fronte di fatti interruttivi della prescrizione, con opzioni che in astratto spaziano dall'imprescrittibilità *tout court*, alla reviviscenza del vecchio regime pre-Cirielli, alla mutuabilità *per relationem* del regime operante per «fatti-specie» analoghe.

<sup>41</sup> Sui limiti dello schema della disapplicazione si vedano, per tutti, le penetranti considerazioni di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2011, 657 ss.; in relazione alla vicenda concreta, cfr. anche E. LUPO, *La primauté del diritto UE*, cit., 6; al riguardo v. tuttavia A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di Giustizia «Ta-*

primario) di effetti diretti *in materia penale* è del tutto originale, e a quanto ci consta, un *unicum*.

Essa finisce anzitutto con lo snaturare, in sostanza, la stessa teoria degli *effetti diretti*, originariamente affermata per non far ricadere sugli individui l'inadempimento statale<sup>42</sup>, e qui trasformata nel suo esatto contrario, facendo sorgere proprio dall'inadempimento statale un aggravamento della situazione giuridico-penale dei singoli<sup>43</sup>, con l'effetto di soggiogare all'armonizzazione gli stessi diritti fondamentali<sup>44</sup>.

Ma anche il principio del *primato* – e lo strumento operativo teso a darvi «concreta efficacia», la disapplicazione in sede «diffusa» – viene invocato in una prospettiva affatto inedita: siamo infatti ben oltre i casi *Tombesi* e *Niselli*, dove le ipotesi di specie concernevano il contrasto tra una normativa comunitaria di dettaglio e la più favorevole definizione interna di un elemento normativo di fattispecie (il concetto di *rifiuto* nella disciplina penale-ambientale), dunque tra una *regola* comunitaria e una *norma penale nazionale di favore*<sup>45</sup>; siamo anche oltre le richieste oggetto di rinvio pregiudiziale nel caso – richiamato a più riprese dall'Avvocato generale, oltre che dalla sentenza – della nota sentenza *Berlusconi*, ove di fatto – al cospetto della «miniaturizzazione» del mendacio societario operata dal d.lgs. n. 61 del 2002 – si chiedeva alla Corte UE di censurare l'inadempimento statale sopravvenuto, assumendo che la precedente disciplina punitiva del falso in bilancio soddisfacesse l'obbligo comunitario di tutela adeguata<sup>46</sup> – richieste, peraltro, tutte decli-

---

*ricco*», cit., 2, secondo il quale il risultato non sarebbe indeterminato, posto che «la disapplicazione pretesa riguarda soltanto il termine massimo specificamente indicato in caso di interruzione dall'art. 161 [...]», cosicché «dopo l'atto interruttivo tornerà a consumarsi dall'inizio il termine «ordinario» ricavabile dall'art. 157 c.p., senza decurtazioni di sorta», con un «rilancio» che potrà «tendenzialmente ripetersi all'infinito, per l'intervento di nuove cause di interruzione», ma che pur sempre presenta un criterio cronologico di riferimento.

<sup>42</sup> Come noto, consentendo agli individui di far comunque valere un diritto soggettivo di matrice comunitaria anche in caso di inadempimento statale dell'obbligo discendente da una direttiva non trasposta (a far data dalla celeberrima sentenza *Van Gend en Loos*, cit.).

<sup>43</sup> Su questo aspetto della decisione, v. L. BIN, *La prima sentenza «post Taricco» della Cassazione*, in *Archivio penale on line*, n. 1/2016, 1 ss.

<sup>44</sup> Al riguardo, L.F.M. BESSELINK, *The ECJ as the European «Supreme Court»: Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in *www.verfassungsblog.de*, 18 agosto 2014.

<sup>45</sup> Casi nei quali la CGUE ha affermato la percorribilità dello schema della disapplicazione: al riguardo, per ripercorrere le diverse decisioni pregiudiziali intervenute in questioni rivolte *in malam partem* si rinvia alla preziosa guida di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 136 ss., 315 ss.

<sup>46</sup> Sui «profili costituzionali» della questione, sollecitata da un'acuta dottrina (C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, 171 ss.), si rinvia all'incisivo studio di G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, *passim*.

nate dalla Corte<sup>47</sup> proprio riaffermando l'incapacità di produrre effetti diretti (da parte di direttive, nel caso di specie) in materia penale<sup>48</sup>.

Nel caso *Taricco*, la disapplicazione è il rimedio che la Corte – accogliendo il suggerimento del Tribunale di Cuneo – indica per sanare un difetto di adeguatezza rispetto ad uno *standard* di tutela generico ed indefinito ricavabile dall'art. 325 TFUE, e si traduce nel conferimento al giudice del potere di compiere una vera e propria operazione di *découpage* manipolativo o creativo volto a potenziare in termini di effettività un presidio esistente, ma ritenuto blando, procrastinando il tempo di prescrizione<sup>9</sup>.

Ammessa oggi questa possibilità di sindacato e la relativa soluzione chirurgica, una tale operazione domani – reperita volta a volta la base legale pertinente – potrebbe non avere limiti, potendo condurre ad eliminare una soglia di punibilità o un meccanismo estintivo<sup>50</sup>, una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità, una circostanza attenuante o persino una peculiare qualificazione del dolo, che aggravava troppo l'accertamento del reato in punto di elemento soggettivo (in ipotesi: l'avverbio «consapevolmente» nel reato di detenzione di materiale pedopornografico, *ex art. 600-quater c.p.*; lo stesso avverbio nel reato di false comunicazioni sociali *ex artt. 2621-2622 c.c.*, etc.)<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> CGUE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02 (*Berlusconi*), C-391/02 (*Adelchi*), C-403/02 (*Dell'Utri*), ove la Corte affermò il consolidato principio per cui «una direttiva, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, non può [...] avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati»; sulla decisione, volendo, vedi G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2768 ss.

<sup>48</sup> Rileva la notevole originalità della pronuncia anche C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, cit., § 5, secondo la quale «Se consolidata può dirsi anche quella giurisprudenza che ammette l'invocabilità dell'effetto diretto di una norma del trattato anche nei confronti di privati (v., per tutte, *Defrenne*) e non solo dello Stato membro (come accade, invece, rispetto alle previsioni chiare, precise ed incondizionate contenute nelle direttive), non può non rilevarsi come trattandosi di materia penale, la conseguenza di tale invocabilità nel caso di specie è del tutto peculiare. Gli imputati, infatti, in virtù del siffatto effetto diretto e della conseguente (eventuale) disapplicazione della normativa nazionale contrastante, subirebbero le conseguenze della violazione imputabile allo Stato (cui solo, del resto, l'art. 325 TFUE pone obblighi specifici), risultando sostanzialmente «aggravata» la loro posizione nel procedimento penale».

<sup>49</sup> In questa prospettiva, sottolinea la portata rivoluzionaria della sentenza *Taricco* anche C. SOTIS, *I limiti del giudice*, cit.

<sup>50</sup> Come ipotizzato dall'ordinanza del G.i.p. Varese, 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, cit.

<sup>51</sup> Torna alla mente la questione di costituzionalità sulla fattispecie di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) a seguito della riforma del 1997 (rigettata dalla Corte cost. con sentenza n. 447 del 1998).

3.7. Anche per esorcizzare un simile, inconfessabile scenario, la Corte si premura di negare che il sindacato colpisca al cuore la sovranità punitiva (e/o la «dissuasività in sé» dell'impianto sanzionatorio in esame<sup>52</sup>), e di affrontare la compatibilità della soluzione accolta con il *principio di legalità*, in relazione al quale si nega ogni possibile conflitto ritenendo, anzitutto, che la punizione non deriverebbe da una scelta incriminatrice di matrice comunitaria (o da una fattispecie «*judge-made*»), ma pur sempre dall'opzione punitiva nazionale. Per giungere a questa sorprendente conclusione, passaggio obbligato – anche questo nuovo, quanto meno per la CGUE – è la presa di posizione in merito alla disciplina (degli atti interruttivi) della prescrizione, che secondo la Corte – appunto – non prospetterebbe alcuna particolare preclusione in punto di disapplicazione con effetti *in malam partem* (pur con l'inciso sibillino «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale»).

È stata subito evidenziata, al riguardo, una spiccata distanza culturale dal nostro ordinamento, dove la prescrizione «è sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo»<sup>53</sup>, mentre il giudice UE ritiene radicalmente insussistente un problema di legalità<sup>54</sup>.

Al di là dei profili di intrinseca contraddittorietà<sup>55</sup>, ad una simile ricostruzione si possono obiettare, in realtà, diversi argomenti, specie dove l'argomentazione si appiglia alla gruccia della giurisprudenza di Strasburgo:

a) anzitutto, su di un piano generale, è affermazione diffusa quella che – alla luce dell'art. 111, primo comma, Cost. (ove si richiede che il processo sia «regolato dalla legge») – ritiene il principio di legalità esteso a coprire anche le norme processuali<sup>56</sup>;

<sup>52</sup> CGUE, 8 settembre 2015, C-105/14, cit., punto 46: «Si deve in proposito precisare che né il giudice del rinvio né gli interessati che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno sollevato dubbi sul carattere dissuasivo, in sé, delle sanzioni penali indicate da detto giudice, ossia della pena della reclusione fino a sette anni, e neppure sulla conformità al diritto dell'Unione della previsione, nel diritto penale italiano, di un termine di prescrizione per i fatti costitutivi di una frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione [...]».

<sup>53</sup> P. GAETA, *Rapporti tra Fonti europee e Cassazione*, cit.

<sup>54</sup> Non si pone, dunque, un problema di livelli di tutela (come nella sentenza *Melloni*, ove invece si era affermato che il diritto del ricorrente ad una più elevata protezione dei diritti fondamentali accordata in sede nazionale, e prospettata dall'art. 53 Carta dei diritti UE, trova un limite nella supremazia del diritto eurounitario), giacché secondo la Corte la disciplina degli atti interruttivi sarebbe semplicemente al di fuori dello spettro di tutela del *nul-lum crimen*.

<sup>55</sup> Pare anzitutto contraddittoria l'impostazione seguita, che prima imputa alla disciplina italiana della prescrizione il *deficit* di effettività/adequatezza della tutela, e poi nega che essa sia parte della legalità sostanziale.

<sup>56</sup> Cfr., ad es., S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio*



b) ancora, e più in particolare, non appare convincente il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU, sia perché i precedenti non sembrano inequivoci<sup>57</sup>, sia perché l'esclusione della prescrizione – in sede convenzionale – dall'ombrello garantistico dell'art. 7 CEDU non può determinare mutamenti peggiorativi dello statuto garantistico seguito a livello domestico, e corroborato – come noto – da un consolidato orientamento della Corte costituzionale che riconosce la natura sostanziale della prescrizione. Infatti il concetto di «materia penale» opera, per così dire, in direzione *one way*<sup>58</sup>, potendo estendere le garanzie interne, e mai ridurle, in linea del resto con la clausola di salvaguardia prevista nell'art. 53 CEDU<sup>59</sup>.

---

*di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 371 s.; analogamente, L. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali*, cit., 18.

<sup>57</sup> Nel precedente di riferimento richiamato dalla stessa Corte UE, ossia Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, si muove dalla precipua considerazione (e dal rispetto) dell'inquadramento interno, rilevando come «la soluzione adottata dalla Corte di cassazione [belga] si fonda sulla giurisprudenza secondo la quale le leggi che modificano la disciplina della prescrizione sono ormai considerate, in Belgio, leggi di competenza procedurale», e solo su questa base si ritiene ammissibile (e non sindacabile) la scelta del regime consuetamente applicato a tali disposizioni, ossia il *tempus regit actum* (immediata applicabilità ai processi in corso).

<sup>58</sup> In altri termini, non sembra potersi condividere la considerazione secondo la quale alla Corte europea sarebbe *indifferente* la scelta di inquadramento (e persino l'«etichetta formale») attribuita in sede domestica ad un certo istituto: vero ciò quando si tratta di estendere l'ambito garantistico (smascherando eventuali ipotesi di «truffa delle etichette»), non può tuttavia affermarsi il contrario, poiché per un consolidato orientamento della stessa Corte europea la nozione di «materia penale» (che segna il perimetro di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU) deve intendersi – per così dire – «a senso unico», potendo operare quando lo Stato non qualifica come penale una sanzione che – alla stregua dei criteri accolti dalla Corte – andrebbe considerata tale, e non viceversa (assunto costante, sino a far data dalla nota sentenza della Grande camera, Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, §§ 81 ss.; al riguardo, v. di recente F. MAZZACUVA, *La materia penale e il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899 ss.).

In questa prospettiva, dunque, neppure un sicuro riconoscimento – da parte della Corte di Strasburgo – all'istituto della prescrizione della natura processuale sembra capace di superare l'inquadramento (nel caso di specie, più «garantistico») riconosciuto nel contesto interno [ove la nostra Corte costituzionale – come noto – a più riprese ha avuto modo di chiarire, con riferimento ai rapporti tra art. 2 c.p. e prescrizione, che «la norma del codice penale deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione «disposizioni più favorevoli al reo» si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, *ivi* comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato»: sentenza n. 392 del 2006, punto 4; ma anche n. 72 del 2008, sottolineando che tale conclusione è «coerente con la natura sostanziale della prescrizione»].

<sup>59</sup> Come noto, l'apporto offerto dal sistema di protezione dei diritti tracciato nella Convenzione EDU si aggiunge alle garanzie o ai diritti riconosciuti in sede domestica, elevandone lo *standard* o amplificandone la portata, non potendone tuttavia mai comprimere lo spettro di tutela («limitandoli» o «pregiudicandoli»: art. 53 CEDU).

Se si dovesse accettare in modo pedissequo l'orientamento «dogmatico-sistematico» (asseritamente) ravvisato nella giurisprudenza della Corte EDU, del resto, la conseguenza sa-

c) Proprio il richiamo alla giurisprudenza europea, in realtà, potrebbe forse sollecitare conclusioni opposte rispetto a quelle cui giunge la sentenza *Taricco*: l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, considera centrale – al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche – se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto: e, francamente, l'effetto peggiorativo – quale che ne sia la natura – sembra innegabile<sup>60</sup> quando la mutazione concerna il regime della prescrizione, mutazione che del resto la stessa Corte di Strasburgo ha considerato determinante, nelle sue ripercussioni negative, in un precedente «italiano» assai noto (*Drassich c. Italia*)<sup>61</sup>.

#### 4. *Il cuore della sentenza Taricco: il «giudice di scopo», custode degli obblighi punitivi europei e, a monte, artefice di una legalità essenzialmente giurisdizionale*

Il risultato complessivo di questo *mix* esplosivo di argomenti è una sentenza *fuzzy* che – a nostro sommo avviso – inginocchia la certezza del diritto ai piedi dell'armonizzazione e dell'efficienza repressiva, con

---

rebbe un allineamento del sistema interno ad una posizione che depotenzia la garanzia interna, limitandone l'ambito applicativo «in senso orizzontale», proprio mentre il suo contenuto – come in punto di *lex mitior* – viene elevato ad un maggior riconoscimento «in senso verticale».

<sup>60</sup> Cfr. anche M. BASSINO, *Prescrizione e principio di legalità*, cit., 19 del dattiloscritto.

<sup>61</sup> Cfr. quanto rilevato da M. CAIANIELLO, *op. cit.*, 9, richiamando la sentenza *Drassich*, dove la modifica dell'imputazione aveva avuto come effetto un termine di prescrizione più lungo, consentendo un processo che altrimenti non avrebbe avuto luce, e dove la Corte EDU rileva: «*Dès lors, la Cour ne saurait souscrire à la thèse du Gouvernement selon laquelle la modification de l'accusation a été sans incidence sur la détermination de la peine prononcée à l'encontre du requérant*» (Corte EDU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*).

Come noto, argomentazioni sostanzialistiche che guardano all'incidenza sul *quantum* della pena – e che *a fortiori* dovrebbero valere in merito all'*an* della punibilità – emergono dalla nota sentenza *Scoppola* (Grande Camera, Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), posto che – nella vicenda sottoposta al giudizio della Corte – le modifiche legislative controverse (relative all'art. 442, comma 2, c.p.p.), ancorché contenute in una *legge processuale*, sono state ritenute norme di diritto sostanziale perché «[influiscono] sulla severità della pena da infliggere», così ritenendo irrilevante la qualifica del diritto interno [l'imputato, in concreto, non aveva potuto beneficiare della disposizione meno severa e che era entrata in vigore dopo la commissione del reato, ma prima della pronuncia definitiva]; su questa traccia v. ora l'interessante Corte EDU, 7 luglio 2015, *Gaetano Davide Greco c. Italia*, in punto di divieto di *reformatio in pejus* in caso di appello del solo imputato: «La Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del CPP, le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'articolo 597 comma 3 sopra citato possa essere considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato».

un enorme potere attribuito agli operatori del diritto che si muovono in questo perimetro *flow*<sup>62</sup>. Attribuendo, di fatto, una patente di legittimità non solo all'«ermeneutica di lotta» giurisprudenziale – che il sistema già da tempo si è abituato a tollerare – ma ad una vera e propria «normazione parallela» (*alternativ Normierung*) per via giudiziale.

Siamo dunque ben oltre un traguardo che comunque e sempre la Corte aveva negato, ossia l'affermazione degli effetti diretti in materia penale.

La questione è ordinamentale, ed ha una forte cifra politica, perché in gioco – per usare il lessico della nostra Corte costituzionale – c'è una vera e propria «sovversione di sistema», che si iscrive peraltro in un orizzonte di fondo dove – nel contesto di una profonda turbolenza attraversata dalla legalità<sup>63</sup> – si registra già da tempo l'incalzante avanzare di una *legalità* essenzialmente *giurisdizionale*, e la riconversione del diritto (anche penale) secondo (e forse oltre i) moduli propri dell'universo di *common law* (in assenza, tuttavia, delle garanzie previste nei sistemi di *judicial law-making*)<sup>64</sup>: protagonista della scena, il giudice-fonte, origine e terminale del diritto e delle sue ambizioni di effettività, e di giustizia, ed ora alfiere anche della politica criminale e dei suoi scopi e *rationes*, perseguiti *secundum*, ma anche *praeter* e persino *contra legem*.

Tale transizione – sul versante dei rapporti inter-ordinamentali – ha preso avvio con l'attecchire del *rights-based discourse*, e della progressiva «domestication» dei diritti umani internazionali<sup>65</sup>, ormai entrati a far parte dello strumentario operativo quotidiano del giudice comune<sup>66</sup>. Di

<sup>62</sup> Il principale problema di ogni processo di armonizzazione: cfr. da ultimo M. DELMAS MARTY, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in RIDPP, 2015, 1697 ss., 1703.

<sup>63</sup> Per tutti, v. l'ampio affresco di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2015, 371 ss., 410 ss., ove si indagano le origini e i tracciati della transizione verso una legalità «ibrida» di matrice essenzialmente giurisdizionale, o «giustiziale», «teleologica» contestuale e paratattica, segnalando anzitutto una «davvero epocale [...] metamorfosi della legalità, quale appare chiaramente dalla prospettiva europea: alla luce della nuova legalità ibrida (sbilanciata verso il lato della *ratio*, della legittimazione e dei modi tipici della giurisdizione), il potere non è più valutato secondo il parametro unitario, formale, indiscutibile e inflessibile, della conformità al tipo legislativo (*dura lex sed lex*), ma secondo una rete di regole e, soprattutto, di principi, che valgono per la loro sostanza valoriale e sono flessibili, sempre oggetto di discussione e necessariamente soggetti a ponderazione e bilanciamenti [...]».

<sup>64</sup> Sul punto, volendo, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale: trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in corso di pubblicazione.

<sup>65</sup> A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, in *Global Constitutionalism*, 2012, 53 ss.

<sup>66</sup> Con parallela marginalizzazione dei tribunali costituzionali, sempre più, comprimari, o semplici corifei delle Alte Corti e dei loro *ukase*: su questo «*desplacement effect*» che va marginalizzando il ruolo dei tribunali costituzionali, v. ad es. J. KOMÁREK, *The Place of*

qui, ha attecchito anche in campo penale<sup>67</sup>, protagonizzando il giudice tanto a garanzia del reo quanto a tutela delle vittime, con periodiche «rivoluzioni» accompagnate da continue scosse di assestamento: del resto, ce lo aveva anticipato, ragionando *in bonam partem*, la Corte EDU, con effetti dirompenti manifestatisi di recente nella sentenza *Contrada c. Italia*<sup>68</sup>; ce lo ha ribadito, ancora il giudice di Strasburgo, introducendo in via giurisprudenziale *positive obligations* a carico degli Stati con una ricca messe di decisioni (da ultimo con la sentenza *Cestaro c. Italia*) che hanno forgiato la curvatura «vittimocentrica» del diritto penale<sup>69</sup>.

*Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, n. 9/2013, 420 ss.; nella prospettiva penale, volendo, V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *RIDPP*, 2015.

<sup>67</sup> V., tra gli altri, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, *passim*.

<sup>68</sup> Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ove la Corte – ponendo un limite al retroagire delle fattispecie di «formazione giurisprudenziale» – di fatto ne legittima la creazione, conformemente al proprio orientamento consolidato. Sul punto, v. le acute riflessioni di O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015; sulla sentenza *Contrada*, v. altresì D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2015, 1 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, 1 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 2015, 1019 ss.; G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 12 ss.; S.E. GIORDANO, *Il «concorso esterno» al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale (Rivista web)*, fasc. 2, 2015; E. SELVAGGI, *Osservazioni (alla sentenza Contrada)*, in *Cass. pen.*, 2014, 2865 ss.; M.T. LEACCHIE, *La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4611 ss.; ed ancora, M. DONINI, *La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale a formazione giudiziaria progressiva. Gli insegnamenti e i limiti della sentenza Contrada*, in corso di pubblicazione in *RIDPP*, 2016.

<sup>69</sup> Tra gli altri, v. ad es., V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *ius17@unibo.it*, 2011, 1, 97 ss.; ed *amplius*, ID., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2011, 33 ss., 47 ss., 52, denunciando che «(...) i giudici europei partono dal concetto di *Bürger als potentielle Opfer* per costruire un diritto fondamentale alla sicurezza capace di stravolgere scopi e paradigmi del diritto penale classico, il quale, da strumento minaccioso per le libertà dei cittadini, diventa un insostituibile alleato (...) nella lotta contro il «rischio criminale», inteso come fattore che attenta a quelle medesime libertà»; volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 116 ss., con ulteriori richiami; da ultimo, con interessanti e condivisibili sviluppi, R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e Società*, n. 2/2015, 565 ss.; muovendo dalla sentenza *Taricco*, v. anche l'autorevole condivisione di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 14 ss.

Qui lo conferma la Corte di giustizia UE, sostituendo callidamente – non è certo un dettaglio – alla vittima di *gross violations* (art. 2 e 3 CEDU) le offese *victimless* agli «interessi finanziari» dell'Unione, e – soprattutto – eleggendo il giudice nazionale a terminale di attivazione immediata dell'(imperativo di effettività sotteso all') obbligo di tutela penale europeo.

Dietro la facciata «irenica» dei diritti umani, si è dunque scoperchiato definitivamente – se è consentito – *the dark side of the moon*.

## 5. *Curia locuta, res principitata*

Le ricadute della sentenza *Taricco* si stanno dipanando nell'intreccio, ormai usuale, del «dialogo tra Corti».

Ma qui le voci si sono subito diversificate, cosicché anche in questo caso sembra potersi dire (come capita spesso al cospetto della voce oracolare delle Alte Corti europee): «una parola disse l'altissimo, l'uomo ne capì due»<sup>70</sup>.

Più di due, per vero, giacché gli orientamenti della giurisprudenza italiana si sono subito scarmigliati in diversi rivoli.

5.1. Come noto, a ridosso della pronuncia europea, si è registrata una prima, netta biforcazione: la sez. III della Corte di Cassazione, nella decisione resa il 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016, n. 2210, rel. Scarcella, ric. Pennacchini), ha risposto affermativamente al quesito circa l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161 c.p. in un procedimento penale riguardante il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti al fine di evadere l'IVA<sup>71</sup>; viceversa, con una avveduta ordinanza la Corte d'Appello di Milano ha sollevato questione di

<sup>70</sup> Prendiamo a prestito il detto del Talmud da G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

<sup>71</sup> Cass., 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, n. 2210, in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di IVA*; sui «funambolismi interpretativi» con i quali la Corte ha travolto anche l'irretroattività dell'applicazione dell'istituto, v. le riflessioni critiche di A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, cit., 9; sulla decisione, v. anche F. ROSSI, *La Cassazione cammina a braccetto della Corte di giustizia: la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, cit.; ed ancora L. BIN, *La prima sentenza «post Taricco» della Cassazione*, cit., 1 ss.

costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona<sup>72</sup>, rimettendo al giudice delle leggi «la valutazione dell’opponibilità di un controlimito alle limitazioni di sovranità derivanti dalla adesione dell’Italia all’ordinamento dell’unione europea ai sensi dell’art. 11 Cost., in funzione del rispetto del principio fondamentale dell’assetto costituzionale interno, poizore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea»<sup>73</sup>.

In sostanza, mentre la Corte d’Appello milanese – mossa tanto da penetranti ragioni di garanzia quanto da preoccupazioni di sistema – ha optato per il controllo accentrato di costituzionalità, la Corte di Cassazione, come spesso accade di recente – e nell’intento forse di garantire *motu proprio* una immediata armonizzazione giurisprudenziale – ha raccolto e persino superato il mandato della Corte di Lussemburgo nella «prima sentenza post-Taricco»<sup>74</sup>, non solo tenendo in non cale i controinteressi costituzionali ma propendendo per una disapplicazione generalizzata estesa anche ove la prescrizione – come nel caso concreto – fosse già maturata<sup>75</sup>.

Si è giustamente evidenziata, al riguardo, una curiosa inversione di ruoli<sup>76</sup>: il giudice del merito attento alle geometrie del sistema, la Corte della nomofilachia alla...giustizia del caso concreto (verrebbe da dire: alla giustizia sostanziale), preoccupata – lo si comprende, non lo si giustifica – di non mandare al macero anni di processi di merito.

Dopo una posizione decisamente più cauta espressa dalla sez. IV, nella quale la Corte ha ritenuto inapplicabili alla vicenda in esame i principi della sentenza *Taricco* (sia per la *mancaanza di gravità della frode* concretamente realizzata sia, soprattutto, perché la prescrizione era già ma-

<sup>72</sup> Ossia, l’art. 2 l. n. 130 del 2008, con cui viene ordinata l’esecuzione del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

<sup>73</sup> Ord. della Corte d’Appello di Milano, 18 settembre 2015, in *Dir. pen. cont.*, sulla quale v. 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»*, *ivi*, 21 settembre 2015; inoltre, auspicando l’intervento della Corte costituzionale in chiave affermativa dei controlimiti, G. INSOLERA, *Il sindacato di costituzionalità sull’obbligo di disapplicazione: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Crit. dir.*, 2016, in corso di pubblicazione; v. altresì R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, in *www.federalismi.it*, 20 febbraio 2016.

<sup>74</sup> Cass., sez. III, 17 settembre 2015-20 gennaio 2016, cit.

<sup>75</sup> E ciò, nonostante il principio accolto in via pregiudiziale nella sentenza *Taricco*, pur con tutte le sue ambiguità, fosse stato reso in relazione ad un caso «pendente», ove la prescrizione non era ancora maturata, con una specificità del resto evidenziata dalla stessa Corte UE al punto 55: «[...] con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale *nell’ambito di un procedimento penale pendente* [...]».

<sup>76</sup> P. GAETA, *Rapporti tra Fonti europee e Cassazione*, cit., 25 s.

turata prima della data della pronuncia Taricco)<sup>77</sup>, e dunque irrilevante l'eventuale incidente di costituzionalità, la stessa sez. III della Cassazione (udienza del 30 marzo 2016) ha avuto un evidente ripensamento sollevando a sua volta – come noto – «questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento dei termini di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.».

Scelta forse tardiva, ma – a nostro sommo avviso – decisamente provvida: ad evitare una ennesima «guerra tra Corti», anzitutto in merito alla natura (sostanziale o meno) della prescrizione.

5.2. Dunque sia la Corte d'Appello di Milano, sia la più recente posizione assunta dalla Corte di Cassazione, hanno optato per il ricorso incidentale di legittimità, chiamando in causa la Corte costituzionale e ponendo severamente al centro della scena il tema dei controlimiti, con atti di promovimento simili ma non coincidenti.

Simili quanto al *petitum* (l'illegittimità *in parte qua* della legge di ratifica degli impegni europei), differenti in ordine all'individuazione del parametro di costituzionalità invocato: solo l'art. 25/2 Cost., nella ordinanza della Corte d'Appello di Milano; una ghiera di principi – gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost. – nell'impostazione della Cassazione, che ha il merito di estendere il raggio di sindacato di legittimità.

Merito non banale, posto che la nostra Corte delle leggi, non senza eccezioni, si dimostra ben meno duttile delle «colleghe» europee nel manipolare i parametri di costituzionalità invocati<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, est. Pavich, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*.

<sup>78</sup> Ne è prova, emblematica, proprio la sentenza Taricco, dove i parametri di giudizio prospettati dal Tribunale di Cuneo sono stati decisamente manipolati – e sostanzialmente rimodulati – dall'Avvocato generale, e quindi dalla Corte: sul punto, ad es., C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto, cit.*

Come noto, secondo l'interpretazione costantemente accolta del combinato disposto degli artt. 23, 27 e 34 della l. n. 87 del 1953, il giudizio di legittimità costituzionale risulta vincolato al *thema decidendum* posto dall'atto introduttivo, in ordine all'oggetto, al parametro e ai motivi di censura: cosicché la Corte – in linea di principio – non potrebbe dichiarare che la norma censurata è illegittima per la violazione di parametri costituzionali diversi da quelli indicati nell'atto introduttivo, potendo, piuttosto, prendere in considerazione norme costituzionali non evocate a parametro solo ove in esse rinvenga il fondamento giustificativo della norma censurata<sup>79</sup>.

Dunque, le questioni sollevate possono essere valutate solo entro i limiti del perimetro fissato dal giudice *a quo*, che – come si è accennato – oltre ad essere «introduttore necessario» è il *dominus* formale della stipulazione definitiva dell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità: tanto che la consolidata giurisprudenza della Corte – a differenza di quanto accade in altri, diversi contesti giurisdizionali<sup>80</sup> – esclude che possano essere prese in considerazione ulteriori censure svolte dalle parti del giudizio principale con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal rimettente<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Così, ad esempio, la sentenza n. 102 del 2008, secondo la quale «Tale limitazione del principio *iura novit curia* (il quale è applicabile in misura ben più ampia nei giudizi comuni) opera anche per le disposizioni integrative del parametro costituzionale evocate a sostegno dell'illegittimità della norma denunciata e, quindi, anche nel caso di specie, in cui viene dedotta la violazione dei suddetti articoli del Trattato CE, in relazione al primo comma dell'art. 117 Cost.».

<sup>80</sup> Basti pensare alla diversa posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – proprio per le peculiarità di quella giurisdizione – si afferma esplicitamente quale «padrona della qualificazione giuridica dei fatti della causa», non considerandosi – in virtù del principio *iura novit curia* – vincolata alla qualificazione che viene loro attribuita dai ricorrenti e dai governi; e da ciò deriva, in particolare, la possibilità – apertamente ammessa dalla Corte stessa – di esaminare d'ufficio più di un motivo di ricorso secondo il punto di vista di un articolo o di un paragrafo non invocato dalle parti (ed anche di una clausola che la Commissione aveva dichiarato irricevibile pur ritenendola sul terreno di un'altra), posto che «un motivo di ricorso si caratterizza con i fatti che denuncia e non con i semplici mezzi o argomenti di diritto invocati» (cfr. ad esempio, *ex plurimis*, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 54 ss.).

<sup>81</sup> *Ex plurimis*, sentenze n. 310 e n. 234 del 2006; n. 349 del 2007; n. 311 del 2009: «Sono pertanto inammissibili questioni sollevate dalla parte privata in relazione a parametri non invocati dai giudici rimettenti»; e deve ritenersi che ciò valga anche quando il rimettente sollevi la questione – maldestramente – in relazione ad una fattispecie disciplinata non dalla legge bensì da una norma regolamentare di rimando: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 446 del 1996, concludendo per l'inammissibilità della quesitone in forza dello – scontato – principio per il quale «il riscontro della legittimità di (...) norme regolamentari non spetta a questa Corte ma è riservato, alla stregua di quanto è stabilito per ogni atto amministrativo, al giudice chiamato ad applicarle».



6. *I controlimiti, ovvero, «la frase d'amore cominciata e mai finita»*

Proviamo a dare corpo alle censure sollevate (dal giudice milanese ed ora) dalla Corte di Cassazione, per cercare di individuare i nodi che la Corte costituzionale – se deciderà di entrare nel merito – dovrà sciogliere.

I parametri costituzionali invocati dalla Cassazione nelle recentissime ordinanze sembrano tutti pertinenti: anche se il nodo centrale – lo diciamo sin d'ora – ci appare l'espropriazione «di fatto» della potestà punitiva con effetti retroattivi e soprattutto, a monte, la rivoluzione ordinamentale che la sentenza promuove, affidando la signoria della politica criminale al giudice e non al legislatore<sup>82</sup>.

6.1. Analizziamo, pur sinteticamente, i parametri di costituzionalità invocati, e le ragioni che potrebbero essere poste a sostegno della incostituzionalità della legge di ratifica nella parte in cui dà spazio al «diritto europeo dichiarato», con *autorité de la chose interprétée*, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*:

a) la violazione dell'art. 3 Cost., rimanda alla disparità di trattamento direttamente discendente dalla pronuncia europea, con effetti pregiudizievoli per quei particolari reati e rei che preoccupano particolarmente la Corte di Giustizia, e – internamente al perimetro descritto dalla sentenza – tra le varie frodi «particolarmente gravi» *concretamente* suscettibili di essere ricondotte al regime prescrizione più severo, ove la violazione del principio di eguaglianza è dunque riconnessa anche al difetto di determinatezza del criterio prospettato per guidare la disapplicazione (in connessione, quindi, con l'art. 25/2 Cost.)<sup>83</sup>;

b) la violazione dell'art. 25/2 Cost., che può essere apprezzata almeno sotto tre diversi aspetti:

b1) al cospetto, anzitutto, del *principio di irretroattività*, in relazione all'immediata applicabilità della modifica alla disciplina degli atti interruttivi a fatti commessi prima dell'intervento di questa modifica, dunque con effetti retroattivi a fronte di un mutamento di diritto indiscutibilmente imprevedibile concernente un istituto per giurisprudenza costituzionale costante riconosciuto di natura sostanziale; in questa prospettiva, sarebbe quindi compromesso il *nullum crimen* nella sua essenziale componente di garanzia individuale, quale argine «inviolabile» rispetto ad arbitri «legisla-

<sup>82</sup> Condivisibili, al riguardo, i preoccupati rilievi di A. CAMON, *La torsione d'un sistema*, cit., 5.

<sup>83</sup> Cfr., al riguardo, anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 86 ss.

tivi» a detrimento del cittadino – garanzia che la Corte costituzionale, come noto, ha sempre riconosciuto *assolutamente inderogabile*, negando che possa essere esposta a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (sentenze n. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011);

b2) parallelamente, al cospetto del *principio di riserva di legge* in materia penale, principio «di centrale rilevanza [...] nell'assetto interno» che – lo diciamo con le parole di una recente, notissima pronuncia – «secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire il Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, include quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione» (sentenza n. 230 del 2012).

La violazione dell'art. 25/2 Cost. si evidenzia, dunque, sia nella prospettiva – già convincentemente coltivata dalla Corte d'Appello di Milano<sup>84</sup> – dell'attribuzione di effetti diretti al diritto UE in materia penale, con conseguente potere/dovere di disapplicazione *in malam partem*, relativamente alla modifica peggiorativa di una normativa, come quella concernente gli atti interruttivi della prescrizione, di riconosciuta natura sostanziale<sup>85</sup>; sia nella prospettiva della divisione dei poteri tra giudice e legislatore (tra competenza legislativa e competenza giudiziaria), in relazione al principio di cui all'art. 101/2 Cost., che dalla corrispondenza biunivoca con le garanzie della riserva di legge e della tassatività trae un particolare vigore.

Al riguardo, peraltro, sarebbe davvero curioso che la Corte costituzionale potesse riconoscere al (diritto europeo dichiarato da) la Corte di

---

<sup>84</sup> Corte d'Appello di Milano, ordinanza 18 settembre 2015, cit., §§ 6 ss.: «Profilandosi, in tal senso un contrasto tra l'obbligo di disapplicazione derivato dall'art. 325 TFUE, considerato dalla Corte di giustizia conforme al principio di legalità in sede europea sulla base dell'art. 49 CDFUE, e il principio di legalità in materia penale, nella estensione attribuitagli dal diritto costituzionale italiano sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost., si ritiene rimettere alla Corte costituzionale la valutazione dell'opponibilità di un 'controlimite alle limitazioni della sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 Cost., in funzione del rispetto del principio dell'assetto costituzionale interno, poziore rispetto agli stessi obblighi di matrice europea».

<sup>85</sup> Giurisprudenza rocciosa: tra le altre, sentenza n. 393 del 2006, n. 72 e 324 del 2008; nonostante talune ambiguità, tale inquadramento è confermato, di fatto, anche dalla sentenza n. 236 del 2012; più di recente, v. la sentenza n. 143 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 2363 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, 2371 ss.

giustizia poteri manipolativo-additivi *in malam partem* che ha sempre negato a se stessa, e che al cospetto del diritto UE ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali<sup>86</sup>. Se lo facesse, del resto, rischierebbe di cadere – come accennato – nella c.d. «trappola dell'assimilazione inversa»: si darebbe ingresso ad un regime prescrizione (e dunque punitivo, in sede domestica) più severo per frodi che ricadano in ambito europeo (e, domani, per condotte lesive degli interessi finanziari dell'UE), al cospetto di un regime diverso e meno severo per condotte lesive di interessi omologhi sul piano interno: dissimmetria evidentemente irragionevole per porre rimedio alla quale, tuttavia, la Corte nulla potrebbe, dovendo dichiarare inammissibile – come tante volte ha deciso – l'eventuale questione di costituzionalità perché volta *in malam partem*;

b3) ancora, al cospetto del *principio di tassatività*, nelle sue dimensioni sostanziale e processuale, ove la censura è sostanziata dai vaghi concetti contenuti nell'art. 325 TFUE («la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE») e fatti propri da un «diritto europeo dichiarato» («numero considerevole di casi di frode grave»), concetti tutti indeterminati e, per altro verso, insuscettibili di accertamento giudiziale<sup>87</sup>; ed anche in questo caso – come accennato – il *vulnus* di costituzionalità sembra toccare anche l'art. 101/2 Cost., giacché la (richiesta) disapplicazione passa attraverso un vaglio di adeguatezza sostanzialmente rimesso al giudice (*retro*, § 3.5), e non alla legge;

c) la violazione dell'art. 27/3 Cost.: anche questa censura può essere apprezzata sotto diversi profili, già messi in luce da chi ha sottolineato – *inter alia* – le connessioni tra prescrizione e funzione rieducativa della pena<sup>88</sup>; a nostro avviso, la censura può prendere corpo in modo ancor più netto, in una prospettiva che la salda all'art. 3 Cost., giacché è lo stesso criterio indicato al giudice per operare la disapplicazione della disciplina della prescrizione che stravolge l'idea rieducativa e l'idea della colpevolezza e della proporzione (i.e., di una pena commisurata alla colpevolezza per il singolo fatto), ammettendo implicitamente – come già evidenziato –

<sup>86</sup> Nella sentenza n. 28 del 2010, sulle cc.dd. ceneri di pirite.

<sup>87</sup> Cfr., ad es., E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016, 6: «La fattispecie delineata dalla sentenza *Taricco* in cui il giudice nazionale può stabilire il contrasto della normativa interna con l'art. 325, par. 1, TFUE è, pertanto, così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale. Qui viene in gioco, prima ancora della disciplina della prescrizione e della sua interruzione (come avviene, invece, nella ipotesi di contrasto con l'art. 325, par. 2, TFUE), l'assenza nel diritto europeo dichiarato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo, di una disposizione normativa che possa costituire, per il giudice nazionale, un parametro idoneo al confronto con il diritto interno, al fine di accertare se la norma nazionale sia o meno contrastante con quella europea».

<sup>88</sup> A margine della sentenza *Taricco*, v. in particolare B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., 7 ss.

che il singolo sia concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque che il singolo sia strumentalizzato per fini di politica criminale;

d) la violazione dell'art. 101/2 Cost., apprezzabile giacché il diritto dichiarato dalla Corte UE comporterebbe – appunto – «una vera e propria sovversione di sistema» incompatibile con l'assetto costituzionale e con il principio democratico<sup>89</sup>, assegnando al giudice una vera e propria funzione normativa in materia penale, in contrasto non solo con le già evocate garanzie della riserva di legge e della tassatività, di cui all'art. 25/2 Cost., ma con «il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precepto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge» (sono ancora parole della sentenza n. 230 del 2012).

e) la violazione dell'art. 11 Cost.: rispetto alle singole violazioni esaminate, quella dell'art. 11 Cost. evoca, come si sa, le limitazioni alla sovranità cui l'Italia ha consentito, e, specularmente, i limiti posti a tali limitazioni; si tratta, dunque, di un parametro più generale che in qualche modo contiene tutti gli altri, richiamando appunto la dottrina dei «controlimiti», quei principi supremi della Costituzione invalicabili sia per le fonti sovranazionali che per la stessa revisione costituzionale (come chiarito dalla sentenza n. 238 del 2014); tale dottrina ricorda che – lo diciamo con le parole del *Bundesverfassungsgericht*, nella sentenza recentissima in tema di estradizione e diritti fondamentali<sup>90</sup> – che gli Stati sono e restano «signori dei Trattati» (*Herren des Vertäge*), che il primato dell'applicazione del diritto UE arriva solo fin dove la Costituzione e la legge di ratifica consentono o prevedono la limitazione di sovranità; che la *coopération loyale* non è a senso unico, ma è una regola condizionata (art. 4, comma secondo, TFUE), così come, a monte, il principio che fonda l'integrazione europea<sup>91</sup>; che, in definitiva, quest'ultima segue sempre la logica «yes, but», essendo ammissibile (e doverosa) solo a condizione che non sia intaccata l'«identità costituzionale».

6.2. A margine di questa rapida sinossi, sembra francamente difficile negare che in gioco ci siano valori prossimi al fascio di principi che identificano l'«identità costituzionale»<sup>92</sup>, «insita nella [...] struttura [...] co-

<sup>89</sup> V. sul punto, tra gli altri, anche A. CAMON, *op. cit.*, 5.

<sup>90</sup> BVerfG, 12 dicembre 2015, (2735/14), in *Cass. pen.*, 2015, con osservazioni di N. CANESTRINI.

<sup>91</sup> Cfr. M. CARTABIA-L. CHIEFFI, *Art. 11*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano, 2006, 263 ss.; ed ora, A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, 263 ss., 275 ss., 278 ss.

<sup>92</sup> Sul punto, v. ancora M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, 22 ss.: «Non si tratta, infatti, di stabilire cosa sia ontologicamente principio supremo, ma semplicemente di accertare dove si collochi il punto di non riconoscibilità di un ordine costituzionale [...]».

stituzionale», ossia a quel «nucleo duro» di principi impermeabile alla *primauté* ed all'integrazione (*integrationsfest*), che l'Unione deve rispettare per espressa previsione dell'art. 4, par. 2, TUE – qui non siamo di fronte all'esame di abilitazione statale per gli avvocati, come nella vicenda *Torresi*<sup>93</sup>; qui non ci sembra vi sia spazio per una coabitazione tra primazia del diritto europeo e supremazia costituzionale, «l'un[a] accanto all'altr[a]»<sup>94</sup>.

Se è così, la nostra Corte dovrà scegliere se conformarsi all'atteggiamento deferente – *bon gré mal gré* – del *Tribunal constitucional*, che ad affermazioni di principio, pur altisonanti, non ha dato seguito nella nota vicenda *Melloni*<sup>95</sup>, o se allinearsi all'approccio rigoroso del *Bundesverfassungsgericht*<sup>96</sup>, che anche di recente ha confermato – quanto meno nella sostanza – la propria gelosa difesa della sovranità costituzionale davanti alle incursioni dell'armonizzazione europea.

Decidere, soprattutto, se dare continuità anche sul versante dei rapporti con il diritto UE alla strada aperta dalla sentenza n. 238 del 2014 sul fronte degli obblighi promananti dal diritto internazionale<sup>97</sup>.

Certo non mancherebbero ragioni per affermare il «primato inver-

<sup>93</sup> CGUE, 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, avente ad oggetto una questione pregiudiziale di validità relativa all'art. 3 della direttiva 98/5/CE, in merito alla quale il Consiglio Nazionale forense ha invocato il rispetto dell'identità nazionale di cui all'art. 4/2 TFUE, assumendo che l'esercizio della professione forense, in Italia, da parte di cittadini italiani che avessero conseguito la qualifica professionale all'estero (nella specie, il titolo di *abogado* in Spagna) costituisca un'elusione dell'art. 33, comma 5, Cost., che come noto prescrive un esame di Stato per l'abilitazione dell'esercizio della professione, inter alia, di avvocato; al riguardo, lo stesso rappresentante dello Stato – su espressa domanda della Corte – negò che l'accesso alle professioni mediante esame di Stato potesse identificare un elemento caratterizzante l'identità nazionale, legittimando in qualche modo la medesima soluzione accolta poi dalla Corte (sul punto, v. M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto*, cit., 119 ss., 127 s.).

<sup>94</sup> Così, muovendo da un approccio che guarda alla teoria dell'interpretazione, e non alla teoria delle fonti, A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in AIC, n. 1, 1 marzo 2011 (in *www.rivistaaic.it*), ed in molti altri lavori.

<sup>95</sup> Corte di giustizia UE, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, sulla quale cfr. i contributi di S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, cit.; S. LO FORTE, S. CIVELLO CONIGLIARO, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, *ivi*, 3 giugno 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, *ivi*, 7 giugno 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, *ivi*, 4 luglio 2013.

<sup>96</sup> V. da ultimo la sentenza BVerfG, 12 dicembre 2015, (2735/14), cit.

<sup>97</sup> Tra i numerosi commenti, cfr. M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 84 ss.

tito» dei principi costituzionali nella vicenda concreta<sup>98</sup>: per molto meno la Corte costituzionale, solo quattro anni fa, ha sbarrato la porta a una «vera e propria sovversione di sistema» tutta proiettata *in bonam partem* (sentenza n. 230 del 2012), con argomenti che ben potrebbero essere considerati «controlimiti sottotraccia»<sup>99</sup>, ancor più valevoli ed urgenti al cospetto della *Integrationsgewalt* sottesa alla sentenza *Taricco*.

Difficile, del resto, fare previsioni sull'esito decisivo, specie perché il *thema disputandum* – l'«odiosa prescrizione» e la correlata «pretesa di impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro»<sup>100</sup> – potrebbe offrire il destro per «risparmiare» i controlimiti, se non per imboccare il *commodus discessus* sempre offerto da una qualche ragione di inammissibilità; soluzione processuale che del resto potrebbe anche essere strumento per ergere ormai il giudice comune, e non già la Corte, a garante dei controlimiti<sup>101</sup>, in un processo di progressiva (ed ormai pienamente dispiegata) dispersione in sede diffusa del sindacato di costituzionalità che farebbe da *pendant* al riconoscimento degli effetti diretti.

## 7. *The Shadow Line*

Quale che possa essere la risposta della Corte costituzionale, la sensazione è di essere di fronte ad una sottile linea d'ombra, che segna il *clivage* tra due diversi ed opposti assetti dei rapporti tra diritto penale e

<sup>98</sup> Di «primato invertito», con riferimento alla «clausola» delle identità nazionali, parlano, ad es., M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, 2005, 606 ss. e A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2005.

<sup>99</sup> Sui controlimiti *in senso sostanziale*, fatti valere «per vie sotterranee», cfr. ora A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in corso di pubblicazione in *Forum di Quaderni costituzionali*, § 4.

<sup>12</sup> È il dubbio prospettato da F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 14, secondo il quale – appunto – non varrebbe la pena sfidare il primato del diritto eurounitario «per difendere – in ultima analisi – l'impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro»; un simile dubbio, tuttavia, è stato giudicato «sorprendente» da M. LUCIANI, rilevando che «letta nella chiave dell'impunità del possibile colpevole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, «varrebbe la pena d'essere prevista e difesa» (*Il brusco risveglio*, cit., 27).

<sup>101</sup> Su questo possibile scenario, cfr. ad es. M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 12 ss., ed ancora A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale*, cit., 5; ampiamente, già M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 16 ottobre 2012, con ulteriori richiami bibliografici.

diritto UE, e tra due modi di essere e di concepire la sovranità popolare e le identità nazionali.

Dal prosieguo di questa vicenda, e dal suo esito, si comprenderà se la sentenza *Taricco* – che a noi appare tanto eversiva quanto fragile<sup>102</sup> – segnerà, dopo il lungo cammino compiuto, il punto di apogeo o, forse, l'inizio della crisi del «diritto penale europeo», a fronte della sovraestensione del proprio dominio; se, dunque, la nostra Corte vorrà reagire al *judicial adventurism* della Corte europea riaffermando, anzitutto, il *domaine réservé* degli Stati, ed i limiti della cessione di sovranità accettata con i Trattati.

Ma si comprenderà anche, più in generale, se i tribunali costituzionali siano davvero ancora – se non «ultimo baluardo della sovranità degli Stati»<sup>103</sup> – quanto meno custodi delle «architetture identitarie» interne, e degli assetti di tutela dei diritti ad esse sottesi, ovvero, ormai, semplici *sparring partners* di protagonisti dislocati a livello superiore<sup>104</sup>.

Sembra difficile per gli Stati, e per i garanti costituzionali, accettare un diritto penale comunque affidato – alla stregua di un «semilavorato» – al giudice e non alla legge, secondo una tempistica punitiva che non tollera più i ritardi delle procedure democratiche; un diritto penale *patchwork*, dove la stessa architettura ordinamentale e costituzionale appare – in buona sostanza – *quantité négligeable*<sup>105</sup>.

Difficile, e francamente indesiderabile.

---

<sup>102</sup> Una «pronuncia approssimativa, mal motivata, incoerente ed incompleta», secondo l'impetoso quanto autorevole giudizio di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 20.

<sup>103</sup> L. FAVOREAU, *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. dir. cost.*, 2004, 3 ss., 11; ID., *Les Cours des Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des Cours constitutionnelles*, in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubois*, Paris, 2012.

<sup>104</sup> Si veda, al riguardo, S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero, il dilemma del porcospino*, in *Ars interpretandi*, 2016, 21 ss.

<sup>105</sup> Di diritto penale «à la carte» ha parlato, già da tempo, S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, cit.

FRANCESCO VIGANÒ

IL CASO TARICCO  
DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE:  
QUALCHE RIFLESSIONE SUL MERITO DELLE QUESTIONI,  
E SULLA REALE POSTA IN GIOCO

SOMMARIO: 1. Una decisione prevedibile. – 2. I costi di una simile decisione. – 3. *Taricco* e controlimiti. – 3.1. Disciplina della prescrizione e legalità penale: rispetto all'idea di una sovranità statale nella determinazione dei presupposti della responsabilità penale... – 3.2. (*Segue*) ... e rispetto al *nullum crimen sine lege* come diritto fondamentale. – 4. Un percorso praticabile per una decisione alternativa. – 5. Gli effetti di una decisione alternativa. – 6. Conclusioni.

1. *Una decisione prevedibile*

Saltiamo tutti i preamboli: l'esito più prevedibile della questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'appello di Milano<sup>1</sup> a valle della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia UE<sup>2</sup>, questione da cui prende spunto questo ricchissimo convegno, è quello di una *sentenza di accoglimento*, con la quale la Consulta – a ciò sollecitata dalla pressoché unanime dottrina che sinora si è espressa sul punto<sup>3</sup> – potrebbe per la prima

---

<sup>1</sup> 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 *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015.

<sup>2</sup> Corte di giustizia UE (Grande sezione), 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14 (in *Dir. pen. cont.*, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2015).

<sup>3</sup> Cfr. (senza alcuna pretesa di completezza) con accenti diversi 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 e in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, 49 s.; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo*, in *Consulta Online*, 2016, fasc. 1; A. CAMON, *La torsione d'un sistema: riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. della nuova procedura penale* (in <http://www.latribuna.it/sites/default/files/focus/alle->



volta azionare i ‘controlimiti’ alle limitazioni di sovranità discendenti dall’adesione del nostro Paese ai trattati istitutivi dell’Unione europea, mettendo così in atto la minaccia costantemente reiterata a partire dalla sentenza n. 183/1973.

Senza essere profeti, è facile ipotizzare che questi potrebbero essere i passaggi fondamentali di una simile decisione:

– la Corte di giustizia UE ha affermato, nella sentenza *Taricco*, che dal diritto primario dell’Unione, e in particolare dall’art. 325 TUE, discende l’obbligo per il giudice italiano di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in materia di prescrizione, nella misura in cui da tali disposizioni nazionali discenda l’impossibilità per l’ordinamento italiano di perseguire e punire un numero rilevanti di frodi gravi contro il bilancio dell’Unione, segnatamente in materia di IVA, e comunque nella misura in cui dall’ap-

---

gato/Camon.pdf); M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), 1 ss.; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, 17 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2015; A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità? Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 aprile 2016, 8 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; E. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; V. MANES, *La svolta Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 362 ss.; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in corso di pubblicazione. Per qualche cauto accento critico nei confronti della sentenza, cfr. S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza «Taricco»*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015. Più articolata la posizione di M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in *Quest. giust.*, 15 ottobre 2015; P. FARAGUNA, P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’Appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016; E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. cont.*, 29 febbraio 2016; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *www.archiviopenale.it*. In senso complessivamente favorevole alla sentenza, cfr. poi A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2015; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell’Unione Europea ed il diritto penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016. Per un primo commento alla sentenza dal punto di vista di un (autorevole) commentatore internazionale, cfr. infine S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU’s finances*, in *EU Law Analysis*, 22 settembre 2015.

plicazione di tali disposizioni discenda una diversità di trattamento tra la repressione penali delle frodi contro l'erario italiano e gli interessi finanziari dell'UE;

– in forza del principio del primato del diritto UE, il giudice comune italiano è di regola tenuto a garantire effetto diretto al diritto dell'Unione, all'occorrenza disapplicando le disposizioni nazionali con esse contrastanti;

– tuttavia, tale obbligo incontra il proprio limite allorché il diritto dell'Unione imponga soluzioni a loro volta contrastanti con un nucleo di «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e di «diritti inalienabili della persona umana» (i 'controlimiti', appunto), rispetto ai quali non si è verificata alcuna cessione di sovranità e che la Corte costituzionale è chiamata a difendere, se del caso mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di esecuzione dei trattati dell'Unione, nella parte in cui da tali trattati discende l'obbligo di eseguire la concreta norma di diritto dell'Unione che si assume contrastante con tali controlimiti;

– l'obbligo discendente dall'art. 325 TUE, nella lettura fornita dalla Corte di giustizia (che del Trattato è interprete ultimo, in forza degli artt. 19 TUE e 267 TFUE), *contrastata con il principio di legalità in materia penale* sancito dall'art. 25 co. 2 Cost., nella lettura fornita dalla costante giurisprudenza costituzionale nazionale, nella misura in cui dall'art. 325 TUE discenderebbe il dovere, per il giudice italiano, di disapplicare disposizioni penali con effetti sfavorevoli al reo, con un effetto di espansione della sua responsabilità penale oltre i limiti previsti dalla legge nazionale, effetto precluso dalla riserva di legge in materia penale contenuta nella citata disposizione costituzionale;

– tale obbligo è, altresì, contrario al *divieto di applicazione retroattiva della legge penale*, esso pure enunciato dall'art. 25 co. 2 Cost., nella misura in cui da esso discenderebbe il dovere per il giudice nazionale di applicare all'imputato (per effetto della disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p.) una disciplina in materia di prescrizione più sfavorevole di quella che era prevista al momento della commissione del reato;

– il principio di legalità in materia penale, sancito dall'art. 25 co. 2 Cost. tanto *sub specie* di riserva di legge quanto *sub specie* di divieto di applicazione retroattiva della legge penale, costituisce un «principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale» e, al tempo stesso, un «diritto inviolabile della persona umana» riconosciuto dalla Costituzione italiana, in grado di vittoriosamente opporsi al principio del primato del diritto dell'UE in quanto *controlimite* alle limitazioni di sovranità autorizzate dall'art. 11 Cost.;

– *ergo*, la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla Corte milanese deve ritenersi fondata nei termini prospettati: la legge di esecuzione dei trattati UE dovrà essere dichiarata incostituzionale *in parte qua*, e il giudice remittente – così come ogni altro giudice penale italiano – dovranno rifiutare obbedienza alla sentenza *Taricco*, continuando ad applicare le disposizioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p. anche nei casi abbracciati dal dispositivo della sentenza in questione.

Punto e basta: *Roma locuta, causa finita*, penseranno in molti all'indomani di questa (prevedibile) sentenza.

## 2. *I costi di una simile decisione*

Sommessamente, prima di formulare qualche obiezione allo schema argomentativo appena svolto, vorrei qui provare per prima cosa a riflettere sui *costi* che una decisione siffatta comporterebbe: per il nostro ordinamento, e per l'intera Unione europea. Giacché, dopo tutto, è bene che questi costi siano attentamente ponderati dalla Corte costituzionale, prima di avventurarsi in una decisione non così semplice né scontata, come invece molte autorevoli voci nel nostro Paese sembrano ritenere.

a) Cominciamo proprio coi *costi per l'Europa*. Che una Corte costituzionale di un grande Paese fondatore come l'Italia sconfessi direttamente una sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia sarebbe un fatto tutt'altro che banale. Proprio all'opposto, una simile ribellione creerebbe un *precedente*, cui altre corti costituzionali e giurisdizioni supreme, sempre più insofferenti per i vincoli derivanti dal diritto UE, guarderebbero immediatamente come a un possibile modello da seguire, ponendo così in grave crisi il principio del primato del diritto dell'Unione: uno dei pilastri su cui si fonda, dal 1964, l'ordinamento giuridico dell'UE.

Si noti. In questo convegno si è più volte citata la sentenza della Corte costituzionale tedesca del dicembre scorso<sup>4</sup>, con cui ancora una volta i giudici di Karlsruhe hanno riaffermato che il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno incontra i propri limiti nella necessità di rispettare l'«identità costituzionale» dell'ordinamento tedesco, della quale il superiore principio del rispetto della dignità umana (e il correlato principio di colpevolezza in materia penale, posto in discussione in un caso in cui si discuteva della consegna all'Italia di una per-

---

<sup>4</sup> BVerfG, sent. 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14. Per un'efficace sintesi della pronuncia, cfr. P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, 2016/1.

sona condannata a trent'anni di reclusione in contumacia) costituisce parte integrante. Ebbene, in questa occasione i giudici costituzionali tedeschi sono arrivati a un passo dall'azionare i controlimiti; ma, contrariamente a quanto insistentemente affermato da autorevole dottrina italiana<sup>5</sup>, *in concreto non l'hanno fatto*, preferendo argomentare che – nel caso di specie – non vi era alcuna necessità di arrivare a tanto<sup>6</sup>, posto che una retta interpretazione del diritto dell'Unione già consentiva ai giudici tedeschi di rifiutare la consegna del condannato alle autorità italiane, in nome della tutela dei diritti fondamentali del condannato.

Non importa qui stabilire se questa 'retta' interpretazione del diritto dell'Unione fosse veramente compatibile con i principi enucleati in materia di mandato di arresto europeo dalla Corte di giustizia, segnatamente nella sentenza *Melloni*<sup>7</sup>: ciò che qui rileva è unicamente sottoli-

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 18 s.

<sup>6</sup> Cfr. il decisivo § 84 della sentenza poc'anzi citata, ove la Corte di Karlsruhe – dopo avere ribadito la propria *astratta* legittimazione a tutelare la dignità umana (valore coesenziale alla *Verfassungsidentität* nazionale) della persona colpita da un MAE, rifiutandone la consegna anche laddove il diritto europeo sancisse un simile obbligo – testualmente afferma: «Einer unter Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründeten Begrenzung des dem Rahmenbeschluss zukommenden Anwendungsvorrangs *bedarf es im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht*, weil sowohl der Rahmenbeschluss selbst (a) als auch das diesen umsetzende Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (b) eine Auslegung gebieten, die den von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten bei einer Auslieferung Rechnung trägt» (corsivi aggiunti). Ossia: non è qui necessario azionare i controlimiti, *sub specie* di difesa della dignità umana e del correlato principio di colpevolezza della persona richiesta, perché sia (a) la decisione quadro sul mandato d'arresto, sia (b) la legge interna di recepimento ben possono essere interpretate in modo da risultare coerenti con le garanzie costituzionali in parola.

<sup>7</sup> Che si riferiva, peraltro, a un *caso di specie ben diverso*. Nel caso *Melloni*, il condannato la cui consegna era richiesta dall'autorità giudiziaria italiana era stato sì giudicato in contumacia, ma dopo essere stato *regolarmente avvertito dell'esistenza di un processo a suo carico*, nel quale era egli stato in effetti rappresentato da ben due difensori di fiducia. In una simile ipotesi, la decisione quadro – come confermato dalla Corte di giustizia – certamente impone allo Stato membro di procedere alla consegna; sicché l'eventuale rifiuto da parte delle autorità spagnole, motivato dall'esigenza di rispettare un proprio vincolo costituzionale (il diritto al giusto processo, così come tradizionalmente declinato in quell'ordinamento anche in materia di estradizione), avrebbe certamente rappresentato, al tempo stesso, una violazione del diritto UE. Nel caso esaminato dalla Corte costituzionale tedesca, invece, il processo era stato celebrato in Italia in contumacia sulla base dell'*irreperibilità* dell'imputato, il quale *non aveva dunque avuto alcuna legale notizia del procedimento*. Osserva persuasivamente la Corte tedesca come in quest'ultimo caso debba trovare applicazione l'art. 4-*bis* par. 1 lett. d) della decisione quadro del 2002, così come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, che consente allo Stato di rifiutare la consegna, salvo che lo Stato richiedente assicuri che l'interessato sarà «espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria». Nel caso di

neare come la Corte tedesca abbia voluto questa volta limitarsi ad *alzare la voce*, lanciando un ulteriore avvertimento ai giudici di Lussemburgo, senza però opporre loro – traumaticamente – un netto rifiuto di obbedienza nel caso concreto, che sarebbe stato da tutti interpretato come una sfida frontale al principio di primazia del diritto dell'Unione.

Lo stesso aveva fatto, del resto, la Corte costituzionale spagnola, che nel caso *Melloni* aveva alla fine preso atto della decisione della Corte di giustizia, e aveva in effetti modificato la propria giurisprudenza precedente in materia di estradizione di condannati *in absentia*, proprio per consentire l'esecuzione del mandato di arresto nel caso concreto ed evitare, così, un conflitto aperto con i giudici europei<sup>8</sup>.

Che la Corte costituzionale italiana possa essere, a questo punto, la prima corte costituzionale di un paese fondatore<sup>9</sup> a sfidare apertamente la Corte di giustizia su questo terreno dovrebbe far attentamente riflettere i nostri giudici della Consulta nel momento in cui decideranno questa delicatissima questione, che interviene – non lo si dimentichi – in un momento di *grave crisi politica dell'Unione europea*, dilaniata da spinte centrifughe sollecitate, tra l'altro, dall'emergenza profughi e dalla conseguente messa in discussione del sistema di Schengen, dall'imminente referendum sulla possibile 'Brexit', dal sempre maggiore *appeal* in tutti i principali paesi europei dei partiti e movimenti populistici ostili agli ideali di un'Europa unita.

È stato spesso osservato che è stato proprio nei momenti di più acuta crisi politica dell'Europa politica che il *diritto* europeo, e in generale l'integrazione *giuridica*, hanno compiuto i passi più significativi verso la creazione di un vero e proprio *ordinamento* europeo. Nessuno è in grado di affermare, oggi, se questa osservazione continuerà a valere anche per il futuro, o se la crisi presto investirà anche il diritto europeo, e

---

specie, l'autorità giudiziaria italiana aveva sì spiegato che il condannato avrebbe avuto la possibilità di essere rimesso in termini *ex art. 175 c.p.p.* e di interporre conseguentemente appello contro la sentenza di condanna; ma non aveva potuto assicurare, stante il tenore dell'*art. 603 c.p.p.*, che egli avrebbe avuto senz'altro il diritto di ottenere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, e in particolare di introdurre nuove prove a discarico, come è invece espressamente richiesto dalla decisione quadro.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione della vicenda, si consenta qui il rinvio a F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, e *ivi ult. rif.*

<sup>9</sup> La sola Corte costituzionale nazionale ad avere sinora azionato apertamente i contro-limiti parrebbe essere, allo stato, quella ceca, in un precedente che – peraltro – lo stesso M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 18 ritiene «limitatamente significativo», essendo stato fortemente condizionato da un contesto interno fortemente conflittuale connesso alla traumatica separazione tra la Repubblica ceca e la Slovacchia.

il suo principale pilastro, rappresentato dall'idea della sua *primazia* rispetto ai diritti nazionali. Ma, certo, una decisione come quella poc'anzi prefigurata rappresenterebbe un *pessimo segnale per il futuro del diritto europeo*, dando prevedibilmente la stura a spinte centrifughe e nazionaliste anche sul versante giudiziario, sinora rimasto fundamentalmente immune al clima antieuropeo che insiste sempre più sull'orizzonte politico europeo<sup>10</sup>.

b) Ma i costi di una decisione di accoglimento non sarebbero affatto banali nemmeno *per il nostro Paese*.

Il risultato della decisione sarebbe, infatti, quello di *blindare sotto il profilo costituzionale l'attuale disciplina della prescrizione*, sancendone l'assoluta impermeabilità a qualsiasi modifica in via giurisprudenziale che non passi per una riforma legislativa, cristallizzando così – nei fatti – una situazione di sempre più insostenibile contrarietà della disciplina medesima agli obblighi internazionali che gravano sul nostro paese.

Da tempo la disciplina italiana della prescrizione – l'unica al mondo, si direbbe, in cui il termine continua a decorrere implacabilmente durante l'intero arco del processo sino alla decisione definitiva in cassazione<sup>11</sup> – è sotto il fuoco incrociato delle principali organizzazioni inter-

<sup>10</sup> In direzione diametralmente opposta si muovono le considerazioni di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 17, il quale pure muove da una analoga constatazione del «punto bassissimo del consenso nei confronti del progetto di integrazione europea» presso l'opinione pubblica di un po' tutti gli Stati membri, per dedurne che *proprio questo* sarebbe il momento opportuno per azionare i controlimiti, «imprimendo una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione, novellamente palesatosi in *Taricco*»; e ciò al dichiarato scopo (nt. 76) non già di ostacolare, ma di favorire, il processo di integrazione europea. L'argomento mi ricorda un po' la nota massima di Mao Zedong, che raccomandava di bastonare il cane che sta per affogare: consiglio saggio se inteso a mettere in guardia da improvvidi atti di pietà nei confronti dei nemici in difficoltà, i quali ben difficilmente si mostreranno poi riconoscenti una volta superata l'emergenza; un po' meno, mi pare, se ispirato allo scopo di favorire una palingenesi di un'Europa troppo preoccupata dei propri interessi finanziari, e troppo poco dei grandi ideali sui quali il progetto eurounitario fu costruito. Il rischio è qui, se non vedo male, quello di fare affogare del tutto quel progetto, cominciando a colpirlo proprio sul fianco – quello giuridico – che sinora aveva sempre retto agli attacchi della politica, e a quelli della stessa opinione pubblica.

<sup>11</sup> Il punto è cruciale, ed è sistematicamente ignorato dai *laudatores* dell'attuale assetto della prescrizione nel nostro Paese; i quali non hanno avuto evidentemente l'esperienza, molte volte occorsa al sottoscritto, di incrociare gli sguardi, prima increduli e poi ironici, degli interlocutori stranieri ai quali si provi a spiegare come funziona la prescrizione in Italia. In ogni altro ordinamento da me conosciuto, la prescrizione è *anzitutto* funzionale ad evitare che un reato possa essere *perseguito* ad eccessiva distanza dal tempo della sua commissione. Una volta però che il reato sia stato scoperto *prima* dello scadere del termine che il legislatore indica come 'tempo dell'oblio', e la giurisdizione si sia *in concreto attivata per perseguirlo*, tutti gli ordinamenti prevedono meccanismi idonei ad assicurare alla giurisdizione penale tutto il

nazionali, che la 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. Innumerevoli sono stati i richiami al legislatore a modificare la disciplina vigente, sulla base anche di precisi dati obblighi internazionali<sup>12</sup>; tutti, naturalmente, caduti nel vuoto.

La disciplina italiana della prescrizione è, più in particolare, una delle maggiori responsabili dell'ineffettività del contrasto condotte nell'ordinamento italiano contro frodi al bilancio UE, sul versante tanto delle entrate quanto delle uscite, nella misura in cui determina la sistematica impunità di fatti di reato spesso già accertati con sentenze di primo grado, regolarmente vanificate in appello per effetto dell'intervenuto decorso dell'aumento di un quarto del termine necessario a prescri-

---

tempo necessario per pervenire ad un accertamento definitivo di responsabilità senza che il reato, nel frattempo, si prescriva. Le tecniche per assicurare questo risultato sono *diverse* (ad es. – in Francia e in Spagna – l'interruzione del termine e il suo conseguente azzeramento in corrispondenza di ogni significativo evento processuale; ovvero – in Germania – la *definitiva cessazione del corso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado*, combinata in primo grado con il *raddoppio* del termine successivo all'esercizio dell'azione penale e una ulteriore *sospensione quinquennale durante il dibattimento* per i reati più gravi), ma *tutte convergenti nell'esito*. Per un istruttivo quadro comparatistico, cfr. la sempre attuale ricerca di S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, 2009; per qualche più aggiornato riferimento all'istruttivo modello tedesco, si consenta altresì il rinvio a F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3/2013, 34 ss.

La disciplina italiana rappresenta invece un *unicum*, nella misura in cui fissa termini di prescrizione in sé ragionevoli (ad es., sei anni per i delitti puniti con pena detentiva non superiore a sei anni) e a volte persino troppo lunghi; ma poi, una volta che il reato sia stato scoperto entro questo termine, concede alla giurisdizione – in seguito alle modifiche apportata dalla legge ex Cirielli del 2005 all'art. 161 c.p. – *un aumento di un solo quarto del termine prescrizione* per arrivare non già alla sentenza di primo grado, ma addirittura alla sentenza definitiva di cassazione (salvo che, beninteso, l'imputato non sia recidivo, o sia sospettato di aver commesso un delitto di competenza della Procura distrettuale: nel qual caso il termine massimo complessivo può benissimo dilatarsi alquanto, o addirittura essere del tutto cancellato, in conseguenza dell'azzeramento 'alla francese', o 'alla spagnola', del termine ordinario di prescrizione in corrispondenza di ogni atto interruttivo). Il meccanismo di calcolo previsto per gli imputati non recidivi né mafiosi (mi si passi la semplificazione) fa sì che *reati scoperti e perseguiti ben al di qua dello scadere del termine di prescrizione* previsto dall'art. 157 c.p. vengano sistematicamente *accertati in primo grado* (con o senza udienza preliminare), e vengano poi altrettanto sistematicamente dichiarati *prescritti durante il giudizio di appello*, essendo nel frattempo decorso anche il (magro) supplemento di un quarto garantito dall'art. 161 c.p. (supplemento pari ad appena un anno e mezzo rispetto alle prescrizioni di sei anni, applicabili a buona parte dei delitti, compresi quelli tributari commessi sino al 2011).

<sup>12</sup> Per puntuali citazioni di alcuni richiami recenti, cfr. M. MONTANARI, *Statistiche e valutazioni sulla corruzione in Italia nella Relazione della Commissione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014; ID., *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istuzioni internazionali*, *ivi*, 12 luglio 2012, 31 s.

vere, di cui agli artt. 160 e 161 c.p. Ciò che determina la vanificazione dell'effetto deterrente delle norme penali che dovrebbero presidiare tali interessi, e – appunto – a la sistematica violazione dell'obbligo posto a carico degli Stati membri dall'art. 325 TFUE<sup>13</sup>.

Di più: la disciplina italiana della prescrizione conduce ad elevati rischi di *violazione dei più importanti diritti umani*, dal diritto a non essere arbitrariamente uccisi nell'ambito di operazioni di *law enforcement*, al diritto a non essere sequestrati illegalmente e torturati dalle forze di polizia, come recenti e notissime vicende giunte all'attenzione dei giudici di Strasburgo hanno eloquentemente dimostrato<sup>14</sup>. L'effetto della vigente disciplina della prescrizione è infatti quello della impunità dei responsabili di quelle violazioni, magari – anche qui – già condannati in uno o due gradi di giudizio, e poi graziati dal sopravvenire di un esito prescrizione al quale accorte difese avevano orientato sin da subito i propri principali sforzi; e ciò in frontale contrasto con il preciso obbligo a carico dello Stato, dedotto dalla costante giurisprudenza della Corte EDU *inter alia* dall'art. 1 CEDU, di perseguire e *sanzionare penalmente*, con una pena proporzionata alla gravità del fatto commesso, gli autori di simili aggressioni ai diritti più fondamentali dell'individuo<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Sistematica violazione che è causa, a sua volta, di gravi danni anche alle finanze *italiane*, per effetto delle sanzioni pecuniarie inflitte dall'UE all'Italia proprio in conseguenza dell'ineffettività della lotta condotta, a livello interno, contro le frodi al bilancio europeo, di cui la prescrizione è una delle cause principali. Cfr., su questi profili, A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco*, cit., 5 ss.

<sup>14</sup> Il riferimento è, tra l'altro, al caso della scuola Diaz, già oggetto della sentenza della Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia* (su cui cfr. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015), ma anche a quello parallelo – verificatosi sempre 'a margine' del G8 di Genova del 2001 – delle torture di Bolzaneto, oggetti di numerosi ricorsi ancora pendenti a Strasburgo e anch'esso conclusosi, a livello interno, con una raffica di declaratorie di prescrizione di reati già accertati in primo grado (cfr. Cass., sez. V, sent. 14.6.2013 (dep. 10.9.2013), n. 3708813, con nota di A. COLLELLA, *La sentenza della Cassazione su Bolzaneto chiude il sipario sulle vicende del G8 (in attesa del giudizio della Corte di Strasburgo)*, in *Dir. pen. cont.*, e *ivi* ult. rif.).

<sup>15</sup> Per un'ampia discussione dell'origine e della logica di tali obblighi di *punire* le più macroscopiche aggressioni ai diritti umani enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo (così come da quella, parallela, della Corte interamericana dei diritti umani), si consenta qui semplicemente il rinvio a F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, 2645-2704, anche per la presa in carico e la confutazione dei timori, spalancati da questa giurisprudenza, di scivolamenti verso prospettive 'neopunitivistiche' o 'panvittimistiche' del diritto dei diritti umani, contro le quali mette ora in guardia, con toni allarmati, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 12 s. Assolutamente coerente, per questa giurisprudenza, che tale obbligo sia violato allorché il processo penale celebrato contro i responsabili si concluda con una declaratoria di *prescrizione* del reato.



Di tutto ciò non sembrano preoccuparsi i molti autorevoli colleghi che difendono a spada tratta l'attuale normativa in materia di prescrizione, ritenuta un irrinunciabile baluardo contro l'irragionevole durata dei processi<sup>16</sup> (quando, a ben guardare, la prescrizione stessa è una causa non irrilevante di tale irragionevole durata, incentivando strategie dilatorie e scoraggiando l'accesso ai riti alternativi<sup>17</sup>).

Ma anche tra coloro che riconoscono le pecche della disciplina della prescrizione è prevalsa, dopo *Taricco*, la convinzione che *solo il legislatore* possa por mano a una riforma della disciplina medesima, in nome del supremo principio di legalità in materia penale: il quale si opporrebbe a qualsiasi intervento manipolativo ad opera dei giudici (nazionali o europei poco importa) sulle norme dalle quali dipende la responsabilità penale dell'individuo, quanto meno ove l'effetto di tale intervento ridondi *in malam partem* per l'imputato.

Tornerò subito sul principio di legalità; ma intanto, parlando di costi di una decisione di accoglimento della questione sollevata dalla Corte milanese, cerchiamo di essere realisti: non vi è oggi – con *questa* maggioranza parlamentare – la benché minima possibilità di una *riforma legislativa seria* della prescrizione, in grado di allineare il nostro paese agli standard europei e in grado – soprattutto – di far sparire le scandalose sacche di impunità create dalla vigente disciplina. Ogni tentativo di riforma – e chi scrive ha avuto modo in varie occasioni di proporre possibili itinerari di riforma – sarà destinato a scontrarsi con l'opposizione feroce della lobby degli avvocati penalisti, assai ben rappresentata in parlamento, che ha finora stroncato ogni tentativo di riforma (reale, e non di facciata) della sciagurata legge *ex Cirielli*.

Una pronuncia della Corte costituzionale che accogliesse la questione prospettata dai giudici meneghini avrebbe, dunque, l'effetto di consacrare indefinitamente lo *status quo* in materia di prescrizione, in nome – per di più – del nobile ideale di difesa della legalità in materia penale, e in generale dei diritti fondamentali dell'imputato. Se nemmeno l'Europa riuscirà a spezzare lo steccato eretto attorno alla disciplina della prescrizione oggi vigente, ogni speranza di modificare l'esistente potrebbe andare perduta.

<sup>16</sup> Si veda, da ultimo, il brillante saggio di B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2016.

<sup>17</sup> Ho in altra sede svolto una distesa analisi delle criticità della vigente disciplina della prescrizione in Italia, anche tenendo conto del sacrosanto diritto dell'imputato alla ragionevole durata del processo, in un saggio già poc'anzi citato (F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda*, cit.), al quale non posso in questa sede che rinviare, anche per quanto riguarda le direttrici di riforma dell'istituto che considero auspicabili.

### 3. Taricco e i controlimiti

Tutte le considerazioni che precedono sarebbero, naturalmente, inconferenti ove l'obbligo sancito dalla Corte di giustizia contrastasse *davvero* con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, o con i diritti inviolabili della persona umana: i quali varrebbero sempre la pena di essere difesi, costi quel che costi. Ma è mia ferma convinzione che questo contrasto in realtà *non sussista*.

Cominciamo con una premessa di metodo: parlando di 'controlimiti', ha ben scarso significato discutere se la sentenza della Corte di giustizia sia o meno condivisibile *dal punto di vista del diritto UE* – o comunque se si tratti di una sentenza più o meno innovativa rispetto allo stato della giurisprudenza precedente, avendo statuito per la prima volta un obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale discendente dal suo contrasto con il diritto primario dell'UE, con effetto espansivo della responsabilità penale dell'individuo<sup>18</sup>. *Il giudice italiano*, infatti, è *tenuto a prendere la sentenza per quello che è*: come una pronuncia resa dalla Corte di giustizia nella sua più autorevole composizione (la Grande sezione), e dunque come una pronuncia dell'istituzione dell'Unione che ha, in forza dei trattati, il compito di interpretare il diritto UE con effetto *vincolante* per le autorità degli Stati membri, compresi i giudici – così come in passato è tante volte accaduto, allorché la Corte di giustizia ha enunciato (senza alcuna precisa base testuale nei trattati!) principi oggi per chiunque scontati, come quello dell'effetto diretto o del primato del diritto comunitario.

La domanda che il giudice italiano – comune e costituzionale – deve ora porsi è, unicamente, se l'obbligo ora sancito dalla Corte di giustizia – poco importa se davvero innovativo, o in linea di continuità rispetto alla

---

<sup>18</sup> A questo profilo, certo di grande interesse dall'angolo visuale dei cultori del diritto UE, dedica ampio spazio V. MANES, *La «svolta» Taricco*, cit., 6 ss., concludendo nel senso della portata fortemente innovatrice della sentenza in parola. Al riguardo, e senza volere (né potere) approfondire la tematica, estranea peraltro alla questione dei controlimiti, converrà soltanto rilevare che – se nuovo è certamente un obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale dal quale discenda la rimozione di un ostacolo alla punibilità della perseguibilità dell'imputato per un reato da questi commesso – nuovo *non* è invece l'effetto *pregiudizievole* per l'individuo che discenda da una norma *di diritto primario* dell'Unione – come l'art. 325 TDUE – alla quale sia riconosciuta dalla Corte effetto diretto (per un istruttivo esempio tratto dalla giurisprudenza di queste ultimissime settimane, cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, ove la Corte deduce dal principio generale di non discriminazione – oggi positivizzato nell'art. 21 della Carta – l'obbligo per il giudice nazionale, nella specie danese, di disapplicare una normativa interna che autorizzava il datore di lavoro a non versare al lavoratore l'indennità di fine rapporto in presenza di certe condizioni legati all'età del lavoratore medesime: con effetto, all'evidenza, favorevole per il lavoratore, ma *sfavorevole* per il datore di lavoro, che si vede ora gravato di un obbligo in conseguenza, appunto, della disapplicazione del diritto interno in ragione del suo contrasto con il diritto di rango primario UE).

precedente giurisprudenza europea – debba essere rispettato in forza del principio del primato del diritto UE; ovvero se ad esso debba opporsi la necessità di rispettare un principio fondamentale dell'ordinamento nazionale, o un diritto inviolabile della persona umana, che si opponga alla sua penetrazione nell'ordinamento italiano.

Ciò premesso, limiterò qui le mie riflessioni, allo stato, all'unico possibile 'controlimite' invocato dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale pronunciata dalla Corte d'appello di Milano – il *principio di legalità penale di cui all'art. 25 co. 2, Cost.* –; e ciò in attesa di conoscere sotto quali profili saranno evocati gli altri 'controlimiti' cui fa riferimento – per ora – soltanto un comunicato stampa nel quale la terza sezione della Cassazione preannuncia una propria questione di legittimità costituzionale, avente analogo *petitum* ma – appunto – più estesa *causa petendi*<sup>19</sup>, riservandomi quindi di interloquire in altra occasione su questi ulteriori profili, magari in sede di commento all'ordinanza di rimessione della Cassazione.

Quanto, allora, al *nullum crimen*, a me pare – nonostante, ripeto, il coro di voci che si è sinora levato a sostegno della prospettazione dei giudici milanesi – che il sospettato contrasto proprio *non abbia fondamento*: non solo dal punto di vista del principio di legalità in materia penale riconosciuto a *livello europeo* dall'art. 7 CEDU e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, come già i giudici di Lussemburgo hanno dimostrato<sup>20</sup>; ma anche dallo specifico angolo visuale dell'art. 25 comma 2 Cost., qui invocato come controlimite rispetto agli obblighi statuiti in *Taricco*.

A questa norma costituzionale si iscrivono, come è noto, una pluralità di *rationes*, riconducibili però a due idee fondamentali: da un lato, una garanzia 'ordinamentale', volta ad assicurare che le scelte sull'*an* e sul *quantum* della pena siano riservate al legislatore democraticamente le-

<sup>19</sup> Cass., sez. III, notizia di decisione n. 2/2016, ud. 30 marzo 2016, Pres. Grillo, Rel. Riccardi, ric. Cestari e a. (in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2016), ove si sospetta un contrasto dell'obbligo sancito dalla Corte di giustizia con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.

<sup>20</sup> Il punto è affrontato dai §§ 54-57 della sentenza della Corte di giustizia, nonché – più estesamente – dai §§ 113-120 delle conclusioni dell'Avvocato generale. Tanto la sentenza quanto le conclusioni dell'Avvocato generale fanno riferimento alla pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e in particolare alla sentenza Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*, §§ 149-150, ove i giudici europei unanimemente escludono che un allungamento dei termini di prescrizione con effetto retroattivo sui processi in corso integri una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, dal momento che le condotte dei ricorrenti costituivano già illeciti penali al momento in cui furono commesse, e che le pene loro applicate non furono più gravi di quelle che erano già comminate all'epoca: il che basta per assicurare il rispetto della garanzia convenzionale.

gittimato, e dunque alla *lex parlamentaria*, in omaggio ad un principio della separazione dei poteri che – valido in ogni settore dell'ordinamento – acquisterebbe uno speciale spessore in materia criminale, dove massima è la capacità dell'ordinamento di incidere in senso limitativo sui diritti fondamentali dell'individuo; e, dall'altro, la tutela del *diritto fondamentale* del singolo a essere colpito soltanto da sanzioni penali irrogate in forza di una legge penale conoscibile al momento del fatto.

Nel linguaggio dei 'controlimiti', occorrerà dunque valutare *a)* se alla prima dimensione – quella 'ordinamentale' – del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. debba essere assegnato il rango di *principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale*, in ipotesi leso dalla pretesa del diritto dell'Unione europea di incidere nella determinazione dei presupposti della responsabilità penale dell'individuo; e *b)* se la seconda dimensione – quella di diritto fondamentale dell'individuo – debba essere considerata, nella materia in esame, come un *diritto inalienabile della persona umana*, in ipotesi leso da un'applicazione dei più lunghi termini di prescrizione risultanti dalla sentenza *Taricco* a fatti commessi prima della sentenza medesima.

Il percorso così schizzato corrisponde, si noti, all'ordine logico al quale verosimilmente la Corte costituzionale si atterrà nell'affrontare le questioni sottoposte dai giudici milanesi, dovendosi in primo luogo stabilire se la riserva di legge sia violata da una sentenza europea che, di fatto, modifica la disciplina dell'interruzione della prescrizione per determinate categorie di reato; e quindi stabilire, in caso di risposta *negativa* a questo primo quesito, se l'ordinamento costituzionale italiano riconosca un diritto fondamentale dell'imputato (invocabile quale 'controlimite') a conoscere la disciplina della prescrizione al momento della commissione del fatto, con conseguente applicabilità della nuova disciplina risultante dalla sentenza *Taricco* ai soli fatti commessi *dopo* la pronuncia della sentenza medesima (e dunque dopo l'8 settembre 2015).

A ciascuna di queste dimensioni del principio di legalità in materia penale converrà allora dedicare un'analisi separata (e paziente): anche per evitare di dare scontati passaggi che scontati non sono affatto, in omaggio semplicemente alla tradizione o all'*auctoritas* delle singole voci giurisprudenziali o dottrinali.

### 3.1. *Disciplina della prescrizione e legalità penale: rispetto all'idea di una sovranità statale nella determinazione dei presupposti della responsabilità penale...*

L'idea di fondo che si agita pressoché in tutti gli autori che sono intervenuti sul caso *Taricco* è quella della necessità di difendere con forza,

contro le ingerenze del diritto europeo, l'anima 'ordinamentale' del principio di legalità consacrato nell'art. 25 co. 2 Cost.: e cioè il *monopolio del legislatore democratico (e nazionale)* nella determinazione dei presupposti della responsabilità penale dell'individuo<sup>21</sup>.

Cominciamo però a piantare alcuni paletti.

Il punto ora in discussione non è se *la Corte di giustizia UE*, in quanto *organo giurisdizionale*, possa arrogarsi il potere di modificare i presupposti della responsabilità penale dell'individuo, con effetto diretto per le giurisdizioni nazionali. La Corte di giustizia è infatti, in forza dei trattati, *l'interprete qualificato* del diritto dell'Unione; ed è altresì, almeno a far data dal 1963<sup>22</sup>, il giudice che decide se e a quale condizioni il diritto dell'Unione sia produttivo di *effetti diretti* negli ordinamenti degli Stati membri<sup>23</sup>. La Corte di giustizia ha dunque, rispetto al diritto UE, un ruolo non paragonabile a quello delle istanze giurisdizionali nazionali<sup>24</sup>, e per certi versi *più simile a quello del legislatore*: le sue sentenze pacificamente *con-formano* il diritto dell'UE, che vincola gli Stati membri *così come interpretato dalla Corte di giustizia*. Sicché il punto qui in discussione è, unicamente, se *dal diritto dell'Unione* possa legittimamente derivare nel singolo procedimento penale un effetto in qualche modo pregiudizievole per l'imputato, al cospetto del principio di legalità 'nostro' di cui all'art. 25 co. 2 Cost., *sub specie* – questa volta – di *riserva di legge* in materia penale.

Vediamo allora, un po' più analiticamente, in che cosa consista l'obbligo fissato dalla Corte nella sentenza *Taricco*, della cui compatibilità con la riserva di legge si discute.

Nel caso di specie, la Corte ha *anzitutto* interpretato autoritativamente l'art. 325 TFUE, attraverso il prisma del principio di leale cooperazione (art. 4 § 3 TUE) e degli obblighi volontariamente assunti dagli Stati membri con la ratifica della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione (c.d. convenzione PIF), deducendo da tale complesso di norme l'esistenza di un preciso obbligo di tutelare in modo efficace gli interessi finanziari dell'Unione (nell'ambito dei quali si iscrive l'interesse alla riscossione della quota ad essa spettante dell'IVA), segnatamente mediante la previsione e l'applicazione effettiva contro i tra-

<sup>21</sup> Questa prospettiva è espressa in modo particolarmente efficace in M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 6 ss.

<sup>22</sup> E cioè dal *seminal case* Corte di giustizia CE, sent. 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62.

<sup>23</sup> In questo senso, giustamente, anche V. MANES, *La svolta Taricco*, cit., 6, che cita un passo lapidario di M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, 2011, 35: «Effetto diretto significa semplicemente che una norma può essere 'invocata' in e applicata da una corte. E ciò si verifica quando lo dice la Corte di giustizia».

sgressori di sanzioni *penali* (espressamente richieste agli Stati membri, per ciò che concerne le frodi gravi, dalla Convenzione PIF). *In secondo luogo*, la Corte – nella propria qualità di giudice ultimo non solo delle norme di diritto UE, ma anche della loro eventuale idoneità a produrre effetto diretto – ha ritenuto di assegnare a *una* delle disposizioni in parola – in particolare all’art. 325 TFUE, l’unica dotata del rango di diritto primario dell’Unione – un *effetto diretto* nell’ordinamento degli Stati membri, quanto meno nel senso di determinare l’obbligo, a carico delle autorità giurisdizionali nazionali, di disapplicare eventuali disposizioni di diritto interno che ostino alla possibilità di sanzionare frodi gravi contro gli interessi finanziari dell’Unione, già previsti astrattamente come reati dalla legge penale degli Stati medesimi. *In terzo luogo*, sulla base della ricostruzione del diritto interno effettuata dal giudice del rinvio, e alla luce delle precisazioni svolte nelle conclusioni dell’Avvocato generale, la Corte ha statuito l’obbligo per il giudice italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p., dal quale discende un tetto massimo alla prescrizione in caso di eventi interruttivi (già peraltro inoperante rispetto a tutti i reati di competenza della procura distrettuale), *nella misura in cui il giudice italiano stesso giunga alla conclusione che tale tetto massimo conduce ad una sistematica impunità di frodi gravi in materia di IVA*.

In termini più schematici, la Corte ha *a)* autoritativamente dedotto dall’art. 325 TFUE, alla luce delle altre norme citate, un obbligo a carico dello Stato membro di *prevedere e concretamente applicare sanzioni penali* a presidio degli interessi finanziari (cosa che la Corte aveva, del resto, già fatto in passato a partire dalla celeberrima sentenza del mais greco<sup>25</sup>); *b)* assegnato all’art. 325 TFUE *effetto diretto* negli Stati membri, nell’ambito del suo ruolo di giudice ultimo – appunto – dell’effetto diretto; e *c)* ha *rimesso alle autorità giurisdizionali nazionali il compito di trarre le necessarie conseguenze che discendono dall’affermazione di tale effetto diretto*, in particolare mediante la disapplicazione di norme interne che determinassero, a giudizio delle stesse autorità giurisdizionali nazionali, l’inadempimento dell’obbligo indicato *sub a)*. E ciò, si noti, secondo uno schema assolutamente usuale nella giurisprudenza della Corte: basti pensare, per convincersene, alle sentenze in materia di scommesse che hanno interessato il nostro Paese, certamente familiari al penalista italiano, dove

---

<sup>24</sup> Nemmeno, si noti, a quello della nostra Corte costituzionale, che non ha il ruolo di interprete autentico del diritto legislativo, ma semmai quello di controllore della compatibilità del diritto legislativo con la Costituzione.

<sup>25</sup> Corte di giustizia CE, sent. 21 settembre 1989, *Commissione c. Grecia*, causa 68/88, §§ 24-25.

la Corte ha più volte rimesso al giudice italiano la responsabilità ultima di valutare se la normativa penale interna risultasse o meno conforme alle disposizioni di diritto primario dell'Unione di volta in volta considerate, tutte dotate di effetto diretto, ovvero se dovesse essere disapplicata in ragione del suo contrasto con quelle disposizioni<sup>26</sup>.

La questione che ora si agita da parte della Corte d'appello di Milano e dalla nostra dottrina se un simile schema – usuale, ripeto, nella giurisprudenza della Corte di giustizia – debba essere ritenuto contrario

<sup>26</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, sent. 21 ottobre 1999, *Zenatti*, causa C-67/98 e sent. 6 novembre 2003, *Gambelli*, causa 243/01. Soltanto con la sent. 6 marzo 2007, *Placanica*, cause riunite C-338/04, 359/04 e 360/04, la Corte affermò a chiare lettere – a fronte di reiterate prese di posizione della Cassazione italiana in senso opposto – l'incompatibilità della legislazione italiana con le libertà comunitarie in questione. Per una più dettagliata ricostruzione della vicenda, si consenta qui semplicemente il rinvio a F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di «antigiuridicità» del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1062 ss., ove, proprio a commento di tale vicenda, formulavo alcune considerazioni che forse non è inutile richiamare anche in questo diverso contesto, quanto meno allo scopo di ridimensionare l'enfaticizzazione, corrente presso i commentatori di *Taricco*, di una pretesa assoluta novità del ruolo che sarebbe affidato al giudice nazionale in conseguenza di quest'ultima pronuncia: «Questa lunga vicenda mi pare illustrare in maniera esemplare [...] il peculiare compito cui è chiamato il giudice penale di fronte al contrasto tra una norma incriminatrice interna e un diritto di fonte comunitaria. Lungi dal risolversi in una operazione di meccanica sussunzione della condotta concreta (vietata dalla norma incriminatrice interna) entro una fattispecie di liceità chiaramente scolpita dal diritto comunitario, il compito cui il giudice penale è chiamato è anzitutto quello di vagliare la compatibilità della norma interna con il diritto comunitario: breve, quello di verificarne la sua stessa legittimità dal punto di vista del diritto comunitario. Legittimità prima affermata, come si è visto, dalle Sezioni Unite della Cassazione, e poi negata tre anni dopo dalla stessa Cassazione, sulla base delle indicazioni più recenti della Corte di Lussemburgo; e il tutto senza che la Corte costituzionale – il giudice 'naturale' delle leggi nel nostro ordinamento – sia stata qui in condizione di giocare alcun ruolo [...]. Oggetto del giudizio da parte del giudice ordinario è qui, in prima battuta, la norma incriminatrice stessa al metro della sua compatibilità con il diritto comunitario, più che il fatto storico commesso dall'imputato; ed è proprio da tale valutazione su tale compatibilità o incompatibilità che dipende la decisione finale se dare applicazione o meno alla norma incriminatrice, con conseguente condanna o assoluzione dell'imputato. Più che di stabilire se l'imputato abbia o meno esercitato una facoltà legittima riconosciutagli dal diritto comunitario, si tratta dunque per il giudice ordinario di stabilire se il legislatore nazionale avesse o meno il diritto di incriminare la condotta compiuta dall'imputato, dal punto di vista del diritto comunitario (che si assume come sistema normativo prevalente sul diritto interno). La libertà riconosciuta al singolo dal diritto comunitario non ritaglia qui semplicemente un'area di liceità all'interno del precetto penalmente sanzionato, come avviene d'ordinario nelle ipotesi di giustificazione di un fatto tipico; bensì limita *a priori* la stessa potestà legislativa, condannando al limbo della disapplicazione le eventuali scelte del legislatore nazionale in senso contrario [...]. Tutto ciò conferma che la struttura del giudizio in queste ipotesi è assai più simile a quella del giudizio di legittimità costituzionale che non alla logica consueta del giudizio ordinario; con conseguente profilarsi, in questa materia, di un *sindacato diffuso di legittimità comunitaria della legislazione (anche penale) interna* [...]. Sindacato affidato, vale la pena di insistere sul punto, a ciascun giudice ordinario, anche di merito».

alla riserva di legge in materia penale stabilita dall'art. 25 co. 2 Cost., allorché il possibile effetto della valutazione del giudice interno circa la (in)compatibilità delle disposizioni nazionali con la pertinente norma di diritto primario dell'Unione sia quello non già dell'*assoluzione* dell'imputato, ma all'opposto quello di una sua *condanna* – allorché, insomma, l'affermata incompatibilità del diritto interno con il diritto dell'Unione ridondi *in malam partem* per l'individuo.

Ancorché di rado i due profili vengano analiticamente distinti presso la dottrina italiana quando si tratta del principio della riserva di legge di cui all'art. 25 co. 2 Cost., a me pare che *due* siano – appunto – i *corni del problema* qui in discussione: il primo, di natura schiettamente *politica*, attinente al necessario *coefficiente democratico* che deve sostenere ogni normazione in materia criminale, coefficiente che si è soliti negare al diritto dell'Unione europea; il secondo, che opera invece sul piano dei *rapporti fra Stati*, attinente invece alla difesa della *sovranità nazionale* in questa materia, con correlativa attribuzione allo Stato italiano e ai suoi organi – quanto meno – dell'*ultima parola* su *an* e *quantum* della sanzione penale<sup>27</sup>.

A ciascuno dei due profili converrà dedicare un'analisi separata; non senza però svolgere una considerazione preliminare, sì da segnalare immediatamente la strana *asimmetria* – starei per dire lo strabismo – che caratterizza l'approccio usuale della dottrina italiana al tema dell'incidenza del diritto UE sul diritto penale nazionale. In effetti, secondo la dottrina (e la giurisprudenza) unanimi nel nostro Paese, così come del resto ovunque in Europa, *non v'è dubbio* che il diritto UE *possa* incidere sull'*an* e il *quantum* della sanzione penale, allorché il suo effetto sia quello di una *riduzione* dell'area del penalmente rilevante (come nel caso poc'anzi citato delle scommesse), o comunque delle risposte sanzionatorie nei confronti del reo. Il che, per inciso, non dovrebbe essere così ovvio se il punto in discussione fosse davvero la sovranità del legislatore *democratico e nazionale* in materia penale, nel momento stesso in cui le scelte di quel legislatore – ancorché fortemente volute dalla maggioranza parlamentare, e passate indenni al vaglio della Corte costituzionale, come nel caso emblematico del delitto di inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero di cui al vecchio art. 14 co. 5-ter t.u. imm.<sup>28</sup> – sono pacifica-

---

<sup>27</sup> La sottolineatura di questo *secondo* profilo resta in genere sottotraccia nei contributi della dottrina penalistica, ma esce invece decisamente allo scoperto nella trama della più volte citata argomentazione di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 6 ss.

<sup>28</sup> Il riferimento è alla nota vicenda culminata con la sentenza Corte di giustizia UE, sent. 28 aprile 2011, *El Dridi*, in esito alla quale l'odiosa incriminazione citata nel testo è sparita, da un giorno all'altro, dalle aule delle nostre 'direttissime' in ragione della sua incompatibilità con il diritto UE.



mente suscettibili di essere *sovertite* dalla loro sopravvenuta incompatibilità con il diritto dell'UE, accertata e dichiarata dalla Corte di giustizia. Ma, soprattutto, la dottrina dominante trascura che nel momento stesso in cui si riconosca al diritto dell'UE il potere di *escludere la responsabilità penale* dell'individuo, o comunque di determinare l'*inapplicabilità della sanzione* cui questi dovrebbe essere soggetto in base alla legge nazionale (a volte – come sottolineavo poco fa ancora a proposito di scommesse – demandando direttamente al giudice nazionale una valutazione così complessa come quella relativa alla proporzionalità di una disposizione penale e una libertà fondamentale riconosciuta dal trattato), *necessariamente* si sta riconoscendo al diritto UE il *potere di dire l'ultima parola* sull'*an* e il *quantum* della responsabilità penale dell'individuo: con buona pace di entrambe le anime della riserva di legge appena individuate.

Ciò però non potrebbe valere, si sostiene, allorché l'effetto del diritto UE sia in qualsiasi modo *peggiorativo* della situazione dell'imputato, come nel caso che qui ci occupa. Quali, dunque, le ragioni di questa affermazione così *tranchante*?

a) Cominciamo dai profili attinenti alla *democraticità* delle scelte sul se e quanto punire.

Tra le *rationes* della riserva di legge, così come individuate dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, sta certamente l'idea della *separazione dei poteri*, e quella, strettamente connessa, secondo cui la determinazione dei presupposti in presenza dei quali l'ordinamento è legittimato ad azionare il proprio potere punitivo – il potere statale che più interferisce con i diritti fondamentali dell'individuo – deve restare affidata in via esclusiva all'*organo rappresentativo dell'intero popolo*, comprese le minoranze (che sono invece escluse dagli organi del potere esecutivo), alle quali spetta in ogni caso il diritto di partecipare al procedimento di formazione della legge penale; un procedimento che – come la dottrina più recente ha ben messo in evidenza, approfondendo la logica della riserva di legge in materia penale – si caratterizza per la sua *trasparenza*, e dunque per la sua possibilità di essere soggetta al controllo della pubblica opinione già nella fase di formazione del prodotto legislativo<sup>29</sup>.

Ma, se queste sono le ragioni sostanziali alla base della riserva di legge *parlamentare*, allora non si vede perché esse non possano ritenersi

---

tibilità, riconosciuta dalla Corte, con il diritto UE (sulla vicenda, cfr. per tutti F. VIGANÒ, L. MASERA, *Addio articolo 14*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011, e *ivi* per ogni ult. rif.).

<sup>29</sup> Così, limpidamente, E. DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 51 ss.

soddisfatte anche laddove la norma, della cui possibile incidenza su *an e quantum* della pena si discute, appartenga all'ordinamento dell'Unione europea, cui lo Stato italiano partecipa. Se infatti la norma in questione forma parte del *diritto primario* dell'Unione, *nulla queastio*: il Parlamento italiano ha fatto proprio tale diritto primario, mediante l'approvazione della legge di esecuzione dei trattati nel nostro paese. Se invece la norma appartiene al *diritto derivato*, occorrerebbe allora chiedersi se il procedimento di formazione della norma medesima rispetti quei requisiti di democraticità (garantendo in particolare la partecipazione al procedimento delle minoranze) e di trasparenza che stanno alla base della riserva di *lex parlamentaria*. E la risposta – verosimilmente negativa per ciò che concerne le vecchie decisioni quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro, imperniato attorno all'idea guida di una mera cooperazione intergovernativa – non potrà, invece, che suonare *positiva* per quanto riguarda regolamenti e direttive, da tempo adottati in esito a una procedura di co-decisione (oggi: procedimento legislativo ordinario), che prevede una partecipazione paritetica del Consiglio (espressione dei governi degli Stati membri) e Parlamento (formato dai rappresentanti, democraticamente eletti, dei popoli europei), che si svolge in maniera in larga misura trasparente e aperta al controllo della pubblica opinione, e che – per ciò che concerne specificamente le direttive in materia penale, ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE – prevede altresì la partecipazione degli stessi parlamenti nazionali<sup>30</sup>.

b) Se tutto ciò è vero – e sarebbe il caso di sottolinearlo con forza, a fronte della *vulgata* secondo cui la normazione europea sarebbe prodotta dai 'burocrati di Bruxelles', nel quale andrebbero però iscritti gli stessi parlamentari europei direttamente eletti dai cittadini –, più che fondato appare il sospetto che il 'valore' che la dottrina prevalente mira a tutelare

---

<sup>30</sup> Per un'attenta (e, a mio parere, del tutto condivisibile) analisi della questione della 'democraticità' dei prodotti normativi dell'Unione europea, cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2010, 71 ss. (e, per un'efficace sintesi conclusiva, 131 ss.), in esito alla quale l'A. – dopo aver ricostruito nel dettaglio non solo il procedimento legislativo dell'Unione, ma anche il «clima costituzionale» nel quale tale procedimento si dipana, considerato «sostanzialmente equivalente rispetto a quello che, negli ordinamenti nazionali in cui opera, il corollario della riserva di legge tende a preservare» (p. 139) – conclude perentoriamente che «l'obiezione al riconoscimento/allargamento delle competenze penali in capo all'UE incentrata sul deficit democratico – interpretando tale obiezione non nel suo senso restrittivo, limitato alla qualità delle procedure di adozione delle fonti, ma nel suo senso più ampio, che esprime una preoccupazione circa il complesso delle garanzie connesse alla legalità penale – non ha più ragion d'essere» (p. 141). Un cenno nel medesimo senso anche in M. BIGNAMI, *Casi critici*, cit., § 4. In senso contrario, cfr. invece l'ampio (e per altro verso assai interessante) studio di C. CUPELLI, *La legalità delegata*, 2012, 293 ss.

mediante la difesa della riserva di legge in materia penale sia, puramente e semplicemente, la *sovranità nazionale* nel supposto recinto sacro rappresentato dallo *ius terribile*: un settore del diritto che, in fondo, rappresenta da sempre l'immediata proiezione dell'idea di sovranità, sin dai tempi in cui i sovrani normanni tentavano, mediante le loro corti penali itineranti, di imporre ai baroni locali il potere centrale del re a partire, appunto, dal monopolio della giustizia penale.

Da prerogativa del monarca-sovrano la pena è passata senza soluzione di continuità, nelle moderne democrazie rappresentative, a costituire una prerogativa del nuovo popolo-sovrano: sempre, però, in una dimensione che identifica la pena e il processo penale come *braccio armato dello Stato* – appunto – *nazionale*. Una dimensione che, ora, si vuole difendere a tutti i costi contro un'organizzazione sovranazionale che si teme voglia, senza dirlo apertamente, proporsi come nuovo Stato federale, necessariamente dotato – come tale – di un *proprio* diritto penale, e di un *proprio* sistema di *enforcement* a sostegno del diritto penale sostanziale, di cui la futura Procura europea potrebbe rappresentare soltanto un primo passo.

Ma v'è da chiedersi: ha senso, oggi, combattere una simile battaglia?

Un possibile primo argomento formale – gli Stati membri non hanno mai ceduto all'Unione europea una competenza in materia penale, e dunque non hanno mai accettato una limitazione della loro sovranità in questo campo – è facilmente confutabile. A seguito *quanto meno* dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, il diritto e il processo penale sono entrati a pieno titolo a far parte delle competenze del diritto dell'Unione, a tali materie essendo dedicato l'intero titolo V della parte terza del TFUE, ove si prevede non solo che le istituzioni UE possano legiferare in questi campi attraverso *direttive*, ma addirittura che sia possibile istituire una Procura europea mediante un *regolamento* (direttamente applicabile negli Stati membri), al quale toccherà stabilire quali siano i reati di competenza della Procura medesima. Affermare che le istituzioni europee agiscano *ultra vires* allorché adottino norme in materia penale, apparirebbe oggi quanto meno stravagante<sup>31</sup>.

Potrebbe allora sostenersi che, se è innegabile che gli Stati membri abbiano conferito alle istituzioni dell'Unione una competenza a legiferare in materia penale, tale competenza non faccia venir meno il potere di ciascuno membro di dire, per così dire, l'*ultima parola* sulle scelte di incriminazione.

<sup>31</sup> Cfr. ancora, per una più ampia illustrazione delle competenze penali dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona, e della correlativa «notevolissima perdita di sovranità del legislatore nazionale sulle opzioni di politica criminale» (p. 133, corsivo aggiunto), C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 132 ss.

minazione, e sulle relative sanzioni: che dovrebbero pur sempre dipendere da una *legge nazionale*, non surrogabile da alcuno strumento normativo dell'Unione.

Tuttavia – anche a prescindere dalla considerazione, poc'anzi svolta, secondo cui è pacifico il riconoscimento al diritto UE della possibilità di *neutralizzare* le scelte di incriminazione o sanzionatorie dello Stato membro, e dunque di incidere eccome sulla responsabilità penale del singolo imputato – una solenne riaffermazione da parte della Consulta del potere dello Stato italiano di dire l'ultima parola sull'*an* e il *quantum* della sanzione penale risulterebbe comunque *inconferente rispetto al problema ora all'esame*.

L'obbligo enunciato a carico dei giudici penali italiani dalla Corte di giustizia in *Taricco* non è, infatti, quello di condannare l'imputato *direttamente sulla base di una norma di diritto UE*; bensì quello, tutt'affatto diverso, di condannare l'imputato *sulla base delle disposizioni incriminatrici italiane*, che fissano in maniera autonoma fattispecie e sanzioni; disapplicando soltanto – in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione – il combinato disposto di due disposizioni che disciplinano l'*interruzione della prescrizione* al verificarsi degli specifici eventi *processuali* enumerati nello stesso art. 160 c.p. La responsabilità penale degli imputati resterebbe, dunque, *interamente fondata sulla legge italiana*<sup>32</sup>; mentre il ruolo del diritto dell'Unione europea resterebbe qui confinato alla *neutralizzazione* di una specifica disciplina (pacificamente estranea all'oggetto del divieto, e alla determinazione delle sanzioni per il caso di trasgressione) incompatibile con lo stesso diritto oggettivo dell'Unione.

Certo, anche questo argomento potrà essere accusato di formalismo: dopo tutto, si obietterà, anche la disciplina dell'interruzione della prescrizione (così come, in definitiva, tutta la disciplina del processo penale) è rilevante per determinare se, nel caso concreto, l'imputato possa o non possa essere punito: tant'è vero che la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale considera tale disciplina parte integrante della materia compresa dalla riserva di legge *ex art. 25, comma 2 Cost.*<sup>33</sup>; e la deci-

---

<sup>32</sup> Come – a mio avviso del tutto correttamente – sottolinea l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni sul caso *Taricco* (§ 117).

<sup>33</sup> Con conseguente inammissibilità delle questioni relative a tale disciplina, il cui accoglimento determinerebbe un peggioramento della situazione dell'imputato: cfr. in questo senso, *ex multis*, la sent. 324/2008, dove alcune delle questioni decise nel senso dell'inammissibilità (in ragione dello sbarramento opposto dalla riserva di legge) concernevano appunto la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione; nonché l'ord. 65/2008, che dichiara manifestamente inammissibile una questione volta ad estendere l'effetto interruttivo all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, sulla base dell'argomento che il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost., «rimettendo al legislatore la scelta dei fatti

sione finale in proposito, proseguirà questa prevedibile obiezione, spetta soltanto allo Stato sovrano, il quale dovrebbe in ultima analisi restare libero anche di violare i propri obblighi nei confronti dell'Unione europea nel campo delicatissimo dello *ius criminale*, rifiutandosi di punire – per ragioni non sindacabili né a Bruxelles né a Lussemburgo – chi dovrebbe invece essere punito secondo il diritto UE.

Una volta però che si guardi in faccia senza pre-giudizi a *questa* pretesa, non si potrà che riconoscerne l'intrinseca debolezza. *Per quali ragioni sostanziali* vorremmo difendere a ogni costo la sovranità statale in materia penale, quanto meno nel senso (l'unico possibile oggi) di un diritto a dire *l'ultima parola* sui presupposti della responsabilità penale dell'individuo, anche a costo di affermare con forza l'esistenza di un vero e proprio *diritto* per lo Stato membro *di violare l'obbligo ex art. 325 TFUE*, liberamente assunto in sede europea, di tutelare in maniera effettiva gli interessi finanziari dell'Unione?

Riflettiamo. Davvero siamo certi che le nostre istituzioni democratiche – il nostro parlamento o, più spesso, il nostro governo, regolarmente delegato a legiferare in materia penale<sup>34</sup> – siano in grado di assicurare una legislazione più razionale, efficace e al tempo stesso *più rispettosa dei diritti fondamentali* della persona in materia penale di quanto possa accadere in sede europea? Riteniamo veramente che il diritto europeo – vincolato da una Carta che ripete il suo contenuto minimo dalle corrispondenti garanzie convenzionali, queste ultime nell'interpretazione fornite dalla giurisprudenza di Strasburgo – non abbia gli anticorpi sufficienti per tutelare i diritti fondamentali della persona contro la potestà punitiva statale, almeno altrettanto efficacemente di quanto lo possano fare il legislatore e i giudici (comuni e costituzionali) italiani? E siamo proprio certi che il motto *Italians do it better* valga anche rispetto alla tutela dei diritti fondamentali di fronte allo *ius puniendi*, a fronte – se non altro – del dato inquietante rappresentato dalla *valanga di condanne* contro l'Italia pronunciate dalla Corte EDU, che non cessa di denunciare le violazioni dei diritti fondamentali di cui è responsabile il *nostro* sistema

---

da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, inibisce alla Corte tanto la creazione di nuove fattispecie criminose o l'estensione di quelle esistenti a casi non previsti, quanto “di incidere o sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti alla punibilità” [...]: aspetti fra i quali, indubbiamente, rientrano quelli inerenti la disciplina della prescrizione e dei relativi atti interruttivi o sospensivi» (segue nota a precedenti conformi, e in particolare, riguardo all'introduzione di nuove ipotesi di interruzione del corso della prescrizione, le ord. 245/1999, 412/1998, 178/1997, 315/1996, 144/1994, 193/1993 e 188/1993).

<sup>34</sup> Sui – macroscopici – *deficit* del nostro *modus legiferandi* in materia penale al cospetto del canone della democraticità cfr. ancora, ampiamente, C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 23 ss.

penale, in proporzioni numeriche senza paragoni rispetto a tutti gli altri paesi dell'(ex) Europa occidentale?

Lo ripeto da tempo, ma mi rendo conto di essere rimasto ormai tra i pochi a sostenerlo: se davvero la preoccupazione sottostante alla difesa della sovranità statale in materia penale è quella di *difendere i diritti fondamentali della persona (quelli veri: il diritto a un processo davvero 'equo'; il diritto a prevedere an e quantum della sanzione penale a fronte di norme o di interpretazioni giurisprudenziali dai contorni oscuri; il diritto a non subire un doppio processo, prima in sede 'amministrativa' e poi penale, per lo stesso fatto; ma anche il diritto delle vittime di fatti gravissimi di tortura o di extraordinary renditions ad ottenere giustizia)*, allora la nostra strada obbligata è di *difenderli in Europa, e assieme all'Europa*; non – come si invoca oggi – *contro l'Europa*. In una prospettiva, insomma, di *sovranità condivisa* con l'Europa in materia penale, sullo sfondo rappresentato da un *quadro costituzionale europeo* alla cui costruzione siamo chiamati tutti a contribuire; non già di difesa gelosa e puntata dei nostri piccoli rimasugli di sovranità esclusiva.

E non parlo solo dell'Europa 'di Strasburgo', ma anche dell'Unione europea: dalla quale provengono pure spinte importanti – sistematicamente sottovalutate dalla nostra dottrina, che tende unilateralmente a sottolineare la pretesa preoccupazione ossessiva per la tutela degli interessi finanziari che dominerebbe l'azione delle istituzioni dell'UE<sup>35</sup> – ad *innalzare* i nostri standard di tutela dei diritti fondamentali in materia penale<sup>36</sup>; e alla quale dobbiamo dopo tutto (ma la memoria, si sa, è una virtù difficile da coltivare) l'eliminazione dal nostro diritto penale, non più tardi di cinque anni or sono, di una norma che sistematicamente mandava in galera immigrati irregolari per il solo fatto di essere tali<sup>37</sup>, fermamente voluta dal nostro legislatore democratico e salvata ripetutamente dalla Corte costituzionale sotto il profilo del rispetto delle garanzie e dei diritti fondamentali degli imputati, compresi quelli discendenti dall'art. 25, comma 2, Cost.<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Preoccupazione, peraltro, non proprio sfornita di qualche plausibilità: dopo tutto, la difesa degli interessi finanziari dell'Unione significa difesa dei denari di tutti noi contribuenti, e delle politiche che l'UE con quei denari finanzia a beneficio – ancora una volta – di noi tutti.

<sup>36</sup> E basti pensare, per convincersene, alle numerose direttive di recente adottate a tutela dei diritti fondamentali dell'imputato e dell'indagato nei processi penali, così come – per citare una vicenda che mi sembra particolarmente emblematica in questa direzione – ai decisi freni opposti, durante i lavori preparatori della recente direttiva 2014/42/UE in materia di confisca, alla previsione disinvolta di ipotesi di confische in assenza di condanna sulla base di indizi (= sospetti) di commissione di reato, previste sempre più generosamente dal legislatore italiano.

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, nt. 28.

<sup>38</sup> Da ultimo con la sent. 22/2007.

Ed allora, il dubbio che non può non affacciarsi è che, difendendo la sovranità nazionale in materia penale, molti autorevoli interlocutori intendano – in realtà – difendere lo *status quo* del *sistema penale italiano nel suo complesso* contro *tutte* queste ingerenze europee, in un malinteso sussulto di orgoglio nazionalistico (e sciovinistico) che accomuna *Varvara, Grande Stevens, Contrada, Taricco* nell'unica accusa di *incomprensione* delle specificità (e dei pregi nascosti) del nostro sistema, e che si traduce nell'affannosa ricerca di 'controlimiti' costituzionali agli obblighi di volta in volta impostici dai giudici europei. L'idea è, insomma: lasciateci in pace, e non toccate la materia penale, che è solo nostra e segue le *nostre* logiche, non importa se incomprensibili per i nostri interlocutori europei.

Rispetto a una simile concezione della sovranità statale in materia penale, non potrei però che riaffermare il mio fermo dissenso. L'impatto del diritto europeo ha a mio avviso rappresentato, in questi ultimi anni, una *ventata di 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, rispetto ai suoi profili di efficienza ma anche – e forse soprattutto – rispetto all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali di tutte le parti coinvolte dall'esercizio della potestà punitiva statale. Una ventata di ossigeno che si è mossa principalmente lungo i vettori rappresentati da norme (quelle della Convenzione europea, riprese e in parte potenziate dalla Carta) rimaste a lungo ignorate dai protagonisti del nostro sistema penale, e di cui solo ora si cominciano ad esplorare le potenzialità di strumenti direttamente applicabili (anche) dal giudice penale.

Una battaglia per riaffermare la *sovranità statale* contro le ingerenze europee in materia penale – per di più a difesa di una normativa in materia di prescrizione che si pone in flagrante violazione degli obblighi discendenti dal diritto dell'UE, e senza che (come vedremo tra un istante) una tale difesa sia in alcun modo imposta dall'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dell'imputato – andrebbe, ora, in direzione diametralmente contraria rispetto a questo salutare processo; e avrebbe il risultato pratico di favorire un arroccamento conservatore nel nostro *status quo*, così profondamente inadeguato rispetto agli *standard* affermati e praticati in tutti i principali ordinamenti europei.

### 3.2. (Segue) ...e rispetto al *nullum crimen come diritto fondamentale*

Laddove la Corte dovesse giungere alla prima conclusione qui auspicata – l'inesistenza di un controlimite rispetto alla penetrazione nel-

l'ordinamento italiano di un obbligo di fonte UE che determina l'inapplicabilità di due disposizioni in materia di interruzione della prescrizione rispetto a determinate categorie di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione –, il percorso sarebbe ancora compiuto soltanto a metà. Stante l'evidente intenzione della Corte di giustizia di imporre al giudice nazionale il predetto obbligo di disapplicazione anche rispetto ai processi in corso, concernenti ovviamente fatti commessi *prima* della sentenza della Corte medesima, l'ulteriore problema che la nostra Corte costituzionale dovrebbe affrontare è se la seconda grande dimensione del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 Cost., – quella di diritto fondamentale dell'individuo – osti a una simile applicazione retroattiva.

A tale ulteriore profilo dobbiamo volgere, ora, la nostra attenzione.

Come anticipato, l'idea forte sottesa al *nullum crimen* come diritto fondamentale è che il singolo abbia il *diritto di conoscere*, al momento della commissione del fatto, la *possibile rilevanza penale del fatto* medesimo, e le *conseguenze sanzionatorie* che l'ordinamento ricollega al suo compimento. Da ciò deriva il corollario della necessaria *precisione* della norma incriminatrice – giacché solo norme precise sono in grado di scolpire in maniera chiara il confine tra il lecito e l'illecito – (*nullum crimen sine lege certa*); nonché quello del *divieto di applicazione retroattiva* di norme entrate in vigore dopo la commissione del fatto, che per la prima volta incriminino il fatto commesso dal soggetto, ovvero ne aggravino il trattamento sanzionatorio (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

Che c'entri tutto ciò con la disciplina della prescrizione, non è però facile comprendere. La giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale ritiene, invero, che la materia della prescrizione sia coperta dall'art. 25 co. 2 Cost.<sup>39</sup>, compreso – potrebbe facilmente argomentarsi – il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche peggiorative per il

---

<sup>39</sup> Cfr., le sentenze già citate *supra* alla nt. 33, nonché la sent. 394/2006 (considerato in diritto n. 6.1).

<sup>40</sup> Va peraltro considerato, per quanto mi è dato di comprendere, che la Corte ha sempre affrontato il problema del rapporto tra art. 25, comma 2, Cost. e prescrizione sotto il diverso profilo della riserva di legge, e della conseguente inammissibilità di pronunce con effetto in *malam partem* per l'imputato, piuttosto che sotto il profilo – connesso ma distinto – del divieto di modifiche retroattive per l'imputato. La Corte ha invece affermato che alle modifiche *in melius* della disciplina della prescrizione è applicabile il distinto principio di retroattività della norma più favorevole, ricondotto dalla Consulta – come è noto – alla diversa garanzia fornita dall'art. 3 Cost. e come tale aperto a possibili bilanciamenti con controinteressi di rango costituzionale (cfr., in questo senso, le sent. 393/2006, 72/2008, 236/2011). Quest'ultima constatazione è valorizzata in particolare da G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, II ed., 2011, 298 s. a supporto della conclusione che il principio di irretroattività delle modifiche sfavorevoli al reo debba valere *a fortiori*, secondo il punto di vista dei nostri giudici costituzionali, anche in materia di prescrizione.



reo<sup>40</sup>. Tuttavia l'assunto è presentato in maniera apodittica, senza alcun reale sforzo motivazionale teso a dimostrare le ragioni sostanziali di un tale inquadramento. L'*auctoritas* con cui ci si deve misurare è, qui, notevole, in termini di importanza della fonte e di quantità dei precedenti; ma difetta di ragioni persuasive compiutamente esplicitate.

Eppure, le ragioni in senso contrario non mancano, come dimostra anche soltanto un rapido confronto con i risultati cui si è pervenuti in altri ordinamenti affini al nostro.

Particolarmente istruttiva, in proposito, l'esperienza dell'ordinamento tedesco, faticosamente confrontatosi – nel secondo dopoguerra – con i crimini compiuti durante il regime nazionalsocialista. Una prima legge del 1965, prendendo atto dell'impunità di cui si erano avvalsi molti criminali nazisti sino a quel momento, grazie anche alle complicità di cui avevano goduto nei ranghi di una giustizia in larga parte ancora formata da giudici più o meno compromessi con il passato regime, aveva stabilito che ai fini del calcolo del termine di prescrizione non potesse essere computato il periodo dall'8 maggio 1945 al 31 dicembre 1949. Una seconda legge, nel 1969, allungò direttamente il termine di prescrizione per il delitto di assassinio (*Mord*) da 20 a 30 anni. Infine, una terza legge, nel 1979, stabilì semplicemente l'imprescrittibilità dell'assassinio, uniformando la relativa disciplina a quella del genocidio<sup>41</sup>.

Tutte queste disposizioni vennero considerate dalla giurisprudenza comune come pacificamente applicabili ai processi in corso, e più in generale ai fatti commessi prima della loro entrata in vigore<sup>42</sup> (rispetto a quei fatti essendo, anzi, state pensate sin dall'origine); e la Corte costituzionale tedesca, in una nota sentenza del 1969, confermò la legittimità di questa interpretazione, riconoscendo alla disciplina della prescrizione – nonostante la sua collocazione all'interno del codice penale – natura di istituto *processuale* anziché sostanziale, come tale sottratto al divieto di applicazione retroattiva sancito, in materia penale, dall'art. 103 co. 2 del *Grundgesetz*<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Su queste vicende normative cfr. per tutti C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, IV ed., 2006, § 5 nt. 106 (p. 168).

<sup>42</sup> Cfr. la giurisprudenza della Cassazione federale, citata puntualmente da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., *ivi*, nt. 108, e la dottrina largamente maggioritaria citata alla nt. 109.

<sup>43</sup> Cfr. BVerfGE 25, 269, ove la Corte afferma che l'art. 103 § 2 della legge fondamentale (ossia la disposizione corrispondente all'art. 25, comma 2, Cost.), non dice nulla sulla *durata del termine* durante il quale un fatto previsto dalla legge penale può essere concretamente perseguito e punito con la pena da essa previsto. La disposizione costituzionale, prosegue la Corte, si preoccupa del *momento a partire dal quale* il fatto può essere perseguito, non di *quanto tempo* il fatto possa essere perseguito dopo la sua commissione (p. 286). La Corte esclude qui, d'altra parte, anche ogni profilo di contrasto dell'allungamento retroattivo

La natura processuale anziché sostanziale della prescrizione è uno degli argomenti utilizzati anche dalla Corte EDU per negare che l'applicazione retroattiva di una disciplina sfavorevole in materia di prescrizione, come quella che si era verificata nel caso di specie in Belgio, costituisca una violazione del *nullum crimen* sancito dall'art. 7 CEDU. Ma, come sottolinea il più autorevole penalista tedesco oggi vivente, Claus Roxin, la soluzione della questione non dipende tanto dall'inquadramento formale della disciplina come processuale o sostanziale, quanto dalla valutazione se la *ratio* del divieto di applicazione retroattiva della legge penale stabilito dalla Costituzione federale si estenda o meno alle modifiche *in peius* della prescrizione. E la risposta, sottolinea quella dottrina, non può che essere negativa: «il cittadino ha sì una legittima pretesa a sapere *se e quanto* sarà punito; ma lo scopo del principio di legalità non è certo quello di fargli sapere in anticipo per quanto tempo dovrà sforzarsi di tener nascosto il suo crimine, prima di poter sottrarsi al rischio di una persecuzione penale. La tutela di un simile calcolo non può essere dedotta dalle radici del principio di legalità in materia penale»<sup>44</sup>. Senza contare che, in ogni caso, la vigente disciplina della prescrizione – in Germania come in Italia – non consente a chi decide di commettere un reato in quanto tempo si maturerà effettivamente la prescrizione, essendo in quel momento incerto se si verificheranno o meno eventi interruttivi legati alla circostanza se si instaurerà nei suoi confronti un processo<sup>45</sup>.

*Altra* è l'ipotesi – sottolinea quella medesima dottrina – in cui la modifica legislativa intervenga quando il termine di prescrizione sia *già decorso* nei confronti di un determinato individuo. In questo caso il reato si è ormai estinto, e il suo (presunto) autore ha ormai una legittima aspettativa ad essere al riparo dalla persecuzione penale: ciò che potrebbe averlo condotto, tra l'altro, a disfarsi della disponibilità di materiale probatorio che avrebbe potuto scagionarlo: e dunque, «una legge che pretendesse di considerare *non decorso* il termine medesimo rappresenterebbe una (re)introduzione della punibilità per il fatto, che contrasterebbe con lo scopo dell'art. 103 co. 2 della Costituzione»<sup>46</sup>.

A conclusioni identiche giunge da tempo anche autorevole (seppur minoritaria) dottrina italiana, che sottolinea come «la *ratio* [del principio

---

dei termini prescrizionali non ancora scaduti con il principio della certezza giuridica o con la tutela dell'affidamento, dichiarando in modo assai netto che la mera speranza di non essere perseguito per il reato commesso sino alla scadenza del termine prescrizionale in vigore al momento del fatto non è un interesse meritevole di tutela (p. 291).

<sup>44</sup> C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., *ivi*, 168.

<sup>45</sup> C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., *ibidem*.

<sup>46</sup> Così, ancora, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., *ibidem*.

di irretroattività] è quella di soddisfare l'aspettativa del cittadino di sapere preventivamente se e in quale misura potrà essere punito, e non già di fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto dopo avere commesso il fatto, per poter poi tornare tranquillamente alla vita di tutti i giorni. È del tutto ovvio che l'autore del reato potrà anche fare calcoli di questo tipo, ma il principio di irretroattività non è finalizzato alla tutela di simili calcoli»<sup>47</sup>.

Contro simili impostazioni, si obietta da parte della dottrina prevalente in Italia che l'irretroattività della disciplina in materia di prescrizione servirebbe a garantire all'autore del reato la possibilità di «programmare la sua vita personale, familiare, lavorativa successiva al reato»<sup>48</sup>, mettendolo al riparo da mutamenti imprevedibili delle regole del gioco durante il processo<sup>49</sup>.

Ma è proprio sensato ritenere che chi abbia commesso un reato possa godere di una simile aspettativa? Un'aspettativa – si noti – che non avrebbe più nulla a che fare con il *tempo di commissione del reato*, cui guarda la logica del principio di legalità, a meno di non ritenere che il soggetto possa *già allora* scommettere sulla propria impunità in seguito al decorso di un certo lasso di tempo, dovuta magari al fisiologico tempo di emersione della *notitia criminis* – scommessa, questa, tutt'altro che infondata sul piano fattuale (si pensi al settore paradigmatico dei delitti tributari), ma *ictu oculi* immeritevole di tutela giuridica. L'aspettativa cui la dottrina in parola si riferisce è, piuttosto, tutta proiettata sul *tempo del processo*, quando l'indagato o imputato – consigliato dal proprio avvocato – sarà chiamato a compiere scelte processuali, rispetto alle quali la prospettiva di poter giungere indenne al traguardo della prescrizione non potrà che giocare, sul piano squisitamente fattuale, un ruolo significativo,

---

<sup>47</sup> Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 263 s. Nello stesso senso, V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, 279; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., 2015, 600. Sul punto, cfr. anche l'articolata analisi compiuta da F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere*, 2003, 71 ss., che giunge comunque a conclusioni non dissimili da quelle cui si perveiene nel testo.

<sup>48</sup> Così L. STORTONI nell'ambito della raccolta di interventi su *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, raccolti dall'Associazione Franco Bricola e pubblicati in *Foro it.*, 1998, V, c. 317 ss. in risposta a un articolo di Giorgio Marinucci (*Bomba a orologeria da disinnescare*) apparso sul Sole-24 Ore del 12 marzo 1998. Sostanzialmente nello stesso senso anche gli altri interventi *ivi* pubblicati, a firma di M. NOBILI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI e N. MAZZACUVA. Nello stesso senso, cfr. anche G. DE VERO, *Corso*, cit., 298; M. ROMANO, *Art. 157*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, 2011, 65.

<sup>49</sup> Così M. DONINI nel proprio intervento citato alla nota precedente, c. 324.

ad es. inducendolo a rinunciare allo sconto di pena conseguente ad un patteggiamento per giocarsi la carta della prescrizione in appello<sup>50</sup>.

Ma proprio questo, allora, è il punto: davvero l'ordinamento dovrà farsi carico della tutela di queste (umanamente comprensibili) strategie, riconoscendo addirittura all'indagato, e poi all'imputato, un *diritto fondamentale* a che il decorso del processo non sia rimesso in discussione da una riforma intervenuta *in itinere* in materia di prescrizione? E, anche se così fosse: non sarebbe allora la sede più appropriata, per collocare questo (ipotetico) diritto, quella del 'giusto processo' ex art. 111 Cost., o quella del 'processo equo' ai sensi dell'art. 6 CEDU, piuttosto che quella del principio di legalità penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost., che guarda per sua natura – ripeto – al tempo di commissione del reato, e non al tempo (eventuale) della sua concreta persecuzione?<sup>51</sup>

Senza contare poi che, anche in quest'ultima prospettiva, parrebbe quanto meno stravagante ipotizzarsi una violazione del diritto a un 'processo equo', ai sensi dell'art. 6 CEDU, in relazione alla posizione di un imputato il quale candidamente ammetta di avere deciso di rinunciare allo sconto di pena legato al patteggiamento, per non pregiudicarsi la possibilità di proporre appello contro la sentenza di condanna pronunciata in dibattimento al solo fine di lucrare una prescrizione ormai a portata di mano. Chiedo ai miei colleghi processualpenalisti: non saremmo forse in presenza, in una tale ipotesi, di un evidente *abuso* della facoltà di proporre appello – che è funzionale al riesame nel merito di una pronuncia di condanna che si assume essere *ingiusta*, non già al mero allungamento del processo in vista del traguardo della prescrizione –, abuso che renderebbe *a priori* immeritevole di tutela, anche dal punto di vista dell'art. 17 CEDU, l'affidamento invocato dal nostro imputato?

E comunque se – come si sente oggi continuamente affermare – alla vigente disciplina della prescrizione si vuole ascrivere una *ratio* di tutela della ragionevole durata (e forse, a quanto pare, della stessa equità) del *processo*; allora si sia coerenti, e si riconosca la natura schiettamente *processuale* della prescrizione (o quanto meno di quella parte della prescrizione che decorre *dopo l'esercizio dell'azione penale*, quando sono defini-

---

<sup>50</sup> In questo senso S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato*, 372.

<sup>51</sup> Non a caso ancora l'A. citato alla nota precedente propone di individuare alla disciplina della prescrizione una copertura costituzionale sotto l'ombrello della *legalità processuale* di cui all'art. 111 co. 1 Cost., piuttosto che sotto quello dell'art. 25 co. 2. Naturalmente, un simile cambio di prospettiva non sarebbe irrilevante ai nostri fini, dal momento che – di regola – l'imputato non ha affatto il diritto di scommettere sul mantenimento in vigore di una determinata regola processuale vigente all'inizio del suo processo, l'intero processo essendo dominato dall'opposto principio *tempus regit actum*.

tivamente cessate le ragioni 'sostanziali' legate al 'tempo dell'oblio'<sup>52</sup>), e si riconosca, per logica conseguenza, l'estraneità dell'istituto alla *ratio* di tutela dell'art. 25 co. 2 Cost., così come riconosciuto dalle supreme giurisdizioni di tutti i paesi a noi vicini, e dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo.

#### 4. *Un percorso praticabile per una soluzione alternativa*

Dalle considerazioni che precedono, dovrebbe risultare evidente il mio netto dissenso rispetto alla possibilità di impugnare, *ora*, l'arma dei controllimiti.

Potrebbero presentarsi, in futuro, questioni per cui varrà la pena di impegnarsi a fondo nella difesa di diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento italiano, a fronte di una ipotetica volontà delle istituzioni dell'Unione di imporre soluzioni con essi contrastanti: ed *allora* si converrà andare sino in fondo, azionando per la prima volta i controllimiti, e innescando un conflitto aperto con il principio del primato del diritto europeo, *in nome* della tutela dei diritti fondamentali calpestati dall'Unione. Ma, *ora*, tutto parla in senso contrario rispetto a questa possibile scelta traumatica: la battaglia che si vorrebbe combattere, sulla base di una concezione della legalità penale del tutto anomala nell'orizzonte europeo, a tutto vantaggio di autori di reati gravi che mirano soltanto a conquistare il traguardo della prescrizione garantito loro da una legislazione sconclusionata, e senza che sia in gioco alcun loro diritto fondamentale, si presenta in partenza come una battaglia *per una cattiva causa*.

Non sarà inutile, allora, fermarsi qualche istante a immaginare quale potrebbe essere una soluzione alternativa, per una Corte costituzionale che intenda farsi carico di queste preoccupazioni.

Punto di partenza dovrebbe essere, a mio sommesso avviso, una netta distinzione tra i casi concreti in cui il termine di prescrizione, calcolato anche ai sensi degli artt. 160 e 161 c.p., fosse *già scaduto* alla data di pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia (8 settembre 2015), ovvero fosse *ancora pendente* a quella data.

a) Una corretta interpretazione della sentenza della Corte di giustizia deve anzitutto indurre a escludere che gli obblighi da essa sanciti si riferi-

---

<sup>52</sup> Come magistralmente sottolineato da G. GIOSTRA, *La prescrizione: aspetti processuali*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Atti del convegno di studio «Enrico De Nicola» organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 2006, 79 ss.

scano anche alla prima classe di casi: a quelli, cioè, in cui il termine di prescrizione fosse già scaduto al momento della pronuncia della sentenza.

Come osserva Ernesto Lupo<sup>53</sup>, la Corte stessa sottolinea al § 57 come il diritto al *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU «non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione *quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti*» (corsivi aggiunti): evidentemente, non nel caso opposto.

In questo stesso senso depone – come ho già avuto modo di osservare in altro precedente contributo – l'opinione dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Taricco*, che tanta parte ha avuto nel determinare l'esito della vicenda. Dopo aver sostenuto in linea generale che «l'intervallo di tempo all'interno del quale può essere perseguito un reato può mutare anche successivamente alla commissione di quest'ultimo, fintantoché non sia intervenuta la prescrizione», l'Avvocato generale aveva osservato che nella specie «accade [...] lo stesso che nel caso dell'applicazione di norme processuali nuove a situazioni che, pur createsi nel passato, *non si sono ancora concluse*» (§ 120); e aveva subito dopo ribadito che «ciò apre, *in tutti i casi in cui non è ancora intervenuta la prescrizione* [come invece nel caso di uno degli imputati nel procedimento *a quo*, nominativamente menzionato in nota dallo stesso Avvocato generale] un margine discrezionale ai fini della considerazione di valutazioni di diritto dell'Unione che i giudici degli Stati membri devono sfruttare completamente in sede di applicazione del rispettivo diritto nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività» (§ 121). Come dire: il diritto (prevalente) dell'Unione ben può neutralizzare la disciplina interna in materia di prescrizione che ne frusti l'effetto utile, con l'effetto di allungare i termini di prescrizione rispetto a quanto sarebbe risultato da quella disciplina (o, *rectius*, con l'effetto di neutralizzare il limite massimo complessivo della prescrizione in caso di atti interruttivi, stabilito dagli artt. 160 e 161 c.p.); ma ciò vale soltanto nei confronti di tutti coloro nei cui confronti non si sia *già* intervenuta la prescrizione nel momento in cui, per la prima volta, il supremo organo giurisdizionale dell'Unione ha dedotto dall'art. 325 TFUE – con effetto *erga omnes* – un tale effetto di neutralizzazione della disciplina in materia di atti interruttivi.

Una simile salvaguardia della situazione soggettiva di coloro nei cui confronti è già maturato il termine di prescrizione è, del resto, ampiamente condivisa a livello internazionale (in questo senso si esprime ad es., nei passi poc'anzi citati, il manuale di Claus Roxin, riassumendo la *communis opinio* della dottrina d'oltralpe), oltre che da quella parte della

---

<sup>53</sup> E. LUPO, *La primauté*, 13 (nt. 38).

dottrina nostrana che ritiene ammissibile, in via generale, l'allungamento retroattivo dei termini di prescrizione<sup>54</sup>; ed è altresì suggerita da un attento esame della stessa giurisprudenza della Corte EDU<sup>55</sup>. La *ratio* di questa posizione è trasparente: una volta maturato il termine prescrizione, la punibilità viene meno (e anzi, il reato è *estinto*, e dunque è *come se non fosse mai stato commesso*); sicché il soggetto può legittimamente tirare un sospiro di sollievo, ed eventualmente – come lo stesso Roxin perspicuamente sottolinea – decidere di non conservare le prove che potrebbero scagionarlo in un eventuale processo<sup>56</sup>. La logica è, in fondo, assimilabile a quella dei diritti quesiti, o forse ancor meglio delle *situazioni giuridiche esaurite* (in questo caso: un reato ormai *estinto*), che non possono più essere legittimamente messe in discussione dall'ordinamento.

Nella logica del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, questa considerazione determinerebbe l'*inammissibilità per difetto di rilevanza* della questione rispetto a *tutti quegli imputati per i quali era già scaduto il termine di prescrizione alla data dell'8 settembre 2015*, nei cui confronti dovrà in ogni caso essere pronunciata sentenza di proscioglimento per non doversi procedere<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> In questo senso, cfr. tutti gli autori citati *supra*, nt. 47.

<sup>55</sup> La questione di un'eventuale violazione dell'art. 7 CEDU nell'ipotesi di *riapertura* di un termine di prescrizione *già scaduto* è rimasta intenzionalmente non decisa dalla Corte EDU in *Coëme c. Belgio*, cit. *supra* alla nt. 20, stante la sua non pertinenza al caso in esame (cfr. il § 149 della sentenza). Tuttavia, la stessa Corte EDU ha riconosciuto la violazione dell'art. 1 Prot. add. CEDU in un caso (puntualmente citato al § 57 dalla sentenza *Taricco*) in cui l'amministrazione fiscale russa aveva iniziato un procedimento per evasione fiscale *dopo la scadenza del termine di prescrizione* indicato dalla legge in vigore al momento del termine fissato per il pagamento dell'imposta, e la condotta dell'amministrazione era stata *successivamente* giudicata legittima dalla Corte costituzionale russa, sulla base dell'argomento secondo cui i termini prescrizionali indicati dalla legge non potevano trovare applicazione nei confronti del contribuente che avesse agito in mala fede. Secondo la Corte EDU, una tale interpretazione della disciplina della prescrizione in materia tributaria – si noti, adottata per la prima volta dalla Corte costituzionale in relazione al caso di specie, e dunque *successivamente alla scadenza del termine prescrizionale* fissato dalla legge così come precedentemente interpretata – non era in alcun modo prevedibile dai ricorrenti; ciò che rendeva illegittima la lamentata ingerenza con il loro diritto di proprietà causata dalle sanzioni tributarie, per difetto di una base legale accessibile e prevedibile (Corte EDU, sent. 20 settembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, §§ 563-575). Il caso – pur non afferente alla materia del principio di legalità in materia penale – è comunque interessante nel nostro contesto, perché evidenzia come, una volta che l'interessato abbia avuto modo di confidare, in base alla legge vigente e alla sua interpretazione ad opera della giurisprudenza, nell'avvenuto decorso della prescrizione, egli abbia un diritto a non essere sorpreso da una *improvvisa e non prevedibile riapertura* del termine prescrizione, poco importa se determinato da iniziative del legislatore o da mutamenti giurisprudenziali.

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, nt. 46.

<sup>57</sup> Per tale ragione non appare condivisibile la sentenza della terza sezione Corte di cassazione resa pochi giorni dopo la pubblicazione della sentenza *Taricco*, la quale ha proceduto

b) Rispetto poi agli altri imputati rispetto ai quali il termine prescrizione era ancora pendente alla data dell'8 settembre 2015 (e dunque, con ogni verosimiglianza, anche alla data dell'ordinanza di rimessione, di appena dieci giorni successiva), a rigore l'esito processuale dovrebbe ancora essere quello dell'*inammissibilità* per *difetto di rilevanza* della questione, questa volta però sotto il profilo del suo carattere *meramente prospettico*: la Corte milanese non era (ancora) chiamata a fare applicazione in quei casi di specie dei principi enunciati dalla Corte di giustizia in *Taricco*, e per l'effetto a disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. Un simile problema si sarebbe posto, infatti, soltanto una volta maturato il termine massimo risultante da tale combinato disposto.

Naturalmente, però, non si potrà la Corte costituzionale nascondere dietro il dito di questa ragione formale: se l'esito sarà di inammissibilità, non si potrà che trattare di una inammissibilità – come si dice in gergo – 'vestita', ossia corredata di una motivazione che illustri (nella prospettiva qui sostenuta) perché la questione posta dai giudici milanesi *non potrebbe ritenersi fondata* nemmeno ove venisse proposta in relazione a diversi casi di specie, in cui il termine prescrizione massimo di cui agli artt. 160 e 161 c.p. fosse maturato *dopo* la sentenza della Corte di giustizia, e dunque *dopo* l'8 settembre 2015. Situazione quest'ultima, per inciso, che non tarderà comunque a presentarsi nella prassi, e che forse sarà già oggetto di scrutinio nell'analoga questione incidentale proposta recentissimamente dalla terza sezione della Corte di cassazione.

E qui la Corte dovrebbe a mio avviso avere il coraggio di affermare – contrariamente a quanto suggerito dai giudici remittenti e dalla gran parte della dottrina italiana che si è sinora espressa sul punto – che l'obbligo enunciato dalla Corte di giustizia, dedotto dall'art. 325 TFUE, di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in presenza delle condizioni enunciate dalla sentenza, laddove inteso come *riferito soltanto agli imputati per i quali il relativo termine non era scaduto alla data dell'8 settembre 2015, non contrasta con l'art. 25 co. 2 Cost.*, nella sua funzione di ipotetico 'con-

---

a disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. nei confronti di imputati per i quali il termine massimo di prescrizione calcolato sulla base di tali disposizioni era già ampiamente scaduto prima dell'8 settembre 2015: cfr. Cass., sez. III pen., sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pres. Franco, Est. Scarcella, in *Dir. pen. cont.*, con nota critica di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*. In senso critico contro tale sentenza, cfr. anche E. LUPO, *La primauté*, cit., 13. Correttamente, invece, Cass., sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7914, Pres. Ciampi, Est. Pavich, Imp. Tormenti e a., in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2016 con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, esclude la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. in un caso in cui i termini di prescrizione erano già scaduti al momento della pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia.



trolimite' rispetto agli obblighi discendenti dall'adesione del nostro paese all'Unione europea: né sotto il profilo della contrarietà alla riserva di legge in materia penale, né sotto il profilo della tutela del diritto inviolabile della persona umana sotteso alla stessa disposizione costituzionale.

Una simile affermazione potrebbe in ipotesi essere motivata sulla base di un argomento proposto recentemente da acuta dottrina, che fa leva sul carattere eminentemente *processuale* – se non dell'intera materia della prescrizione – quanto meno di quel troncone di essa rappresentato dalla disciplina dell'*interruzione* della prescrizione medesima; ciò che ne determinerebbe la sottrazione, in radice, alla garanzia costituzionale invocata<sup>58</sup>. In effetti, l'istituto dell'interruzione della prescrizione è tutto immerso nella logica del *processo*, e – più che con le tradizionali *rationes* della prescrizione (tempo dell'oblio, difficoltà di ricostruzione probatoria man mano che passa il tempo) – ha a che fare piuttosto, come da parte di molti si sottolinea, con una logica di contenimento dei tempi processuali (e dunque di tutela della ragionevole durata del *processo*), sia pure malamente concretizzata in pratica. Inquadramento, quest'ultimo, che metterebbe già *a priori* fuori gioco l'art. 25 co. 2 Cost.

Il problema di questo argomento – a mio avviso assolutamente persuasivo – è che la giurisprudenza della Corte costituzionale è tutta orientata in senso contrario, avendo sinora sempre ritenuto, invero senza chiarirne *funditus* le ragioni, l'inammissibilità di questioni tendenti a una modifica *in malam partem* della disciplina della sospensione e dell'*interruzione* della prescrizione, proprio ragionando a partire dalla riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost.<sup>59</sup>.

Alla stessa soluzione la Corte potrebbe allora pervenire attraverso un diverso argomento, anch'esso evocato dalla dottrina in parola<sup>60</sup>, mirante a porre in dubbio l'effettiva riconducibilità dell'intero contenuto del principio di legalità in materia penale, così come ricostruito dalla giurisprudenza costituzionale sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost., a quel *nucleo minimo* (e necessariamente ristretto) dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e dei «diritti inviolabili della persona umana» nel quale dovrebbero sostanzarsi i controlimiti<sup>61</sup>. Più in particolare, si

<sup>58</sup> P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità*, cit., 15. Cenni in tal senso anche in LUPO, *La primauté*, 11 e in G. SALCUNI, *Legalità europea*, cit., 11 s.

<sup>59</sup> Cfr. le pronunce citate *supra*, alla nt. 33.

<sup>60</sup> P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità*, cit., 14.

<sup>61</sup> Sulla problematicità del concetto stesso di controlimiti, cfr. le dense pagine di M. CARTABIA, J. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, 2000, 164 ss. Per un'ampia e stimolante discussione sul concetto cfr. ora A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in [www.formucostituzionale.it](http://www.formucostituzionale.it), 9 aprile 2016.

potrebbe immaginare che la Corte – non intendendo sconfessare la propria giurisprudenza precedente – semplicemente possa affermare la non appartenenza della disciplina della prescrizione a quell'*hard core* del principio di legalità in materia penale che indubbiamente caratterizza l'ordinamento costituzionale italiano<sup>62</sup>, e che la Corte è tenuta a tutelare anche a fonte delle limitazioni di sovranità determinate dall'adesione dell'Italia all'Unione europea; nucleo duro che dovrebbe consistere nel diritto di ciascuno a conoscere preventivamente, al momento della commissione del fatto, che la propria condotta sarà considerata penalmente rilevante, e a quali conseguenze andrà in contro nel caso di violazione. Corollario: tutto ciò che, per converso, ricade al di fuori di quel nucleo – collocandosi, per così dire, nella *penombra* del *nullum crimen* costituzionale, come nel caso appunto della disciplina delle condizioni di *concreta* procedibilità e punibilità di un reato – potrebbe dunque essere legittimamente limitato per effetto di un diritto dotato di *primauté* (ed esso pure vincolato al rispetto dei diritti fondamentali, nella loro dimensione però europea e non puramente nazionale) come il diritto di fonte UE.

Infine, e con maggiore coraggio, la Corte potrebbe impegnarsi in una *rimeditazione della propria giurisprudenza* che, senza adeguato approfondimento critico, ha sinora pressoché apoditticamente ricondotto la disciplina della prescrizione all'ombrello del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost.<sup>63</sup>; prendendo finalmente atto della resistibilità (quando non dell'inconsistenza) degli argomenti abitualmente spesi a sostegno di questo inquadramento, e per converso della fondatezza degli argomenti in senso contrario, sui quali si basa il larghissimo *consensus* internazionale che esclude, per l'appunto, la prescrizione dal raggio di azione del principio di legalità in materia penale.

Itinerari, quelli alternativamente schizzati, tutti convergenti nell'esito che mi permetto di auspicare: l'affermazione cioè che nessun controlimite si oppone a che termini di prescrizione non ancora scaduti possano essere allungati per effetto della disapplicazione di due disposizioni che disciplinano gli effetti dell'interruzione della prescrizione medesima, allorché tale disapplicazione sia necessaria per adempiere agli obblighi – liberamente assunti dal nostro Paese, ma sistematicamente violati – di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione europea, così come autoritativamente declinati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Oltre che lo stesso sistema europeo di tutela dei diritti umani, come dimostra l'indelegabilità del *nullum crimen sine lege* riconosciuto dall'art. 7 CEDU persino in situazioni di guerra o emergenza nazionale: art. 15 CEDU

<sup>63</sup> Per un'apertura a questa possibilità, cfr. M. BIGNAMI, *Casi critici*, cit., § 4 in fine.

<sup>64</sup> Una diversa strategia in certo senso compromissoria è prospettata da M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) consulitur*, cit., 15 s., a parere del quale la soluzione più saggia

### 5. *Gli effetti di una decisione alternativa*

Lo scenario che si spalancherebbe dopo una sentenza della Corte – comunque motivata – che evitasse di riconoscesse la fondatezza della questione sottoposta dai giudici milanesi, d'altra parte, non creerebbe alcuno sconvolgimento nel sistema penale italiano, che *già* conosce – come acutamente rilevato dall'Avvocato generale Kokott – ipotesi, peraltro statisticamente assai frequenti nella prassi, in cui i tetti massimi di allungamento della prescrizione in ipotesi di eventi interruttivi *semplicemente non si applicano* (e si tratta, niente meno, che di *tutti* i casi disciplinati dall'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p., ossia di tutti i casi di competenza delle procure distrettuali), lasciando operare la regola generale secondo cui «la prescrizione interrotta comincia *nuovamente a decorrere* [da capo] dal giorno dell'interruzione». L'effetto della sentenza *Taricco* sarebbe allora soltanto quello di aggiungere un nuovo caso a quelli, assai numerosi, già previsti oggi dal codice vigente, in cui l'interruzione fa semplicemente ripartire da capo i termini di cui all'art. 157 c.p.<sup>65</sup>.

Molte perplessità sono state, invero, sollevate dalla dottrina sinora intervenuta sulla concreta *giustiziabilità* dei criteri indicati dalla Corte di giustizia nel proprio dispositivo, e addirittura sulla compatibilità con lo stesso esercizio della funzione *giurisdizionale* del compito indicato ai giudici dalla Corte<sup>66</sup>, in ragione anche della imprecisione dell'obbligo enunciato dalla Corte, che i giudici penali si troverebbero a dover eseguire nel caso concreto. Io stesso ho avuto modo, in un primo intervento 'a caldo', di sottolineare quanto complessa sia la valutazione che la Corte ha demandato ai nostri giudici italiani<sup>67</sup>.

Una tale complessità, peraltro, non sussiste – come acutamente rilevato da un osservatore autorevole ed esperto quale Ernesto Lupo – rispetto alla seconda situazione di contrarietà della vigente disciplina italiana rispetto agli obblighi derivanti dal diritto UE, che concerne in particolare l'ipotesi in cui le frodi contro gli interessi erariali europei

---

per la Corte costituzionale sarebbe quella di sollecitare la Corte di giustizia, attraverso un nuovo rinvio pregiudiziale, a chiarire la propria posizione con riguardo alle questioni non risolte dalla sentenza *Taricco*. Al riguardo, mi risulta tuttavia difficile immaginare quale potrebbe essere concretamente il quesito da sottoporre alla Corte, diverso da una mera sollecitazione a un (assai poco probabile) *overruling* della decisione precedente.

<sup>65</sup> Senza, naturalmente, che da ciò derivi in alcun modo l'imprescrittibilità del delitto, come da parte di taluno – evidentemente non esperto di diritto penale – si è affermato.

<sup>66</sup> V. MANES, *La «svolta» Taricco*, 15; NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole*, cit. Serie perplessità sull'«enorme discrezionalità» affidata ai giudici penali dalla sentenza *Taricco* sono espresse anche da M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucellae) consulitur*, cit., 13 s.

<sup>67</sup> F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 7 s.

beneficino di una tutela meno efficace di quella apprestata nei confronti delle frodi che offendono gli interessi erariali nazionali<sup>68</sup>. Questa situazione – direttamente contrastante con l’art. 325 § 2 TFUE – si verifica in particolare nelle ipotesi di associazioni per delinquere finalizzate alle frodi in materia di IVA (ad es. di frodi ‘carosello’), nelle quali operano i tetti massimi alla prescrizione stabiliti dagli articoli 160 e 161 c.p., tetti massimi che non operano invece nel caso di associazioni per delinquere finalizzate al contrabbando di tabacchi lavorati esteri di cui all’art. 291-*quater* d.P.R. 43/1973 (reato incluso nella lista dei delitti di cui all’art. 51 co. 3-*bis* c.p.p.). Qui l’operazione che il giudice penale sarebbe chiamato a compiere sarebbe quella di una *mera sussunzione*, senza alcuno spazio per valutazioni discrezionali: una volta accertata l’esistenza di un’associazione finalizzata all’evasione dell’IVA, ne conseguirebbe automaticamente la sua sottoposizione al regime prescrizionale *già previsto per tutti i numerosi reati di competenza della procura distrettuale*.

Maggiori problemi potrebbero sorgere, invece, per quanto concerne la prima classe di ipotesi individuata dalla Corte di giustizia: quella, cioè, in cui il giudice penale ritenga che il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. comporti l’impunità di frodi «gravi» contro le finanze UE «in un numero rilevante di casi»: accertamenti, l’uno e l’altro, che una ormai diffusa opinione ritengono incompatibili con la natura dei poteri che l’ordinamento assegna ai giudici, in un ordinamento fondato – ancora una volta! – sul principio del *nullum crimen sine lege*.

Pur riconoscendo la serietà dei dubbi sinora avanzati in proposito, da ultimo anche dal Presidente Lupo<sup>69</sup>, personalmente non ritengo che si tratti di ostacoli insuperabili.

Cominciando dal requisito della «gravità» delle frodi, sin troppo agevole è l’obiezione che parametri quantitativi indeterminati sono già assai frequenti nella legislazione penale italiana, non solo a fini di *graduazione della sanzione* (si pensi soltanto ad aggravanti come quella dell’ingente quantità di sostanze stupefacenti di cui all’art. 80 t.u. stup., o per converso alle numerose circostanze – o fattispecie autonome, come nel caso dell’art. 73 co. 5 t.u. stup. – fondate sulla *lieve entità* del fatto, che determinano modificazioni anche drammatiche dei limiti edittali rispetto alla pena prevista per il delitto base), ma anche ai fini della decisione sull’*an* della sanzione penale stessa, come dimostra l’art. 131-*bis* c.p., concernente la «particolare tenuità del fatto».

---

<sup>68</sup> E. LUPO, *La primauté*, 11 s.

<sup>69</sup> E. LUPO, *La primauté*, 6, il quale ritiene che in questa situazione il giudice non possa procedere alla disapplicazione, e che sia invece necessario un intervento del legislatore volto ad armonizzare la disciplina italiana con gli obblighi derivanti dal diritto UE.

Né costituisce una novità che da simili apprezzamenti sulla gravità del fatto dipenda la durata del termine prescrizionale, come proprio la disciplina in materia di stupefacenti dimostra: inquadrare un fatto come reato ai sensi del *primo* comma dell'art. 73 t.u. stup. ovvero ai sensi del *quinto* comma della medesima disposizione, in relazione soltanto alla maggiore o minore gravità del fatto (senza che le norme in questione offrano alcun criterio ulteriore al giudice!), può determinare il passaggio da un termine prescrizionale base di *venti* anni a uno di *sei* anni. Nulla di strano – né di eversivo, a meno di non considerare eversiva anche la vigente disciplina dell'art. 73 t.u. stup. – accadrebbe pertanto ove il giudice fosse chiamato, ora, a stabilire la durata massima del termine prescrizionale tenendo conto della gravità in concreto della frode contro le finanze UE<sup>70</sup>.

Quanto poi al requisito del «numero rilevante di casi», esso sconta indubbiamente il difetto originario – sul quale probabilmente i giudici di Lussemburgo non hanno a sufficienza riflettuto – di non tenere nel debito conto i *limiti dei poteri istruttori del singolo giudice*, il cui orizzonte conoscitivo, in difetto almeno di dati statistici affidabili che possano essere acquisiti nel contraddittorio tra le parti, è *necessariamente limitato ai fatti di causa*, e non può certo essere integrato mediante un disinvoltato richiamo alle proprie personali conoscenze ed esperienze (o impressioni), né ad altrettanto disinvolto richiami al «fatto notorio» – classico argomento per sottrarsi all'onere (e alle fatiche) della prova, nei cui confronti è doveroso nutrire un giusto sospetto<sup>71</sup>. E tuttavia, proprio vicende come quella sottoposta all'esame dei giudici milanesi *a quibus* dimostrano come, talvolta, siano *gli stessi fatti di causa* a evidenziare come un *rilevante numero di frodi*, commesse serialmente dai medesimi imputati, rischino di sfuggire alle maglie della repressione penale grazie agli attuali meccanismi di calcolo della prescrizione; con conseguente raggiungimento, nel caso concreto, della prova del requisito in parola.

Non si tratta affatto – si noti – di una valutazione di politica criminale affidata al giudice<sup>72</sup>, il quale non è chiamato qui ad alcuna valutazione comparativa sui benefici e costi della pena, sul suo impatto sui diritti fondamentali della persona, sull'esistenza di possibili strategie san-

<sup>70</sup> Nel senso dell'insussistenza del requisito nel caso concreto (rispetto a cui il giudice di merito aveva del resto escluso l'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p.), cfr. Cass., sez. IV, sent. 25 gennaio 2016, n. 7914, cit.

<sup>71</sup> Sempre attuale in proposito l'insegnamento del grande Calamandrei, che citava a sua volta un passo della Glossa, nella quale si confessava apertamente che «*quotidie de notorio loquimur, quid autem sit ignoramus*» (P. CALAMANDREI, *Per la definizione del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1925 (poi ripubblicato in *Studi*, vol. II, 289).

<sup>72</sup> Così, invece, V. MANES, *La «svolta»* Taricco, 9 s.

zionatorie alternative, etc. – valutazioni tutte che restano doverosamente affidate al legislatore, il quale del resto ha *già* deciso, in Italia, che le frodi in materia di IVA debbono essere penalmente sanzionate –; bensì, semplicemente, di una valutazione (che giustamente la Corte di giustizia si è astenuta dal compiere direttamente, non avendo essa stessa i necessari strumenti istruttori) sull'effetto in termini di *impunità di un «numero rilevante di frodi»* determinato dalla vigente disciplina sull'interruzione della prescrizione; effetto che, se sussistente, si porrebbe in diametrico contrasto con gli obblighi derivanti dal diritto UE.

Se il giudice penale, sulla base dell'istruttoria esperita, non riterrà raggiunta la prova di questo requisito – e pertanto non sia in grado di affermare che la disciplina di cui agli artt. 160 e 161 c.p. determini un effetto pratico incompatibile con gli obblighi UE – la soluzione sarà per lui semplice e piana, senza scomodare alcun controlimite: le disposizioni in parola andranno applicate nel caso di specie, e l'imputato dovrà essere prosciolto.

## 6. *Conclusioni*

La soluzione che ho tentato ora di proporre, in alternativa rispetto a quella (prevedibile) di accoglimento da cui hanno preso le mosse queste considerazioni, non solo eviterebbe i costi – sul fronte europeo ed interno – sui quali mi sono all'inizio soffermato, ma risulterebbe altresì del tutto plausibile sul piano dei principi e della sostanza delle garanzie, individuali e collettive, di cui i nostri giudici costituzionali sono tutori; e non spalancherebbe affatto gli inquietanti scenari applicativi disegnati dalla gran parte della dottrina che è sì è sinora espressa sulla questione<sup>73</sup>.

Tutti siamo d'accordo, s'intende, che sarebbe il legislatore a dover intervenire, attraverso un sapiente intervento di riforma della prescrizione; ma le difficoltà di un simile intervento non possono essere a buon mercato sottovalutate, come dimostrano già le varie autorevoli voci che si stanno levando *contro* ogni ipotesi di allungamento o di ristrutturazione dei termini prescrizionali.

Nel frattempo, però, la Corte costituzionale è *già oggi* confrontata con un delicatissimo dilemma, al quale non può sottrarsi: partire lancia in resta contro le istituzioni europee azionando per la prima volta l'arma dei controlimiti – e superando così, sulla destra, la stessa Corte costituzionale tedesca, oltre che quella spagnola –; *ovvero* trovare qualche soluzione di compromesso che consenta, sull'esempio di quelle stesse corti,

---

<sup>73</sup> Sostanzialmente nello stesso senso anche M. BIGNAMI, *Casi critici*, cit., § 4.

di non aprire scenari di scontro dagli esiti incerti, ma certamente forieri di ulteriori reazioni di rigetto da parte di altre corti costituzionali e supreme rispetto al grande progetto di integrazione europea (anche sul fronte giuridico).

La mia ferma opinione è che la strada di un ragionevole compromesso debba essere oggi l'obiettivo, comunque la si voglia perseguire. Le società europee si debbono misurare oggi con sfide criminali senza precedenti, lanciate su scala transnazionale se non addirittura globale, di cui il terrorismo di matrice islamica rappresenta soltanto la manifestazione più appariscente. Simili sfide richiamano qualsiasi persona di buon senso alla necessità di una risposta *comune*, a livello – almeno europeo –, articolata entro i canali dello Stato di diritto, e in particolare entro i confini segnati dal rispetto dei diritti fondamentali della persona; e ciò secondo standard che, a loro volta, non potranno che essere definiti in maniera *comune*, ad evitare che il funzionamento del sistema di contrasto possa incepparsi per effetto delle resistenze opposte da questa o quella peculiare tradizione giuridica.

Rispetto a un simile scenario, ciascuno Stato potrà certo rivendicare il diritto di opporsi a pretese punitive che contrastino frontalmente con quella che la Corte costituzionale tedesca chiama la *Verfassungsideutität* di ogni Stato, che comprende quel nucleo minimo di valori così profondamente radicati nelle tradizioni e nella storia di ciascuna comunità, senza i quali lo Stato nel quale quella comunità è organizzata perderebbe la propria stessa ragion d'essere. Penso a questioni come il rifiuto radicale della pena di morte e della tortura, che fanno parte ormai del DNA dell'Europa contemporanea, ancorché la comunità internazionale nel suo complesso sia ben lungi dall'aver raggiunto un consenso unanime su questi temi. Ma mi parrebbe quanto meno stravagante voler considerare parte integrante dell'«identità costituzionale» italiana, e come tale da difendere contro l'Europa, costi quel che costi, il diritto dello Stato italiano di violare i propri obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione garantendo la sistematica impunità degli autori di gravi frodi fiscali, ovvero il diritto di quegli stessi evasori – non riconosciuto, a mia scienza, da alcuno degli ordinamenti che ci circondano – di calcolare in anticipo dopo quanto tempo sarà finalmente garantita loro l'impunità.

FRANCESCO PALAZZO

ARMONIZZAZIONE EUROPEA  
E COSTITUZIONALISMO PENALE  
TRA DIRITTO E POLITICA

SOMMARIO: 1. I «controlimiti»: un tema... imbarazzante. – 2. Esistono ancora i controlimiti? – 3. (*Segue*) Il contesto socio-politico e la concezione difensiva ovvero dinamica dei controlimiti. – 4. Cosa sono i controlimiti? – 5. (*Segue*) Un'esemplificazione. – 6. Come operano i controlimiti? – 7. Tre considerazioni riassuntive.

1. *I «controlimiti»: un tema... imbarazzante*

A costo di peccare di eccessivo personalismo, non posso tacere qualche motivo di imbarazzo in cui mi trovo nell'affrontare il tema assegnatomi dagli illustri amici che hanno organizzato questo convegno ferrarese sui cosiddetti «controlimiti» al diritto dell'Unione europea, affettuosamente sordi alle mie motivate resistenze.

Il primo motivo d'imbarazzo nasce dalla grande distanza esistente tra la natura del tema e le mie personali competenze specifiche. Difficile negare, infatti, che quello dei controlimiti è un argomento che reclama competenze essenzialmente costituzionalistiche e internazionalistiche; e anche quando viene affrontato da penalisti, si tratta solitamente di studiosi specialisti del «diritto penale europeo», cioè di un'area disciplinare le cui peculiarità sono ormai tali da esigere una cura costante se non addirittura esclusiva, diversamente dalla sporadicità con cui il sottoscritto si è invece avvicinato a questo complesso e ormai vasto orizzonte tematico.

Il secondo motivo d'imbarazzo è più oggettivamente radicato nel carattere di questo nostro tema dei controlimiti: tema intrinsecamente sfuggente, refrattario ad una trattazione condotta con criteri rigorosamente concettualistici e geometrici ed esigente, invece, un approccio ispirato primariamente ad una grande «sensibilità» (politica?) aperta a percepire anche il «clima» generale storico-politico in cui attualmente si trova il grande processo dell'armonizzazione europea. E, a quest'ultimo proposito, forse qualcuno potrebbe osservare che tale sensibilità può essere presente in misura più accentuata proprio in chi osserva più distaccatamente



il processo di europeizzazione del diritto, piuttosto che in chi si sia convinto – quasi per abito professionale troppo specialistico – che il corso della storia giuridica sia ineluttabilmente e quasi fatalisticamente quello della crescente europeizzazione.

Infine, per chi voglia affrontare con spirito scientificamente distaccato il tema dei controlimiti, imbarazzante – almeno per lo scrivente – è il fatto che esso stia diventando un campo di scontro. Su questo terreno, infatti, si danno battaglia non solo europeisti e antieuropeisti più o meno viscerali, ma si fronteggiano anche i garantisti della riserva di legge a tutti i costi e i fautori di un diritto – anche penale – diversificato nelle fonti e in buona misura «giurisdizionalizzato»; i conservatori, nostalgici della vecchia legalità nazionale, e i progressisti, delusi da un diritto penale inefficiente, incapace di uscire dalle pastoie di un ingranaggio bloccato come il nostro. Questa diversità di vedute rischia di acutizzarsi e degenerare allorché la contrapposizione finisce per alimentare la conflittualità tra avvocatura, generalmente ostile all'invadenza del diritto eurounitario, e la magistratura, la quale più che assecondarne la penetrazione nel diritto interno vede potenziato il suo ruolo interpretativo dal pluralismo delle fonti e dalla necessità di governare i loro complessi rapporti. Di questo alone polemico, di questi condizionamenti culturali o professionali occorre assolutamente liberarci se vogliamo affrontare con obiettività un tornante davvero delicatissimo della storia del nostro diritto penale, qual è quello su cui ci ha pericolosamente posto in particolare la famosa sentenza *Taricco* della Corte di giustizia.

Superato in qualche modo l'imbarazzo, articolerò il mio discorso su tre grandi interrogativi: esistono, o esistono ancora, i controlimiti o sono un fantasma privo di reale corporeità? Ammesso che esistano, cosa sono, qual è la loro natura e il loro contenuto concettuale? Quali sono le modalità, i processi attraverso i quali essi sono suscettibili di operare, specie nel diritto penale? La forma interrogativa vuole essere non tanto un espediente retorico quanto piuttosto un modo per sottolineare la convinzione che si tratta di quesiti destinati probabilmente a non trovare facilmente una risposta definitiva.

## 2. *Esistono ancora i controlimiti?*

Dunque, esistono, o esistono ancora, i controlimiti? Certo, fino a ieri, fino a qualche anno fa la loro esistenza sembrava avviata inesorabilmente al tramonto, come ben testimonia l'autorevole affermazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione Ernesto Lupo che, inaugurando l'anno giudiziario 2013 riteneva che la «tesi dottrinale» dei con-

trolimiti pareva «potersi ritenere ormai superata (o almeno attenuata), soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale, nel quale la stessa Corte di Lussemburgo ha elevato i diritti fondamentali a principi generali dell'ordinamento dell'Unione, assicurandone una efficace e rigorosa tutela, ma anche perché è lo stesso sistema giuridico dell'Unione nel suo complesso ad offrire agli ordinamenti nazionali crescenti garanzie relativamente alla tutela di principi e in generale dei valori costituzionali degli Stati membri».

Indubbiamente, quanto più due ordinamenti concorrenti si avvicinano nei loro principi ispiratori di fondo, tanto più l'operatività dei controlimiti è destinata a ridursi fino a non farsi più avvertire. Ma, almeno dal punto di vista logico, è difficile negarne l'esistenza muovendo dalla premessa di una concezione dualista o pluralista di coesistenza di ordinamenti giuridici diversi anche se concorrenti. E, almeno allo stato degli atti, la nostra Corte costituzionale è fermamente ancorata all'idea di una relazione dualistica per quanto riguarda i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento eurounitario. Né le loro relazioni potrebbero prescindere dall'idea dei controlimiti, facendo appello al principio della competenza rispettiva essendo comunque evidente che neppure l'attribuzione di competenze esclusive al diritto UE può impedire l'interferenza di quest'ultimo con alcuni principi nazionali tendenzialmente onnipervasivi. D'altra parte, il superamento della concezione dualistica sembra davvero di là da venire: oggi, in particolare, inerparsi sulla via della concezione monistica apparirebbe come un'inammissibile forzatura dal punto di vista politico.

Se l'idea dei controlimiti nell'ambito dei rapporti tra Unione europea e ordinamenti nazionali desta reazioni e diffidenze, essi invece sono maneggiati senza soverchie esitazioni nei rapporti tra altri ordinamenti: a conferma, da un lato, che i controlimiti sono logicamente impliciti nella dinamica di relazioni tra differenti ordinamenti e che, dall'altro, la loro concreta operatività è una questione che risente di evidenti condizionamenti politico-culturali. Di controlimiti in effetti si parla a proposito, ad esempio, delle norme concordatarie e delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto. E anche la stessa Unione europea ha fatto valere i propri controlimiti di fronte ad atti normativi dell'ONU.

Ammessa l'imprescindibilità logica dei controlimiti, non c'è dubbio che la loro operatività pratica si riduce mano a mano che l'UE sviluppa i diritti fondamentali all'interno del proprio ordinamento, quali *autolimiti* della propria produzione normativa. Tuttavia, vanno fatte al riguardo alcune considerazioni alla luce delle quali non sembra possibile – allo stato – pensare ad una definitiva archiviazione, addirittura teorica, dei contro-

limiti come categoria ormai estranea alla dinamica dei rapporti tra ordinamenti europeo e nazionale.

Proprio lo sviluppo dei diritti fondamentali come limiti *intrinseci, propri* dello stesso ordinamento europeo, proprio nel momento in cui riduce la «necessità» di fare ricorso ai controlimiti nazionali, non può che rendere nel contempo questi ultimi meno temibili per l'integrazione europea in quanto destinati ad assumere un ruolo davvero residuale ed eccezionale. Certo, divenuti eccezionali, la loro attivazione da parte della giurisdizione nazionale assumerebbe un carattere politicamente ancor più dirompente. Ma questo genere di preoccupazioni non potrebbe neutralizzare più di tanto l'esigenza costituzionale di opporre il controlimite. Senza contare, poi, che anche dal punto di vista della «politica degli ordinamenti» è preferibile lo «scandalo» dell'attivazione isolata ed episodica di un controlimite piuttosto che l'accumularsi di uno scontento più o meno silenzioso ma suscettibile di esplodere alla fine in reazioni più dirompenti.

Va inoltre notato che i diritti fondamentali di matrice eurounitaria, a prescindere dal loro catalogo che è indubbiamente vasto e dettagliato, hanno però un'intonazione assiologica – per così dire – loro propria e peculiare: nati per controbilanciare e rendere alla fine accettabile l'impostazione marcatamente economica della Comunità europea, solo da poco tempo divengono elementi realmente identificativi dell'Unione, conservando però una loro flessibilità potenzialmente aperta a bilanciamenti (se non addirittura a «smentite») più vistosi di quelli riscontrabili nei diritti praticati in ambito CEDU.

V'è poi un'ulteriore ragione per cui i diritti fondamentali non riescono sempre ad avvicinare l'ordinamento eurounitario a quelli nazionali fino al punto da escludere in radice l'eventuale operatività dei controlimiti. In molti Paesi europei, tra cui il nostro, i diritti – dopo essersi consolidati – hanno subito o stanno subendo un processo di forte estremizzazione: basti pensare, ad esempio, alle pretese sempre più larghe che il diritto alla «genitorialità» pone agli Stati o quanto meno alle loro forze politiche. Ebbene, è facile comprendere che il processo di estremizzazione dei diritti non unisce ma piuttosto divarica i diversi Paesi, che non solo lo vivono in misura molto differenziata ma spesso anche tra forti tensioni reattive. Il tema è vasto e impegnativo, poiché rimanda all'interna tensione propria della vita dei diritti tra universalismo e particolarismo. Qui sia sufficiente averne accennato al solo fine di sottolineare come, rispetto almeno a taluni diritti fondamentali, è tutt'altro che scontata la loro identità di contenuto nelle affermazioni eurounitarie e nel loro sviluppo nazionale.

Infine, è ben noto che i controlimiti non si esauriscono nei diritti fondamentali (con il consequenziale avvicinamento tra *controlimiti* nazionali e *autolimiti* europei), ma s'identificano anche con i principi supremi dell'ordinamento costitutivi dell'identità costituzionale dello Stato. Ben si comprende come questa nozione dell'«identità costituzionale» dello Stato sia un'idea fortemente «compromessa» in ragione del sospetto di nazionalismo che essa suscita, oltre che a causa della sua consistenza fortemente sfuggente. Ma è anche vero che l'identità costituzionale degli Stati sembra essere implicitamente presupposta dall'art. 4.2 del TUE, che in verità ne impone il rispetto prima di tutto alle stesse istituzioni europee. Senonché non è realisticamente pensabile che l'apprezzabile processo di progressiva *autolimitazione* della produzione normativa eurounitaria arrivi fino al punto di espropriare gli Stati del compito di tutelare la loro identità costituzionale, delegandone l'osservanza – per quanto riguarda, s'intende, i rapporti con l'ordinamento UE – esclusivamente agli organi dell'Unione.

Proprio la legalità penale offre un buon esempio di come l'ingresso dei principi supremi dell'ordinamento possa rivitalizzare la categoria dei controlimiti nonostante la crescente *autolimitazione* che l'Unione si è data attraverso i diritti fondamentali. Nonostante tutto, infatti, la legalità penale non costituisce solo un diritto fondamentale di garanzia per l'individuo ben sviluppato ormai nell'ordinamento europeo. Ma, nella misura in cui esso prescrive qualcosa di essenziale anche sul piano della distribuzione del potere normativo penale tra diversi organi costituzionali, tale principio contribuisce a connotare una determinata forma di governo e di Stato.

### 3. *(Segue) Il contesto socio-politico e la concezione difensiva ovvero dinamica dei controlimiti*

Già s'è detto che, se l'esistenza dei controlimiti pare essere logicamente implicita nella concorrenza di due (o più) ordinamenti distinti, la loro pratica operatività dipende in buona misura anche dalla situazione di generale contesto sociale e politico. Ebbene, purtroppo è difficile negare che l'attuale situazione sia favorevole al riaccendersi di tendenze isolazioniste e dunque all'operatività dei controlimiti in casi estremi.

Lasciamo da parte le diffuse reazioni d'insofferenza generate da una produzione giuridica europea poco attenta alle grandi differenze socio-economiche esistenti tra i vari Stati. È piuttosto il clima di grande insicurezza e finanche di paura che incombe su molti Stati, specialmente scossi da crisi economiche ma anche morali e da ondate di violenza terroristica

difficilmente decifrabile, a produrre tendenze isolazioniste e autarchiche. Si comprende certamente che, di fronte a questi fattori di crisi transnazionali, la risposta più razionale non può che essere cooperativa e coordinata proprio per il carattere transnazionale dei fenomeni di crisi. Ma l'incombere dell'insicurezza e della paura ingenera nel contempo una sorta di diffidenza verso le soluzioni comuni nella convinzione che ciascuno debba alla fine provvedere per se stesso, che ciascuno possa agire meglio e più incisivamente quanto più opera nella consapevolezza e per la cura specifica dei problemi che maggiormente lo attanagliano (quasi, insomma, un clima da «ognun per sé...»). Si produce così un senso di sfiducia e insoddisfazione rispetto alle soluzioni unitarie, che a sua volta alimenta un clima politico-culturale favorevole all'idea dei controlimiti.

Il discorso sui controlimiti nei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'Unione europea viene spesso presentato e svolto nei termini di una *teoria*: la *teoria*, appunto, dei controlimiti. Ebbene, è un uso terminologico che non mi pare felice e che vorrei dunque evitare per due ragioni. In primo luogo, parlare di una «teoria» dei controlimiti può dare l'idea che si tratti di una costruzione teorica, prodotta dalla scienza giuridica, e come tale ipotetica: nel senso, cioè, che l'esistenza dei controlimiti viene assunta come risultato di un discorso scientifico che, come tale, potrebbe anche essere contrastato o addirittura contraddetto da un discorso diverso ma di pari dignità in quanto entrambi coesistenti nel campo dell'opinabilità propria della scienza giuridica. Ebbene, i controlimiti, più che essere il prodotto di un'elaborazione teorica, costituiscono un dato dell'esperienza giuridica e più precisamente normativa, non solo perché logicamente conseguenti alla coesistenza di ordinamenti diversi ma tra loro interferenti, ma anche e ancor prima perché enunciati dall'art. 4.2 TUE.

In secondo luogo, l'utilizzazione dell'espressione «teoria» dei controlimiti mi pare infelice perché richiama l'idea di un qualcosa di rigidamente confezionato e logicamente predeterminato nella sua consistenza concettuale: quasi che i controlimiti fossero lì pronti a scattare secondo gli automatismi propri di una tagliola. E non è così perché non solo i controlimiti sono il risultato di un processo dinamico condizionato da molteplici fattori storicamente mutevoli, ma anche perché la concreta loro operatività non è meno condizionata dallo stato di salute in cui versano i rapporti politico-culturali tra Europa e Stati nella tensione tra forze centripete e forze centrifughe.

Qui basti brevemente dire che la visione che si può avere e praticare dei controlimiti è duplice. Da un lato, ci si può irrigidire in una visione *difensiva* dei controlimiti, azionandoli come una chiusura netta nei con-

fronti della penetrazione e della primazia del diritto europeo e secondo un rapporto sostanzialmente polemico con l'UE. Dall'altro lato, si può mantenere una visione *dinamica* dei controlimiti, nel senso di ricorrere ad essi solo in casi estremi in cui è messa in dubbio l'identità costituzionale dello Stato. E nel senso, soprattutto, che quando essi dovessero operare l'intento non sarebbe solo quello di garantire l'identità costituzionale ma anche quello di dialogare con l'ordinamento UE, costituendo la ragionevole e ponderata attivazione dei controlimiti, o anche solo la prospettiva della loro possibile attivazione, un fattore di evoluzione progressiva dello stesso ordinamento europeo in modo da potenziarne le virtù di armonizzazione proprio nella misura in cui sia pronto a recepire le ragioni del *non possumus* ragionevole e meditato degli ordinamenti nazionali.

Mutuando la similitudine dalla meccanica, si potrebbe dire che i controlimiti possono essere concepiti a somiglianza delle valvole a fungo ovvero delle valvole a farfalla. Entrambi i tipi di valvola sono deputati a mettere in comunicazione e a regolare il flusso reciproco tra due masse liquide o gassose comunicanti, variando l'intensità rispettiva del passaggio dell'una verso l'altra. Sennonché, la valvola a fungo, nel momento in cui entra in funzione, non ha alternative: o apre o chiude il flusso rispettivo delle due diverse masse. Al contrario, la valvola a farfalla è in grado certo di chiudere ma, quando non è chiusa, è anche in grado di graduare il flusso rispettivo delle due masse alla ricerca del miglior risultato di omeostasi tra loro. Ebbene la concezione difensiva dei controlimiti imita il funzionamento della valvola a fungo, mentre la concezione dinamica replica il funzionamento della valvola a farfalla. Non esiterei a dire che la concezione dinamica dei controlimiti è quella che, mentre al bisogno sa anche difendere l'identità costituzionale degli Stati, è nondimeno in grado di assicurare il reciproco avvicinamento dei due ordinamenti in una prospettiva di reale armonizzazione che sappia evitare il rischio della prevaricazione e delle conseguenti probabili reazioni di chiusura.

#### 4. Cosa sono i controlimiti?

Che cosa sono i controlimiti, quali sono le loro caratteristiche fondamentali? Qualche indicazione è in parte già venuta dalla risposta al primo quesito di cui ci siamo occupati.

In via preliminare, non si può fare a meno di notare che essi sono evidentemente di creazione giurisprudenziale, da parte della Corte costituzionale in prevalenza ma senza poter escludere a priori che alla loro fi-

sionomia possano concorrere anche i giudici comuni. Ebbene, questa ovvia constatazione dovrebbe indurre una certa cautela nell'invocare e maneggiare i controlimiti. E la cautela dovrebbe essere – per coerenza – specialmente esercitata da coloro che si fanno paladini più o meno vivaci dei controlimiti in ragione essenzialmente del principio di legalità in materia penale. Infatti, proprio per essere essi di creazione giurisprudenziale, l'uso poco sorvegliato dei controlimiti contribuirebbe in modo rilevante a trasferire nelle mani del potere giudiziario un compito così delicato come quello di tratteggiare le linee fondamentali della politica europea del Paese e di governare la conseguente responsabilità internazionale dello Stato.

Ciò premesso, è indubbio che i controlimiti sono realtà per così dire molto *mobili*, almeno per due ragioni.

In primo luogo, essi hanno una loro naturale tendenza espansiva ben visibile nel nostro specifico campo di materia. Tradizionalmente, com'è noto, i controlimiti sono identificati coi diritti fondamentali e coi principi supremi dell'ordinamento. A parte la connaturale difficoltà di identificazione di questi ultimi, solitamente individuati davvero in ben poca cosa dal punto di vista numerico, non si può affatto escludere che a contatto con la nostra materia i controlimiti subiscano un processo incrementale in ragione del fatto che la *fisionomia costituzionale* del diritto penale non può essere interamente delineata dai diritti fondamentali.

Certamente, la grande stagione del nostro costituzionalismo penale non riuscì – forse vantaggiosamente – a espropriare del tutto la politica criminale, nel senso cioè che i principi costituzionali penali si sono ormai assestati su un piano di equilibrio con la discrezionalità politica del legislatore, senza ad esempio pervenire ad un irrigidimento dei confini della legittima tutela penale lungo le linee esclusive di una tavola di valori e interessi assolutamente predeterminata e invalicabile. Vero ciò, è anche vero però che il costituzionalismo penale ha prodotto alcuni frutti significativi che, pur essendo specificamente «penalistici», sono però espressione della nostra identità costituzionale in quanto risultato del processo storico-culturale della nostra civilizzazione giuridica, così da dover essere considerati in qualche modo non negoziabili e per così dire senza ritorno. Potremmo forse concepire oggi un diritto penale che abbandonasse o solo si allontanasse dalla colpevolezza e dal finalismo rieducativo? Per citare *pour cause* due principi cui invece l'ordinamento eurounitario sembra essere davvero poco sensibile.

È un fatto poi che – proprio in ragione di quanto or ora osservato – i controlimiti, specie nella forma dei principi supremi, subiscono un positivo processo di precisazione e concretizzazione della loro fisionomia

nel venire a contatto con la materia penale e coi frutti migliori del costituzionalismo penale. Aggiungerei inoltre che la consapevolezza storica di chi ha vissuto la stagione del costituzionalismo penale, con le sue difficoltà, le sue delusioni ma anche la soddisfazione di essere in qualche modo riusciti ad affrancare un sistema penale da quell'impronta autoritaria che il sempiterno codice fascista v'imprimeva, una simile consapevolezza storica, dicevo, non può che erigere argini a un certo disinvolto entusiasmo con cui si guarda all'europesismo senza saper discernere il (molto) grano dal (poco) loglio. Non è questo il senso più profondo di quelle «tradizioni costituzionali» nazionali di cui parla l'art. 4.2 TUE?

### 5. (Segue) Un'esemplificazione

D'altra parte, nonostante le frizioni innescate dai controlimiti, la loro concezione dinamica consente di tenere in equilibrio i due ordinamenti anche sul piano «sensibile» dei supremi principi del nostro diritto penale. E questa salutare possibilità di equilibrio, dinamico più che instabile, è assicurata più che dal bilanciamento tra valori ed esigenze diverse, dalla stessa relativa indeterminatezza normativa con cui quei principi supremi vivono nella concretezza storica. Facciamo due soli esempi, ma che paiono essere estremamente significativi per la posta che mettono in gioco.

Il primo esempio riguarda la pena. L'affermazione tralatizia nella giurisprudenza della Corte di giustizia di pene «proporzionate, dissuasive ed efficaci» è del tutto conforme con i principi espressi in proposito dalla Carta di Nizza, ma risulta molto unilaterale rispetto alla crescente assolutizzazione con cui la Corte costituzionale coltiva il nostro principio rieducativo. Difficile negare che, se non è varcata la soglia della incompatibilità, certo l'orientamento di fondo delle due enunciazioni di principio è divergente. Ma ciò nonostante i due ordinamenti continuano al riguardo a coesistere senza che scatti la chiusura della valvola a fungo, ma mantenendosi aperta la comunicazione della valvola a farfalla. E ciò è possibile in ragione della indeterminatezza contenutistica dei due rispettivi principi a contatto. E così, infatti, mentre il principio europeo *non esclude* la componente rieducativa che l'ordinamento italiano intende assicurare in ogni trattamento sanzionatorio penale, il principio italiano *non esclude* certo da parte sua la massimizzazione dell'efficacia dissuasiva della pena. Ma cosa succederebbe se un domani, in nome del potenziamento di un'*esclusiva* efficacia dissuasiva della pena, l'Europa ci chiedesse di sottrarre taluni reati alle misure alternative? Lo Stato italiano potrebbe dichiararsi



disponibile a seguire ciecamente le prescrizioni europee in quella delicatissima materia costituita dalle eccezioni al principio rieducativo, su cui si esercita forse la più sofferta discrezionalità del legislatore nazionale?

L'equilibrio tra i due ordinamenti si regge fino a che perdurano condizioni accettabili di omeostasi, garantite dalla ragionevolezza non prevaricatrice delle parti in causa. E tali condizioni consentono che la valvola a farfalla resti aperta. Quando invece la pressione del flusso da una delle due parti dovesse diventare esorbitante e insopportabile anche la valvola a farfalla finirà per chiudersi.

L'altro esempio è quello della legalità, al centro delle maggiori tensioni e di non poche polemiche. La legalità penale dovrebbe logicamente costituire il controlimito per eccellenza, chiamato ad operare in tutti i casi in cui la demolizione della disciplina interna – per disapplicazione se non anche per interpretazione conforme – ad opera della norma europea finisce per consegnare nelle mani di un giudice protagonista la formulazione della *regula iuris* applicabile al caso concreto. Ma ciò che sta cambiando è proprio la fisionomia della legalità penale e sta cambiando proprio ad opera dell'esperienza giuridica europea. La legalità penale, infatti, è sempre meno riserva di legge e sempre più conoscibilità del precetto e prevedibilità delle conseguenze giuridiche. Questa accezione diversa della legalità è stata fatta propria dalla Cassazione (sez. III, n. 2210, dep. 20 gennaio 2016) allorché è stata chiamata a dare attuazione alla famosa sentenza *Taricco* della Corte di giustizia. Al di là della correttezza o meno dell'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione e della sua «competenza» a riformulare un parametro costituzionale di tale fatta in modo fortemente difforme dalla tradizione, la vicenda è esemplare. E lo è perché dimostra come l'operatività dei controlimiti, lungi dall'essere qualcosa di automatico e meccanicistico, è condizionata dalla duttilità contenutistica degli stessi controlimiti: una duttilità che, entro un certo margine di ragionevolezza comunque variabili, dipende anche dall'influenza che l'esperienza giuridica europea può su di essi esercitare.

La legalità penale è oggi a un bivio: la sua operatività come controlimito dipende in buona misura da quale delle due accezioni prevarrà nell'esperienza giuridica non solo europea ma anche dei vari Stati, secondo un moto di reciproca influenza reso possibile finché resta aperta la valvola a farfalla.

La seconda caratteristica del controlimito, che contribuisce a renderne possibile il funzionamento ragionevole, non meccanicistico e in fondo compatibile con la coesistenza tra ordinamenti diversi, è la possibilità di sottoporli a bilanciamento. Nonostante, infatti, la loro apparente absolutezza e «non negoziabilità», la Corte costituzionale ha sempre af-

fermato la possibilità del loro bilanciamento con esigenze certamente riconosciute dalla Costituzione. E niente esclude dunque che i controlimiti siano, a certe condizioni, bilanciabili con le legittime pretese che c'indirizza l'Europa. La bilanciabilità dei controlimiti comporta due conseguenze di grande interesse.

Da un lato, la flessibilità che i controlimiti rivelano attraverso il bilanciamento può contribuire a renderli politicamente più accettabili nella dimensione europea in quanto strutturalmente e funzionalmente diversi da barriere rigide ed invalicabili. Dall'altro, la possibilità del bilanciamento apre uno spazio di discrezionalità per il legislatore nazionale, che certo può attenuare l'efficacia armonizzatrice della normativa europea dando luogo a soluzioni differenziate proprio in ragione dei diversi bilanciamenti effettuati dai vari Stati. Ma non è proprio questo «margine di apprezzamento» implicito nel bilanciamento che garantisce la possibilità di *ordinare il molteplice* secondo il mai dimenticato monito di Mireille Delmas-Marty?

#### 6. *Come operano i controlimiti?*

Come operano i controlimiti? Ecco il terzo ed ultimo quesito che ci eravamo proposti e al quale già qualche parziale risposta è stata data con le precedenti considerazioni. Precisiamo ora che i controlimiti operano evidentemente nel momento in cui la norma di produzione europea «penetra» nell'ordinamento interno con la sua efficacia armonizzatrice. Le vie di penetrazione sono sostanzialmente due e l'eventuale operatività dei controlimiti è ben diversa nell'una e nell'altra: esse sono la via *legislativa* e la via *giudiziaria*.

Quanto alla via legislativa, essa rimanda alle due ipotesi – a sua volta – dell'efficacia diretta dei regolamenti e al meccanismo della ricezione delle direttive attraverso il complesso sistema disciplinato dalle nostre c.d. leggi europee. Immaginare l'operatività dei controlimiti su questo piano legislativo sarebbe evenienza tanto traumatica quanto irrealistica. Che il giudice possa eccepire l'incompatibilità di un regolamento europeo coi principi supremi del nostro ordinamento o che il legislatore per la stessa ragione possa rifiutare la trasposizione di una direttiva in norma interna, sono situazioni che esporrebbero lo Stato italiano a una gravissima responsabilità internazionale nei confronti dell'Unione. Tanto più grave sarebbe la responsabilità dello Stato in quanto esso non abbia fatto ricorso a tutti gli strumenti a sua disposizione per opporsi alla produzione dell'atto europeo incompatibile, sia nella fase ascendente che in

quella centrale della sua formazione, fino all'attivazione del famoso «freno di emergenza».

Ben più realistica è, invece, l'operatività dei controlimiti nel momento in cui la norma europea è chiamata a influire sull'ordinamento interno per via giudiziaria. E anche qui le ipotesi in gioco sono due: quella della disapplicazione della norma interna in contrasto con la norma europea dotata di efficacia diretta, in ragione della «primazia» di quest'ultima; quella dell'interpretazione conforme della norma interna così da adeguarne il contenuto normativo alle norme e principi del diritto europeo.

Entrambe queste complesse operazioni soggiacciono a dei limiti per così dire «intrinseci»: rimessi nelle mani del giudice, hanno già essi stessi il sapore di controlimiti nella misura in cui si pongono a ben vedere come espressione di principi fondamentali del nostro ordinamento e, più in generale, come esigenze insopprimibili nella dinamica dei due ordinamenti onde evitare di tradire completamente il principio dell'autonomia degli ordinamenti nazionali pur così solennemente enunciato nei Trattati. Vale la pena di ricordarli rapidamente, anche se si tratta di cose note.

La disapplicazione presuppone in primo luogo che il contrasto tra la norma europea e quella interna da disapplicare sia per così dire «puntuale», nel senso cioè che le due norme abbiano un grado di generalità ed astrattezza sufficientemente omogeneo, non essendo pensabile far discendere la disapplicazione da una norma eurounitaria generica o di mero scopo, tale cioè da determinare rispetto alla norma interna specifica un rapporto di «non corrispondenza» che si può collocare lungo una gamma sostanzialmente infinita di intensità.

In secondo luogo, e forse ancor più decisamente, la disapplicazione presuppone che la disciplina interna, risultante applicabile a seguito della disapplicazione della norma incompatibile, sia facilmente individuabile nell'ordinamento interno attraverso i normali strumenti interpretativi; sia insomma, per così dire, «a portata di mano» del giudice senza costringerlo a operazioni di individuazione e ricostruzione della disciplina che implicino opzioni paralegislative. È ovvio, infatti, che una siffatta attività giudiziale non ha niente in comune con la normale componente «discrezionale» dell'attività interpretativa del giudice.

La Corte di giustizia non può imporre la disapplicazione in violazione di questi limiti intrinseci. Se così facesse, essa finirebbe non solo e non tanto per forzare l'efficacia armonizzatrice delle norme europee oltre il limite dell'autonomia degli Stati, ma anche e soprattutto per pregiudicare in qualche modo la stessa efficacia armonizzatrice del diritto europeo. L'attuazione di quest'ultimo infatti finirebbe per essere consegnata in misura insopportabile alla discrezionalità del giudice, non già quella fi-

siologicamente insita in qualunque attività interpretativa ma una discrezionalità propria di opzioni paralegislative. Con quali effetti sui risultati di armonizzazione è difficile dire.

L'interpretazione conforme, per parte sua, sembrerebbe meno esposta a questo genere di dubbi e perplessità, nella misura in cui essa – almeno in teoria – si mantiene nell'alveo appunto dell'attività interpretativa. Sennonché, a parte il fatto che il suo contenimento nel quadro del fenomeno interpretativo è assicurato solo dal limite linguistico del testo legislativo con tutta la conseguente «inaffidabilità» di questo vincolo, proprio Alessandro Bernardi ha dimostrato con grande dovizia argomentativa la complessità dell'interpretazione conforme al diritto europeo. Una complessità, discendente – ad esempio – già dalla difficoltà d'individuare i parametri europei di conformità ovvero dalla eterogeneità di formulazione esistente tra questi ultimi e le norme interne, tale insomma da rendere anche l'interpretazione conforme al diritto europeo un esercizio di attività tutt'altro che privo di componenti di larga discrezionalità giudiziale.

Al di là di questi limiti (o controlimiti?) impliciti nella disapplicazione e nell'interpretazione conforme sarebbe estremamente imprudente rimettere nelle mani del giudice *comune* anche l'operatività degli eventuali controlimiti costituiti dai diritti fondamentali e dai principi supremi dell'ordinamento. Premesso, infatti, che l'opposizione dei controlimiti fa comunque scattare la responsabilità internazionale dello Stato, sarebbe una grave distorsione addirittura della nostra forma di Stato e di governo se la responsabilità internazionale dello Stato per l'attuazione del diritto eurounitario venisse rimessa alle decisioni, molteplici e diverse, dei tanti giudici comuni. Troppo alta è la duttilità dei controlimiti per escludere che una loro operatività «diffusa» tra i giudici comuni crei situazioni di insopportabile fluidità e incertezza nei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno, che neppure la nomofilachia della Corte di cassazione sarebbe in grado di evitare. Una duttilità peraltro congenita nei controlimiti e derivante, come s'è visto, dalla difficoltà della loro identificazione contenutistica, dal condizionamento su di essi esercitato dal contesto storico-politico e culturale, dalla possibilità del loro bilanciamento.

Dunque solo la Corte costituzionale può disporre dei controlimiti e della possibilità di opporli all'Unione europea. Cosa significa ciò in concreto?

Dalla parte dei giudici comuni, in primo luogo, ciò significa che l'attivazione degli eventuali controlimiti verrà ovviamente e comunque a dipendere dalla loro sensibilità e propensione a sollevare la relativa questione di costituzionalità. Dunque, è facile – da un lato – che giudici «europeisti» spingano molto innanzi la disapplicazione e l'interpretazione

conforme evitando così di sollevare la questione di costituzionalità per l'eventuale attivazione dei controlimiti. Mentre, d'altro lato, giudici meno inclini all'«europeismo» e dunque più cauti nel maneggiare gli strumenti della disapplicazione e dell'interpretazione conforme, dovrebbero essere costretti a rivolgersi alla Corte costituzionale per ottenere eventualmente l'attivazione dei controlimiti. Quel che è certo, però, è che i giudici comuni dovrebbero in ogni caso astenersi dal maneggiare essi stessi i controlimiti: nel senso cioè che, nel caso di dubbio sull'esistenza di un controlimite, non dovrebbero impegnarsi direttamente loro stessi nella previa ricostruzione del controlimite per poi valutare la non manifesta infondatezza della questione. Il controlimite, infatti, non solo è un parametro costituzionale ma è anche un parametro la cui attivazione può impegnare la responsabilità internazionale dello Stato: dunque, come del resto sottolineato da tempo dalla nostra Corte costituzionale, può essere maneggiato solo da quest'ultima. Sotto questo profilo, non pare del tutto commendevole la già citata sentenza della Cassazione (sez. III, n. 2210 del 20 gennaio 2016) con cui la Corte si è dottamente impegnata nella ricostruzione addirittura del controlimite della legalità penale, conferendo ad essa una fisionomia abbastanza lontana da quella della nostra tradizione costituzionale.

Dalla parte della Corte costituzionale, è fortemente auspicabile che essa non si sottragga al compito di assumere il governo dei controlimiti, rifugiandosi in decisioni di inammissibilità «secca» che finirebbero per scoraggiare i giudici comuni dal proporre le questioni rendendoli arbitri del rapporto tra i due ordinamenti. Naturalmente, assumere il governo dei controlimiti da parte della Corte non significa affatto aprire pericolosi fronti di tensione con l'UE: significa però che, anche se gli eventuali attriti tra i due ordinamenti dovessero essere smussati mediante qualche sforzo di interpretazione conforme o qualche aggiustamento o bilanciamento degli stessi controlimiti oppure anche mediante qualche adattamento «creativo» della disciplina interna, operazioni di tale delicatezza risulterebbero più conformi alla nostra forma di Stato e di governo se fossero effettuate dalla Corte costituzionale seppure a costo di un iniziale sovraccarico del suo lavoro.

## 7. *Tre considerazioni riassuntive*

Volendo riassumere in breve sintesi quanto siamo venuti dicendo su un tema che, a nostro avviso, esige un equilibrato distacco tanto dagli entusiasmi europeistici preconetti quanto dagli scetticismi per partito

preso, direi che tre sono le coordinate di fondo cui ispirarsi per fare un buon governo teorico e pratico dei controlimiti.

In primo luogo, occorre evitare di esorcizzarli – per così dire – mediante l'apodittica negazione della loro esistenza. Operazione questa non solo discutibile dal punto di vista teorico-concettuale, ma anche foriera di risultati pratico-empirici tutt'altro che giovevoli alla stessa vitalità dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali. Invero, una siffatta radicale sterilizzazione dei controlimiti impedirebbe loro di svolgere il prezioso ruolo di fattori di progresso dell'ordinamento europeo e di avvicinamento e armonizzazione diacronica delle due dimensioni giuridiche. Insomma, nessuna valvola regolerebbe la reciprocità dei flussi.

In secondo luogo, occorre evitare di concepire i controlimiti in chiave esclusivamente difensiva ed avere invece chiaro il ruolo dinamico che essi possono e debbono svolgere nel ridurre – finanche talvolta bloccare – la pressione europea sugli ordinamenti nazionali, rimanendo però aperti a un loro eventuale e futuro allentamento allorquando il processo di avvicinamento culturale ancor prima che giuridico tra le due dimensioni del diritto sarà più maturo. Insomma, preferire la valvola a farfalla a quella a fungo.

In terzo luogo, ma come esigenza al momento prioritaria, evitare che l'operatività dei controlimiti sia affidata alle molte mani dei giudici comuni e affidarla invece alle cure esclusive della Corte costituzionale (sulla base s'intende delle questioni sollevate in via incidentale dai giudici). È la Corte, infatti, che per le sue caratteristiche di composizione e di funzionamento si rivela più consentanea al governo di quel delicato rapporto tra politica e diritto che sottostà alla relazione dinamica tra dimensione europea e dimensione nazionale dell'attuale nostro diritto. Insomma, un unico manovratore della valvola a farfalla.



## INTERVENTI





ROBERTO BIN

TARICCO, UNA SENTENZA SBAGLIATA:  
COME VENIRNE FUORI?

SOMMARIO: 1. Effetti diretti e garanzia dei diritti. – 2. Effetti diretti, diritti e trattati. – 3. «Come la Corte ha inventato gli effetti diretti, così la Corte è libera di ridefinirli». – 4. Come può reagire la Corte costituzionale, senza ricorrere ai controlli-miti? – 5. Nel merito però la Corte di giustizia ha ragione.

1. *Effetti diretti e garanzia dei diritti*

La sentenza *Taricco* sovverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia. Lo fa con apparente *nonchalance*, con l'aria di ribadire un antico precedente, ripetuto come una sorta di mantra che rimbalza da sentenza a sentenza da tempo immemorabile.

«Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione..., detto il giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni... senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»<sup>1</sup>.

La catena dei precedenti citati si snoda per un percorso assai lungo. Si riallaccia alla sentenza *Berlusconi e altri*<sup>2</sup> e *Küçükdeveci*<sup>3</sup>, e – tramite i richiami in esse contenuti – risale alla sentenza *Simmenthal*<sup>4</sup>. Una catena lunga e robusta di sentenze «storiche», dunque: ma esse non costituiscono affatto un precedente per la sentenza attuale, anzi la smentiscono in radice.

La radice storica di questa giurisprudenza sta nella fondamentale sentenza *van Gend & Loos*<sup>5</sup>. È qui che per la prima volta la Corte di giu-

---

<sup>1</sup> Punto 49 della motivazione.

<sup>2</sup> C-387/02, C-391/02 e C-403/02, punto 72.

<sup>3</sup> C-555/07, punto 51.

<sup>4</sup> C-106/77, punto 24.

<sup>5</sup> C-26/62.

stizia elabora la dottrina degli effetti diretti. Sono cose notissime, ma merita qui riprenderle per spiegare come la sentenza *Taricco* sia in netta difformità da questi supposti «precedenti». L'ordinamento comunitario – spiega la Corte in *van Gend & Loos*<sup>6</sup> – «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei *diritti soggettivi*. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche *come contropartita di precisi obblighi* imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie». Siccome il trattato impone il divieto di introdurre dazi doganali e tasse equivalenti, «pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare... per sua natura perfettamente atto a produrre *direttamente degli effetti* sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati».

*Costa v. Enel*<sup>7</sup> non fa che ripetere il concetto, legandolo ancora all'interpretazione del trattato: «...una proibizione così formale, entrata in vigore col trattato in tutta la comunità e, di conseguenza, integrata nell'ordinamento giuridico degli stati membri, ha in questi valore imperativo e riguarda direttamente i loro cittadini ai quali attribuisce dei diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare». *Faccini Dori*<sup>8</sup> ne spiega con chiarezza la *ratio*: «evitare che uno “Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario”». Più di recente è stata la sent. *Francoovich*<sup>9</sup> a riassumere la dottrina degli effetti diretti:

31. Va innanzitutto ricordato che il trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui *il trattato espressamente li menziona*, ma anche *in relazione agli obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie* (v. sentenze 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, causa 26/62, *Racc.*, 3, e 15 luglio 1964, *Costa*, causa 6/64, 1127).

32. Va altresì ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli (v. in particolare sentenza 9 marzo 1978, *Simmmenthal*, punto 16 della motiva-

<sup>6</sup> Punto II.B (i corsivi sono ovviamente miei).

<sup>7</sup> C-6/64.

<sup>8</sup> C-91/92: la Corte cita la sent. *Marshall* (C-152/84).

<sup>9</sup> C-6/90 e C-9/90.

zione, causa 106/77, *Racc.*, 629, e sentenza 19 giugno 1990, *Factortame*, punto 19 della motivazione, causa C-213/89, *Racc.*, 1-2433).

Ecco allora che appare chiaro il compito che grava sui giudici nazionali: «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del trattato CEE, garantire la *tutela giurisdizionale spettante ai singoli* in forza delle norme di diritto comunitario aventi *efficacia diretta*»<sup>10</sup>.

Insomma, l'infinita catena dei precedenti è chiaramente ispirata all'esigenza di assicurare una *tutela diretta dei diritti dei cittadini* e, tramite il loro attivarsi, garantire anche l'effettività del diritto dell'Unione attraverso un *private enforcement*<sup>11</sup>. E come la Corte ha affermato anche nella sent. *Berlusconi e altri*<sup>12</sup>, l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a loro favore, per assicurare la tutela dei loro diritti contro il comportamento omissivo dello Stato.

## 2. Effetti diretti, diritti e trattati

È stato sostenuto, però, che questa giurisprudenza vale solo per le direttive, come appunto nel caso appena citato, non anche per le norme dei trattati: per questa ragione la Corte di giustizia eviterebbe di rispondere al giudice remittente sul punto della diretta applicabilità dall'articolo 158 della direttiva 2006/112/CE, preferendo affrontare il compito davvero impervio di ricavare una norma «chiara precisa e incondizionata» dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE<sup>13</sup>. Ma in nessuna delle sentenze della Corte di giustizia questa distinzione è avvertita: anzi, è proprio con l'attribuzione di effetti diretti alle norme dei trattati che inizia la lunga catena di precedenti che ho ricostruito in precedenza, con la puntuale e sistematica riaffermazione della imprescindibile condizione che gli effetti diretti si possono produrre soltanto a difesa dell'individuo e dei suoi diritti. Infatti, la sent. *Berlusconi e altri*, del cui precedente la sent. *Taricco* sembra voler farsi scudo manipolandone però il senso, dice proprio questo: l'art. 5 del trat-

<sup>10</sup> Sent. *Factortame*, C-213/89, punto 19, che cita come precedente recente le sent. *Ariete* (C-811/79) e *Mireco* (C-826/79).

<sup>11</sup> Su cui si veda la recente e accurata indagine di F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham UK, 2015.

<sup>12</sup> C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

<sup>13</sup> Cfr. P. FARAGUNA e P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controllimiti*, in *Dir. pen. contemp.*, 30 marzo 2016.

tato esprime la stessa esigenza per cui è stata emanata la prima direttiva del diritto societario, e impone agli Stati precisi obblighi; ma non basta a fondare la produzione di effetti diretti *in malam partem*.

Mi è stato però obiettato, in margine al Convegno, che la mia tesi è troppo radicale, perché nulla impedisce al trattato di produrre norme che vincolano e sanzionano i privati: l'esempio sarebbe il caso *Lucchini*<sup>14</sup>. Ora, è evidente che i trattati contengono norme che possono produrre effetti sui privati nel senso di restringerne la sfera giuridica e imporre loro obblighi<sup>15</sup>: i divieti di aiuti di Stato e le norme anticoncentrazione operano sicuramente in questo senso e *Lucchini* ne è un buon esempio. Ma la dottrina degli effetti diretti non c'entra in questi casi. Se la Commissione riscontra un illegittimo aiuto di Stato, inizia la procedura d'infrazione che può concludersi imponendo allo Stato l'obbligo di revocare l'aiuto al privato. Sin qui nessun «effetto diretto», è ovvio. Nel caso *Lucchini* però si è andati oltre, perché a causa dell'inerzia dello Stato e dell'imperizia dei giudici italiani si è formato un giudicato favorevole alla pretesa del privato di ottenere il contributo pubblico, nonostante l'espresso divieto da parte della Commissione. Avendo tuttavia il ministero disposto il recupero della somma versata, ecco che il Consiglio di Stato pone alla Corte di giustizia la questione della compatibilità della norma civilistica sul giudicato con l'obbligo di recupero. La Corte di giustizia risolve la questione nel senso che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva»: e sottolinea l'incompetenza del giudice nazionale a impedire l'applicazione del diritto comunitario rendendo impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario. Mai viene tirata in ballo la dottrina degli effetti diretti, che si collocano su tutt'altro piano: ossia sul piano dell'interpretazione delle disposizioni di fonte europea e della possibilità che da esse vengano tratte norme immediatamente applicabili dal giudice nazionale nel corso del giudizio instaurato davanti a lui. Il caso *Lucchini* solo in apparenza parla della *primauté* del diritto comunitario, a cui deve

---

<sup>14</sup> C-119/05.

<sup>15</sup> In particolare, per esempio, laddove si vietino discriminazioni nei rapporti di lavoro: cfr. riassuntivamente la giurisprudenza citata da R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, 139.

cedere l'intangibilità del giudicato. In effetti il caso affrontato riguarda «una situazione del tutto particolare»<sup>16</sup>, relativa agli effetti di una decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato, che per sua natura concerne direttamente singole persone, e la competenza dei giudici nazionali di ostacolare tali effetti<sup>17</sup>.

3. «*Come la Corte ha inventato gli effetti diretti, così la Corte è libera di ridefinirli*»

Mi è stato obiettato che, in fondo, se la Corte di giustizia ha potuto «inventare» la dottrina degli effetti diretti, che cosa può impedirle di mutare poi le circostanze in cui essi possono operare?

È un'obiezione che trascura lineamenti fondamentali di ogni assetto costituzionale. La Corte di giustizia dichiara da sempre di ispirarsi ai principi dello Stato di diritto<sup>18</sup>, e su questo poggia per altro, nella giurisprudenza costituzionale italiana sin dalla sent. 183/1973, la giustificazione della cessione di sovranità nazionale a favore delle istituzioni europee. Dal Trattato di Maastricht e da quello di Amsterdam in poi lo Stato di diritto è divenuto parte dei principi su cui si fonda l'Unione europea, oltre che componente centrale delle condizioni imposte ai nuovi Stati per l'adesione all'Unione, ivi compresa la separazione dei poteri, o quantomeno il principio dell'*institutional balance* tra le istituzioni europee<sup>19</sup>. In più, il continuo richiamo alle «tradizioni costituzionali comuni» non può che condurre allo stesso risultato, cioè all'affermazione del principio delle divisione dei poteri come principio che ispira tanto l'ordinamento dell'UE che gli ordinamenti degli Stati membri. E allora appare evidente che, in un sistema ispirato a questi principi, non è tollerabile che un giudice possa considerarsi libero di modificare senza motivazione la propria giurisprudenza invertendone radicalmente la direzione, specie quando ciò incida negativamente sui diritti dei privati; libero di modificare le relazioni tra le fonti del diritto così come definite e regolate negli atti costitutivi dell'ordinamento di appartenenza (le «norme di riconoscimento»); libero di

---

<sup>16</sup> Come sottolinea la Corte di giustizia nel caso *Fallimento Olimpiclub Srl* (C-2/08, punto 25), che verte sull'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata in un contenzioso in materia di IVA.

<sup>17</sup> Così, correttamente, A.L. MARCONI, M.M.L. MATTA e I. SANDULLI, *Rapporti tra il giudicato interno e la primazia del diritto dell'Unione*, in *Questione giustizia* 14 novembre 2013.

<sup>18</sup> Così già nella sent. *Les Verts* (C-294/83).

<sup>19</sup> Di cui la Corte di giustizia parla sin dalla sent. *Parlamento europeo v. Consiglio* (C-302/87): cfr. J.-P. JACQUÉ, *The Principle of Institutional Balance*, in *Common Market Law Review*, 41 (2004), 383-391.

ridefinire i rapporti, costituzionalmente determinati, tra il legislatore e i giudici, in spregio al principio della divisione dei poteri.

È chiaro che il discrimine tra l'attività di legislazione e quella di interpretazione/applicazione della legge è uno dei terreni su cui è più difficile muoversi armati di righello e compasso. Ma è altrettanto chiaro che quanto più il giudice si ritiene autorizzato a disattendere il pur tenue vincolo che lo lega al proprio precedente<sup>20</sup> senza sentire l'obbligo di una convincente motivazione, a liberarsi dal vincolo della domanda scegliendo la questione su cui pronunciarsi (come la Corte in questo caso ha fatto) al fine di raggiungere il risultato, l'obiettivo politico, che si è proposto, a ritenere di poter comunque togliere di mezzo (direttamente o tramite altri giudici) gli atti legislativi che si frappongono al raggiungimento di quel risultato; tanto più il giudice si allontana dai confini della funzione giurisdizionale e solleva consistenti dubbi circa la sua legittimazione<sup>21</sup>.

Si potrebbe forse obiettare che, se di vincoli e di limiti giuridici si parla, vi dovrebbe essere qualche autorità preposta dall'ordinamento al rispetto della loro osservanza; mentre nell'ordinamento dell'UE la Corte di giustizia non subisce alcun condizionamento né le sue decisioni sono soggette a censura. Ma le cose non stanno esattamente così: la funzione nomofilattica della Corte di giustizia e la stessa invenzione del *private enforcement* del diritto europeo si reggono su un rapporto di stretta collaborazione con i giudici nazionali. Questo rapporto vive di quello scambio di messaggi che eufemisticamente si chiama «dialogo» tra le Corti: questo scambio può veicolare anche messaggi di censura e minacce di interruzione del rapporto, strumenti attraverso i quali la Corte di giustizia può essere chiamata a rispondere della propria giurisprudenza.

#### 4. *Come può reagire la Corte costituzionale, senza ricorrere ai controlli?*

Dunque *Taricco* è una sentenza che segna una rottura immotivata nella giurisprudenza della Corte di giustizia. È una rottura importante, perché estende l'ambito delle ipotesi di disapplicazione delle leggi nazionali in contrasto con il diritto europeo: in ciò entra inevitabilmente in tensione con l'art. 101.2 Cost. che fissa il principio della soggezione del giudice alla legge.

<sup>20</sup> Sul precedente nella giurisprudenza della Corte di giustizia cfr., riassuntivamente, G. CONWAY, *The limits of legal reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, 2012, 244 s.

<sup>21</sup> Ho dedicato a queste considerazioni *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

In questo scenario è quasi immediato evocare la dottrina dei controllimiti e sollecitare una reazione della Corte costituzionale che di quella dottrina è stata l'artefice. In effetti, quando la Corte di giustizia ripete il mantra per cui il giudice nazionale è «tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza» le disposizioni legislative interne, «senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», ma lo estrapola dal suo contesto tradizionale – norma chiara, precisa e incondizionata invocata dall'individuo a garanzia dei diritti che il diritto dell'Unione gli garantisce – si incrina qualcosa nel quadro dei rapporti tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione europea e tra i giudici dei due ordinamenti.

Ben diverso è il tenore di altre decisioni della Corte di giustizia che pure si inseriscono nel filone degli «effetti diretti». Afferma per esempio la sent. *In.Co.Ge '90 e a.*<sup>22</sup> che «non può... dedursi dalla citata sentenza *Simmenthal* che l'incompatibilità con il diritto comunitario di una norma di diritto nazionale successiva abbia l'effetto di rendere quest'ultima inesistente. Posto di fronte a una situazione del genere, il giudice nazionale è viceversa obbligato a disapplicare la detta norma, fermo restando che quest'obbligo *non limita il potere dei giudici nazionali* competenti di applicare, *tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno*, quelli che appaiono loro *più appropriati per tutelare i diritti* attribuiti agli individui dal diritto comunitario». Fermo restando il principio della *primauté*, con queste parole la Corte sembra fondare il rapporto tra il giudice nazionale e quello europeo sul piano della collaborazione in funzione di uno sforzo comune (la *primauté* e la tutela dei diritti) ma nel rispetto delle differenze di disciplina.

Il rapporto di cooperazione degrada invece in rapporto di subordinazione gerarchica nella sent. *Taricco*. In essa infatti la Corte di giustizia impone ai giudici nazionali di abbandonare le coordinate costituzionali che organizzano la loro professione, per assumere quelle dettate dalla Corte di giustizia stessa, ispirate sempre e comunque alla applicazione diretta del diritto europeo in sostituzione di quello nazionale dichiarato incompatibile. In questo modo la Corte di giustizia giunge al punto di riscrivere le regole che conformano il potere giudiziario italiano: sia per ciò che attiene alla soggezione del giudice alla legge, sia per la conseguente necessaria interposizione della Corte costituzionale quando si tratti di rimuovere una legge dall'ordinamento. E ciò non per assicurare una pronta – diretta, appunto – protezione dei diritti vantati dal privato sulla

---

<sup>22</sup> Cause riunite da C-10/97 a C-22/97 (punto 20: il corsivo è mio).



base del diritto comunitario, ma la tutela degli interessi finanziari della stessa Unione europea.

Questo punto merita attenzione e lo si può cogliere appieno muovendo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di effetti diretti. Com'è noto, seguendola posizione fissata dalla Corte sin dalla sent. 170/1984, e in seguito precisata in diverse decisioni coerenti con essa, l'effetto diretto delle norme europee nel nostro ordinamento si compie alle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia nelle materie che il trattato attribuisce alla competenza dell'Unione. In caso di contrasto tra diritto interno e diritto europeo, il giudice deve applicare il criterio della competenza e stabilire perciò a quale norma deve ritenersi vincolato; se la norma competente è quella europea, di essa deve assicurare la prevalenza; se si tratta di norma direttamente applicabile (essenzialmente perché «incondizionata», non richiede cioè per la sua applicazione un'intermediazione di norme di attuazione che sarebbero riservate al potere legislativo o a quello esecutivo), il giudice la applica direttamente assicurando al privato la tutela dei suoi diritti (perché, come si è visto, è questa la condizione richiesta dalla giurisprudenza «storica» della Corte di giustizia, ma anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>23</sup>); altrimenti deve sollevare davanti alla Corte costituzionale la questione di legittimità della legge italiana, per contrasto con gli art. 11 e 117.1 Cost. Questo rispecchia l'ordine costituzionale dei poteri, così come definiti dall'unica autorità legittimata a interpretarli, cioè dalla Corte costituzionale.

La sent. *Taricco* sembra voler sovvertire questa impostazione, smentendo la dottrina elaborata dalla Corte costituzionale e sostituendola con regole del tutto diverse e nuove, cioè (come si è visto) prive di precedente. La rilettura che essa propone della sua stessa giurisprudenza punta ad accreditare un obbligo del giudice italiano di disapplicare direttamente le norme nazionali, senza doversi preoccupare di attivare «qualsiasi altro procedimento costituzionale» (cioè senza rivolgersi alla Corte costituzionale), anche quando le disposizioni europee non fissano divieti cui corrispondono precisi e chiari diritti delle persone.

Ci sarebbe materia per attivare i controlimiti: ma si sa che questa misura deve essere mantenuta come ipotesi ultima, di chiusura del sistema, da minacciare sempre ma attivare mai, come ha insegnato la sent. 232/1989 della Corte costituzionale. In questo caso si può trovare una strada meno diretta, che non comporti il ricorso a questa misura estrema: la Corte potrebbe operare attraverso una reinterpretazione della sent. *Ta-*

---

<sup>23</sup> Cfr. per tutte la sent. 389/1989, secondo cui riferirsi agli «effetti diretti» significa riferirsi «a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre *situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio*».

*ricco*, che ne adegui il senso alla impostazione fissata dalla Corte costituzionale stessa. A questo risultato si può giungere agendo sul significato del termine ‘disapplicazione’.

La Corte costituzionale italiana – si potrebbe sostenere – ha sempre usato il termine ‘disapplicazione’ in senso tecnico: al punto, anzi, di precisare che non proprio di *disapplicazione* si tratta, ma piuttosto di *non-applicazione*, perché ‘disapplicazione’ «evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell’autonomia dei due ordinamenti»<sup>24</sup>. Questa è la logica conseguenza dell’applicazione del criterio della competenza: il giudice è chiamato ad applicare l’ordinamento competente (sulla base del riparto tracciato dal trattato), non ad esprimere una censura sulla norma che non deve essere applicata. La Corte di giustizia invece – potrebbe rilevare la Corte costituzionale affrontando il caso *Taricco* – usa il termine in modo generico, comprensivo di fattispecie diverse, ognuna da precisare all’interno dei singoli ordinamenti nazionali: la stessa traduzione nelle varie lingue<sup>25</sup> non ha sempre la medesima valenza e richiede comunque che sia fornito un inquadramento tecnicamente preciso dell’effetto prodotto, con riferimento al contesto concettuale e istituzionale proprio del singolo specifico ordinamento.

In questo modo la Corte costituzionale potrebbe ottenere due risultati: *a)* riportare la sent. *Taricco* nell’ambito di un quadro teorico compatibile con il nostro ordinamento costituzionale, preservando anche il suo proprio ruolo; *b)* non smentire la Corte di giustizia, ma renderla edotta che, proseguendo sulla strada sbagliata della giurisprudenza *Taricco*, la rotta di collisione sarebbe sfiorata.

##### 5. *Nel merito però la Corte di giustizia ha ragione*

Nel merito la Corte di giustizia ha però ragione. La disciplina italiana della prescrizione in materia penale è inaccettabile e favorisce in modo intollerabile chi compie frodi finanziarie. Questo è l’argomento più forte in mano ai fautori della sent. *Taricco*. Nello stesso giudizio in cui la Corte costituzionale potrebbe ridimensionare la sent. *Taricco* per l’inaccettabile estensione dell’«effetto diretto» e dei conseguenti obblighi dei giudici nazionali, essa potrebbe però accoglierne le giuste censure

<sup>24</sup> Sent. 168/1991.

<sup>25</sup> Ecco alcuni esempi di traduzione: «*by disapplying those provisions*», «*en laissant inappliquées lesdites dispositions*», «*diese Bestimmungen unangewendet ließe*», «*dejando si es preciso sin aplicación las referidas disposiciones nacionales*», sempre poi indicando la necessità di «neutralizzare» (termine certo non tecnico) le conseguenze della norma interna.

della legislazione italiana. Lo strumento c'è: la Corte potrebbe sollevare davanti a se stessa la questione di legittimità della legge italiana e risolverla con una sentenza di accoglimento.

La «non manifesta infondatezza» della questione è *in re ipsa*, ben motivata dalla stessa sentenza *Taricco*: ad eventuali parametri sostanziali (artt. 3, 11, 25.2, 27.3, 101.2 ecc.) si può quindi aggiungere anche la violazione degli artt. 11 e 117.1 Cost., avendo la Corte di giustizia abbondantemente motivato a proposito della violazione da parte della legge italiana degli obblighi fissati dal diritto UE. Inoltre problemi di rilevanza non si porrebbero affatto.

Nel giudizio davanti alla Corte, infatti, la questione sarebbe rilevante a prescindere da qualsiasi considerazioni circa la natura sostanziale o processuale della prescrizione e quindi non entrando in gioco il possibile effetto *in malam partem* dell'annullamento della disposizione. L'oggetto del giudizio della Corte costituzionale, infatti, non è la disposizione sulla prescrizione ma – come è evidente nel caso sollevato dall'ordinanza della Corte d'appello di Milano – l'ordine di esecuzione del TFUE, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia; né la questione sembra diversa nel giudizio sollevato dalla III sez. della Cassazione. Di conseguenza nel giudizio davanti alla Corte costituzionale la questione della natura della prescrizione e della ricaduta della sentenza sulle parti del processo penale non assume alcuna rilevanza, mentre è strettamente rilevante la questione della incompatibilità della legge sulla prescrizione con le norme del trattato, così come interpretate dalla Corte di giustizia, le quali fungono da parametro interposto per la violazione degli artt. 11 e 117.1 Cost.

In questo modo la Corte costituzionale potrebbe raggiungere almeno tre importanti obiettivi: *a*) lanciare un monito alla Corte di giustizia, e suggerirle di non sfidare l'applicazione dei controllimiti proseguendo nella giurisprudenza *Taricco* in merito all'obbligo di disapplicazione del diritto nazionale (avremmo quindi un nuovo episodio del c.d. *dialogo tra le corti* di sapore assai simile a quello della sent. 232/1989); *b*) accogliere i giusti rilievi della Corte di giustizia circa l'incompatibilità della legge italiana con gli obblighi comunitari; *c*) riportare a ragione gli organi giudiziari italiani, che troppo spesso eludono il vincolo alla legge con una disinvolta applicazione della dottrina degli «effetti diretti»<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Mi era capitato di segnalare un sorprendente orientamento della sezione tributaria della Cassazione volto a disapplicare, a danno del contribuente, la legge che stabiliva un regime di condono fiscale, ritenuto incompatibile con la direttiva I.V.A., in *Nota brevissima su uno strano caso di disapplicazione della legge tributaria a danno del privato, per contrasto con una direttiva europea*, in *Forum di QC* 7/2012.

OMAR CHESSA

*MEGLIO TARDI CHE MAI*  
LA DOGMATICA DEI CONTROLIMITI  
E IL CASO *TARICCO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le «limitazioni di sovranità» come deroghe all'ordine costituzionale delle competenze. – 3. Una prima conclusione: tutte le norme costituzionali *sostanziali* sono controlimite. – 4. L'art. 11 Cost. come norma di autorizzazione. – 5. Dualismo o monismo? – 6. La critica alla dottrina dei controlimiti. – 7. Chi accerta la violazione dei controlimiti? – 8. Breve storia di un equivoco: il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno. – 9. Il limite dell'«identità costituzionale nazionale». – 10. Il diritto dell'UE gode di piena «interpretive autonomy»? – 11. Diritto internazionale vs diritto costituzionale. – 12. Chi vigila sul principio di attribuzione? – 13. Il caso *Taricco* e il principio di attribuzione come controlimite.

1. *Premessa*

È quasi intuitivo rilevare che l'aspirazione naturale delle norme giuridiche (regolative) sia quella di rimanere quiescenti. Si può dire che tanto più conseguono il loro scopo quanto più è efficace la loro funzione deterrente: si proibisce e sanziona l'omicidio nella speranza che nessun assassinio sia commesso e non certo nell'auspicio che la norma penale incriminatrice riceva quante più applicazioni possibili.

Vera questa premessa, non dovrebbe stupire e, anzi, dovrebbe essere accolto con soddisfazione il fatto che i controlimiti costituzionali al primato e ingresso del diritto dell'Unione Europea siano sempre invocati ma mai attivati. Può voler dire che sinora non ce n'è stato realmente bisogno; oppure, meno ottimisticamente, che si è finto che fosse così. Ma in tal caso l'inefficacia e la desuetudine avrebbero preso il posto della deterrenza, precipitando le norme costituzionali in un cono d'ombra e oblio.

Per amore di verità va detto che nel dibattito interno alla scienza costituzionale (e non solo) non c'è una posizione unanime sulla categoria dei controlimiti: e di regola, chi considera dogmaticamente infondato il tentativo di enucleare dei «principi supremi» (quale limite assoluto alla revisione costituzionale) sarà poco, o per nulla, incline a sottoscrivere la

dottrina dei controlimiti. Date queste divergenze, è opportuno che l'elaborazione dogmatica si riappropri coraggiosamente della mole di problemi che stanno dietro al tema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo: non si può, infatti, offrire nessuna risposta sensata alla questione dei controlimiti senza interrogarsi pure sui presupposti e implicazioni del primato del diritto europeo sulle fonti interne (ivi comprese quelle costituzionali).

Peraltro non sarebbe un esercizio "inattuale". Nei prossimi mesi il nostro giudice costituzionale dovrà decidere se attivare i controlimiti al primato del diritto europeo, accogliendo le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di Appello di Milano e dalla Suprema Corte di Cassazione con riguardo al caso *Taricco*, un caso molto noto e ampiamente commentato dalla letteratura costituzionalistica, internazionalistica e penalistica<sup>1</sup>.

## 2. *Le «limitazioni di sovranità» come deroghe all'ordine costituzionale delle competenze*

Il punto di partenza obbligato della riflessione dogmatica non può che essere l'art. 11 Cost., nella parte in cui afferma che «l'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (e) promuove le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

È – come è noto – una delle due disposizioni costituzionali in cui compare la parola "sovranità". L'altra è l'art. 1, là dove si dice che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». Abbinando le due disposizioni nell'interpretazione sistematica si è autorevolmente suggerito di leggere l'art. 11 come se consentisse «limitazioni di sovranità (popolare)», di talché i controlimiti alle limitazioni di sovranità popolare non farebbero altro che ribadire quest'ultima<sup>2</sup>. La tesi è condivisibile nella misura in cui muove dalla presunzione (teorica) che ogni «limitazione di sovranità» subita *direttamente* dagli organi costituzionali (e non) del nostro ordinamento ridondi *indirettamente* in limitazioni della sovranità popolare. Ma resta il fatto che senza il diaframma delle competenze degli organi rappresentativi, di governo, giudiziari, etc., a ben vedere, non si può dire che le «limitazioni

---

<sup>1</sup> Sul quale ritornerò nell'ultimo paragrafo, proponendo quella che, a mio avviso, è la soluzione corretta.

<sup>2</sup> È l'interpretazione proposta da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 7.

di sovranità» introdotte finora abbiano inciso la sovranità del popolo in modo immediato<sup>3</sup>.

È inoltre opinabile che l'art. 11 riferisca le «limitazioni di sovranità» a quelle che colpirebbero le prerogative sovrane del popolo. L'interpretazione sistematica, infatti, deve tenere conto di almeno altri due elementi testuali. Il primo è il fatto che lo stesso art. 11, nell'asserire che «l'Italia consente alle limitazioni di sovranità», aggiunge che ciò deve avvenire «in condizioni di parità con gli *altri Stati*» (corsivo mio): il che comporta che l'Italia sia *uno* degli Stati che consente alle limitazioni della propria sovranità<sup>4</sup>. Il secondo dato testuale è l'art. 7 Cost., primo comma, che definisce lo Stato e la Chiesa cattolica, come «indipendenti e sovrani». Nella nostra Costituzione, dunque, non c'è solo il riconoscimento della sovranità popolare, ma ci sono pure dei cenni alla sovranità statale: ed è a quest'ultima che, precisamente, si riferisce l'art. 11 quando parla di «limitazioni di sovranità».

Bisogna però intendersi. Di “sovranità” può parlarsi sia in senso teorico che dommatico, sebbene tra le due accezioni non manchino collegamenti e reciproci rimandi. Quando si affronta il tema sul piano teorico occorre confrontarsi con la linea di investigazione che da Bodin e Hobbes, passando per Schmitt e Kelsen, arriva fino ai giorni nostri. Alla luce della “teoria della sovranità”, formule come «limitazioni di sovranità» sono quasi improprie, poiché la sovranità, per definizione, indica ciò che è *superiorem non recognoscens* e che ammette trasferimenti e limitazioni soltanto a condizione che siano volontari e comunque sempre revocabili<sup>5</sup>. Ma mentre la “teoria della sovranità” può essere considerata fondata o

---

<sup>3</sup> Difatti, l'integrazione europea non ha limitato *direttamente* i diritti politici dei cittadini italiani, né ha formalmente compresso altre forme di manifestazione della sovranità popolare, sebbene sia innegabile che, con riguardo a taluni ambiti importanti della politica nazionale, abbia svuotato di senso politico l'esercizio dei diritti di elettorato attivo e passivo. Mi riferisco, in modo particolare, alla decisione di bilancio, ormai quasi interamente attratta nell'orbita sovranazionale della c.d. *governance economica europea*. Non c'è dubbio che sottraendo questa decisione alla rappresentanza politica nazionale si svilisce indirettamente il significato politico del voto popolare, cioè la sua capacità di contribuire effettivamente alla determinazione della politica nazionale con riguardo alle questioni cruciali della politica economica. Svolgo alcune considerazioni in tal senso nel breve lavoro *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2016.

<sup>4</sup> Di segno diverso l'interpretazione di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 6-7, il quale esclude che «l'Italia» equivalga a Stato italiano.

<sup>5</sup> Ma va detto che l'art. 11 non sembra contraddire, a ben vedere, quest'assunto teorico, poiché è ancora lontano dall'essere dimostrata la tesi secondo cui il processo di integrazione europea sia irreversibile (nonché, di rimando, la tesi secondo cui le limitazioni di sovranità non sarebbero revocabili).

infondata, a seconda che si consideri concepibile e possibile ovvero inconcepibile e impossibile un potere sovrano nel senso proprio messo a punto dalla riflessione teorica, invece la “dogmatica della sovranità”, se il testo costituzionale recepisce il termine, è inescapabile per il giurista. Possiamo criticare la teoria della sovranità, nelle diverse declinazioni offerte dalla storia del pensiero giuspolitico, e ritenere che non abbia diritto di cittadinanza al fine di inquadrare la natura del diritto e dello Stato; ma non possiamo rifiutarci di elaborare una ricostruzione dogmatica della nozione di sovranità che è recepita nel testo costituzionale (se questo contiene un riferimento espresso a questo lemma, ovviamente).

Ora, la mia tesi è che il testo costituzionale, quando allude alla «sovranità dello Stato», voglia semplicemente richiamare l'insieme di quelle che Max Weber negli scritti dedicati alla nozione di «dominio» chiamava «potestà di comando»<sup>6</sup>, e cioè il complesso di potestà legislative, esecutive, di governo, giurisdizionali, di controllo, di indirizzo, etc., previste e disciplinate dalla Costituzione in giù, a prescindere dal fatto che siano competenze dello Stato inteso quale livello di governo, cioè quale ente costitutivo della Repubblica, ovvero delle Regioni e degli Enti Locali: è indubbiamente «limitazione di sovranità» ai sensi dell'art. 11 anche quella che riguarda le funzioni legislative regionali. Seguendo questa linea interpretativa, la «sovranità dello Stato (italiano)» equivale alla “sovranità della Repubblica (italiana)”, cioè al complesso dei poteri e delle competenze previste dall'assetto costituzionale: indica, quindi, nient'altro che l'*ordine costituzionale delle competenze*<sup>7</sup>.

D'altro canto, l'ambiguità semantica che il termine «Stato» assume nel testo costituzionale, ora riferito a un particolare ente costitutivo della Repubblica ora adoperato per indicare la Repubblica nella sua interezza,

<sup>6</sup> M. WEBER, *Herrschaft. Wirtschaft und Gesellschaft die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungungen und Mächte*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 2005, trad. ital. *Dominio. Economia e società*, Donzelli Editore, Roma, 2012, 24 ss.

<sup>7</sup> Pertanto ribadisco la tesi già illustrata in O. CHESSA, *La resurrezione della sovranità statale nella sentenza n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, I, 2008, 227 ss., dove critico l'uso dogmaticamente (e finanche teoricamente) improprio che la Corte costituzionale fece della categoria della «sovranità statale» nella sentenza 365/2007 allo scopo di argomentare la primazia gerarchica (e assiologica) del complesso delle competenze statali rispetto a quelle regionali e degli altri enti costitutivi della Repubblica. Per la opposta tesi, vedi invece P. CARETTI, *La “sovranità” regionale come illusorio succedaneo di una “specialità” perduta: in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 365 del 2007*, in *Le Regioni*, I, 219 ss., e A. ANZON DEMMIG, *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale. In margine alla sentenza n. 365 del 2007 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007 (ai quali replico in O. CHESSA, *Pluralismo paritario e autonomie locali nel regionalismo italiano*, in O. CHESSA (a cura di), *Verso il federalismo “interno”. Le autonomie locali nelle regioni ordinarie e speciali*, Giappichelli, Torino, 2009, 16, nt. 7).

non deve stupire, poiché è perfettamente spiegabile e lecita. In origine era pacifico che la Costituzione del 1948 adoperasse come sinonimi i termini «Repubblica» e «Stato»: basti pensare che per la vecchia formulazione dell'art. 114 «la Repubblica si ripart(iva) in Regioni, Province e Comuni» e che gli artt. 117, 118, 119, 122, 123, etc., nella loro formulazione originaria, definivano le leggi statali come «leggi della Repubblica». È solo a partire dal 2001, con la riforma costituzionale del Titolo V e in particolare dell'art. 114, che s'introduce il concetto di «Stato» quale particolare livello di governo della Repubblica. Ciò però non fa venire meno il dovere di leggere le disposizioni non toccate dalla legge costituzionale 3/2001 secondo il canone interpretativo dell'*original public meaning*, cioè ricostruendo il significato che *originariamente* e *pubblicamente* era assegnato alle parole del documento costituzionale nel momento della sua entrata in vigore: e non c'è dubbio che nel 1948 (e negli anni seguenti) la «Repubblica italiana» fosse il nome ufficiale, costituzionalmente pre-scelto, dello «Stato italiano»<sup>8</sup>.

### 3. *Una prima conclusione: tutte le norme costituzionali sostanziali sono controlimite*

Ho detto che per «limitazioni di sovranità» ai sensi dell'art. 11 Cost. deve intendersi tutto ciò che, per il tramite di trattati internazionali finalizzati alla «pace e alla giustizia fra le Nazioni», introduce deroghe all'ordine costituzionale delle competenze. Già da questa prima impostazione del problema si evincono due cose: 1) che non sono consentite deroghe implicanti lesioni dei diritti inviolabili e di qualsiasi altro principio costituzionale sostantivo, perché altrimenti le «limitazioni di sovranità» non sarebbero volte ad assicurare la «giustizia fra le Nazioni»<sup>9</sup>; e 2) che qualsiasi atto normativo (e non solo) dell'ordinamento UE dal carattere *ultra vires*, ossia adottato al di fuori (e non giustificabile alla luce) delle deroghe all'ordine costituzionale delle competenze e quindi in dispregio del Trattato e del «principio di attribuzione», costituisce una «limitazione di sovranità» non consentita e una violazione della Costituzione. In entrambi i casi è legittima e doverosa l'attivazione dei controlimiti.

<sup>8</sup> Illustro le ragioni a sostegno del canone interpretativo dell'*original public meaning* (nonché le condizioni e i limiti del suo utilizzo) in O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 168-173, e in Id., *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Lo Stato*, n. 3/2014, 31-37.

<sup>9</sup> Il concetto di «giustizia» richiamato dalla Costituzione all'art. 11, infatti, non può non corrispondere alla stessa «moralità politica» che è incorporata nel testo costituzionale e che risulta dall'insieme dei suoi principi sostantivi e diritti fondamentali.



Uno dei pregi di questa ricostruzione, a mio avviso, è quello di spezzare l'analogia tra la dottrina dei controlimiti e quella dei "principi supremi" (quale limite alla revisione costituzionale), dal momento che rinviene nella previsione espressa dell'art. 11 – la finalizzazione delle «limitazioni di sovranità» alla «giustizia fra le Nazioni» – la necessità che le deroghe pattizie all'ordine costituzionale delle competenze siano rispettose dei diritti inviolabili e degli altri principi fondamentali, vale a dire di ciò che sostanzia la concezione costituzionale della «giustizia». È lo stesso testo costituzionale ad autorizzare in modo espresso le limitazioni di sovranità e a preconstituire, in modo altrettanto espresso, le «controlimitazioni» alle limitazioni di sovranità: non è detto, perciò, che la categoria dei principi supremi e dei controlimiti *aut simul stabunt aut simul cadent* e che per riconoscere la fondatezza dei secondi si debbano reputare giuridicamente esistenti i primi.

Nell'orientamento maggioritario, invece, i controlimiti sono ritratti come norme costituzionali speciali, che per la loro importanza fondamentale spiccano rispetto alle altre e s'impongono come baluardi invalicabili: di qui la coincidenza con la categoria dei principi supremi. A mio avviso, invece, una corretta ricostruzione dommatica suggerisce che sono norme costituzionali come tutte le altre: anzi, che tutte le norme costituzionali di tipo sostantivo (ossia diverse da quelle competenziali e procedurali direttamente interessate dalle deroghe stabilite dal Trattato) sono, di per sé, controlimiti. Difatti, deve escludersi che per «limitazioni di sovranità» possa intendersi qualcosa di più di quello che significa: in particolare, che si possa estenderne il senso fino a ricomprendere le limitazioni dei diritti inviolabili e di altra norma costituzionale di principio o comunque sostantiva (cioè diretta a porre vincoli di contenuto alle leggi). Se la «sovranità dello Stato» è l'assetto costituzionale delle competenze, per «limitazioni di sovranità» dovranno intendersi solamente quelle incidenti su norme di competenza o procedurali, che prevedono e disciplinano l'adozione di atti costituzionali (sia normativi che di altro tipo). Pur condividendo nella sostanza le perplessità manifestate nei riguardi della distinzione tra "costituzione dei diritti" e "costituzione dei poteri", per via dei reciproci rimandi e collegamenti sistemici tra l'una e l'altra Parte della nostra Costituzione<sup>10</sup>, ciò nondimeno in questo frangente la divisione è non solo utile sul piano euristico, ma sembra addirittura richiamata dal dato giuridico positivo là dove ammette «limitazioni» a ca-

---

<sup>10</sup> In tal senso vedi M. LUCIANI, *La "costituzione dei diritti" e la "costituzione dei poteri"*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Cedam, Padova, 1985, 497 ss.

rico della «sovranità», ossia della “costituzione dei poteri”, escludendo *a contrario* che possa assoggettarsi al medesimo regime di deroga tutto quello che è concettualmente diverso dalla «sovranità», ossia la “costituzione dei diritti”. Per logica conseguenza, le norme costituzionali che non possono essere violate nell’esercizio delle competenze attribuite agli organi eurounitari sono le stesse che non potrebbero violarsi se quelle competenze fossero rimaste a livello statale anziché dislocate a livello sovranazionale: controlimite è pertanto qualsiasi norma costituzionale che il legislatore nazionale avrebbe dovuto osservare se avesse trattenuto a sé la competenza anziché trasferirla all’ordinamento dell’Unione.

Un altro pregio, infine, della proposta dogmatica che avanzo in queste pagine è quello di rinvenire un controlimite nello stesso “principio di attribuzione”, con la conseguenza che non soltanto le norme costituzionali sostanziali ma pure quelle competenziali, organizzative e procedurali possono attecchirsi, in determinate circostanze, a controlimite, sia pure con le precisazioni che farò nel corso del lavoro. Infatti, per cogliere appieno la portata di questa seconda tesi occorre prima sciogliere alcuni nodi concettuali, finora ignorati o comunque rimasti nella sostanza insoluti. A partire da quello relativo alla struttura nomologica dell’art. 11 come “norma autorizzativa”.

#### 4. *L’art. 11 Cost. come norma di autorizzazione*

L’art. 11 Cost., nella parte che qui interessa, ha la classica struttura della norma autorizzativa, perché consente ciò che altrimenti sarebbe costituzionalmente vietato: se quest’autorizzazione costituzionale non ci fosse, il legislatore non potrebbe certo spogliarsi delle competenze costituzionalmente previste per attribuirle agli organi di un ordinamento sovranazionale. Grazie perciò alla “triangolazione” tra la disposizione costituzionale che consente «limitazioni di sovranità», il contenuto normativo del Trattato e la legge di esecuzione dello stesso, si possono legittimamente attribuire agli organi dell’ordinamento comunitario quote di competenze altrimenti spettanti in via esclusiva agli organi costituzionali nazionali.

Al fine di determinare una legittima deroga dell’ordine costituzionale delle competenze occorrono, quindi, tutti e tre gli elementi del “terzetto” illustrato sopra: l’art. 11, consentendo la limitazione della sovranità, autorizza *in generale* la possibilità della deroga; la legge di esecuzione del Trattato manifesta la volontà legislativa nazionale di consentire, alla *particolare* deroga prevista dal diritto pattizio, e specialmente, nel caso dei Trattati istitutivi della CEE e dell’UE, manifesta la volontà del

legislatore nazionale di autolimitarsi, consentendo che una quota delle sue competenze normative sia esercitata da organi dell'ordinamento europeo; e infine il contenuto normativo del Trattato precisa *in particolare* l'ampiezza della deroga. Il riparto dei compiti tra legge di esecuzione e Trattato è, perciò, chiaro: la prima, ordinando, prescrivendo la vigenza del Trattato, produce in concreto l'effetto derogatorio autorizzato in termini generali dall'art. 11 Cost.; e il secondo offre i criteri per ricostruire portata e confini della deroga (alla Costituzione) così introdotta<sup>11</sup>.

Assodato che il diritto dell'UE può derogare alle norme costituzionali solo in forza di una legge di esecuzione (cui pertanto deve essere propriamente riferita la capacità derogatrice), ne discende che solo la fonte cui l'ordine di esecuzione rinvia, cioè il Trattato, può contenere regole in grado di sostituirsi a quelle costituzionali; ed è perciò escluso che fonti diverse dal Trattato, come – ad esempio – le fonti del diritto europeo derivato, possano sortire il medesimo effetto derogatorio<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Come si vede, questa ricostruzione risponde altresì alla domanda su quale sia la fonte normativa cui spetta il potere di disporre deroghe all'ordine costituzionale delle competenze. Più precisamente, la domanda è se l'art. 11 Cost. imputi l'effetto derogatorio alle norme comunitarie, prescindendo perciò dalla mediazione della fonte legislativa interna autorizzativa del Trattato, o se invece ricollegli tale capacità derogatrice *direttamente* alla legge di esecuzione dei Trattati (e quindi *indirettamente* al diritto europeo primario in quanto "incorporato", per così dire, nella legge nazionale che ne ordina l'esecuzione). Mi sembra che la prima ipotesi sia condivisibile solo presumendo che dell'art. 11 si evinca un generico principio di «apertura (dell'ordinamento nazionale) al diritto di origine esterna»: un principio che trasmetterebbe a fonti normative sovranazionali e internazionali la capacità di penetrare nel nostro ordinamento con forza costituzionale (sul «principio di apertura» suddetto vedi A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti"*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2016, 7, il quale però, a onor del vero, non afferma mai espressamente che esso conferirebbe forza normativa interna al diritto esterno prescindendo dalla mediazione della legge di esecuzione). Tuttavia la portata di tale «principio di apertura», se ricostruita così, sarebbe troppo estesa, considerato che l'art. 10 della Costituzione prevede l'adeguamento automatico solo per le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», con ciò circoscrivendo esplicitamente il grado di apertura del nostro ordinamento rispetto alle fonti esterne. Se ne evince inoltre che ogni altra fonte del diritto internazionale può produrre effetti nel nostro ordinamento sul presupposto di un trattato e di una relativa legge interna di esecuzione; e che lo stesso deve valere per le norme comunitarie, non essendo norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

<sup>12</sup> Qui occorre una precisazione. Indubbiamente il diritto europeo derivato, in quanto competente con riferimento agli ambiti trasferiti al legislatore sovranazionale, concretizza le astratte sottrazioni di competenza legislativa nazionale operate dai Trattati, cioè dà corpo alle (e perciò si inserisce nell'alveo delle) deroghe pattizie al diritto costituzionale interno. Ma una cosa è l'esercizio di una competenza che il Trattato prevede come derogatoria rispetto all'ordine costituzionale delle competenze, altra cosa è che, attraverso l'esercizio di tale competenza normativa, si introducano nuove deroghe al diritto costituzionale oltre a quelle già previste dal Trattato.

## 5. *Dualismo o monismo?*

Alla luce delle considerazioni finora svolte si chiarisce inoltre il senso dell'alternativa tra monismo e dualismo, integrazione e separazione, nella ricostruzione dei rapporti tra gli ordinamenti nazionale ed europeo.

Si è autorevolmente sostenuto che le dottrine del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo realizzerebbero «un *continuum* tra gli ordinamenti, uno dei quali diviene in grado di prescrivere, non solo *quali norme* devono prevalere, ma anche *con quali strumenti processuali* ciò deve avvenire» col risultato che «le tradizionali categorie del dualismo – e quindi il richiamo degli ordinamenti distinti ed autonomi – diviene del tutto inutilizzabile»<sup>13</sup>. Il potere/dovere dei giudici nazionali di disapplicare la norma interna per dare luogo all'applicazione della norma comunitaria *self-executing* dimostrerebbe che il rapporto tra ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale deve intendersi secondo una visione monista, cioè come se fossero ormai un solo ordinamento, e non secondo una visione dualista, cioè come se fossero ancora due ordinamenti separati, ciascuno provvisto di proprie fonti e criteri di validità.

La tesi, pur finemente argomentata, non è però condivisibile. Anzitutto occorre una precisazione terminologica. Se riferita al rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'UE, la distinzione tra monismo e dualismo ha un significato parzialmente diverso da quello che assume nel contesto del pensiero kelseniano. È noto che per il Maestro praghese dovrebbe sempre postularsi, sul piano teoretico, l'unità sistematica tra diritto statale interno e diritto internazionale, come se costituissero un unico ordinamento<sup>14</sup>. Ciò però non implica che il giudice nazionale debba risolvere l'antinomia tra norma interna e norma internazionale, scegliendo tra l'una e l'altra, per la semplice ragione che il diritto internazionale non si vale delle autorità giurisdizionali nazionali e reagisce quindi alle violazioni secondo modalità sue peculiari. Può dunque ac-

<sup>13</sup> F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza costituzionale: problemi e prospettive*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 4. Un argomento sintonico con quello di Sorrentino, e contrario alla «tesi della separazione», era quello di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 426-427, il quale si chiedeva retoricamente: «come si potrebbe ammettere che le autorità giurisdizionali italiane siano tenute ad applicare in modo immediato il diritto comunitario, se questo venisse collocato in una sfera non comunicante con il diritto interno? Come reggerebbe l'imperativo contenuto nel capoverso dell'art. 101 Cost., onde "i giudici sono soggetti soltanto alle legge", se i regolamenti e le direttive delle Comunità non rientrassero *anche* tra le fonti di produzione dell'ordinamento nazionale».

<sup>14</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. ital. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 360 ss.

cadere che i giudici debbano applicare le norme interne che contrastano con quelle internazionali, senza che ciò faccia venire meno la validità e la vigenza delle seconde, le quali sono assistite da propri rimedi sanzionatori – la rottura delle relazioni diplomatiche, la rappresaglia, la guerra, etc. – che prescindono da prestazioni giudiziali interne. Nell'ottica kelseniana, infatti, il diritto internazionale, al contrario del diritto statale, mette capo a un ordinamento il cui potere esecutivo, coattivo e sanzionatorio è decentrato e non accentrato<sup>15</sup>. E se gli Stati adottano in sede legislativa e applicano in sede giurisdizionale norme il cui contenuto è incompatibile con norme del diritto internazionale, ciò non equivale alla negazione dell'unità sistematica tra i due ordinamenti (statale e internazionale) né alla negazione della validità delle norme esterne, che infatti è fatta valere (o può essere fatta valere) nelle forme sanzionatorie decentrate che sono tipiche del diritto internazionale.

La premessa teoretica kelseniana – a ben vedere – appare perfettamente compatibile con la visione dualista del rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo, per come la intendo in questo saggio: è vero che i giudici nazionali applicano direttamente le norme comunitarie in luogo di quelle interne, agendo perciò come garanti dell'unità sistematica tra diritto nazionale e sovranazionale, ma fanno ciò in forza della legge interna di esecuzione del Trattato; Trattato che, tra le diverse deroghe all'ordine costituzionale delle competenze, prevede pure una deroga alla regola costituzionale che stabilisce la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.). È dunque in esecuzione di un obbligo imposto da norme legislative interne che le autorità giurisdizionali nazionali agiscono altresì come giudici del diritto sovranazionale (oltre che del diritto nazionale). Ma la legge di esecuzione può essere dichiarata incostituzionale e quindi può darsi il caso che i giudici nazionali siano liberati dall'obbligo di applicare norme europee, senza che ciò faccia venire meno «l'unità sistematica» tra ordinamenti nel senso kelseniano della formula: in tal caso infatti emergerebbe comunque la responsabilità internazionale dello Stato per inadempimento di obblighi pattizi, con quel che ne potrebbe conseguire sul piano dei rapporti con gli altri Stati contraenti.

Ebbene, il fatto che la deroga all'ordine costituzionale delle competenze, e in particolare all'art. 101 Cost., sia così ampia da prevedere perfino che i giudici nazionali diano diretta applicazione al diritto europeo, disapplicando se necessario le norme interne, non fa venire meno la parità tra i due ordinamenti, i quali rimangono comunque separati da una legge interna di esecuzione: questa, infatti, è la giuntura di connessione, che pone in rapporto i due diversi sistemi normativi, ma è anche la prova

---

<sup>15</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, 355.

della loro separatezza, visto che senza una manifestazione di volontà legislativa interna, cioè senza un ordine legislativo di esecuzione, la connessione non potrebbe certo realizzarsi spontaneamente. Si può dunque postulare un assetto monista di rapporti solo a condizione che l'ordinamento europeo abbia in sé le risorse per imporsi con forza propria, prescindendo dal consenso legislativo interno: dovrebbe essere, in definitiva, un ordinamento originario, auto-fondato e generale, che ingloba quelli statali particolari.

#### 6. *La critica alla dottrina dei controlimiti*

È invece sintomatico di una visione monista (o comunque di una visione contraria alla «tesi della separazione») il rifiuto della dottrina dei controlimiti. A tale proposito si è asserito che il difetto inemendabile di tale dottrina starebbe in ciò: poiché prospetta «che il regolamento comunitario, nel violare i controlimiti “costituzionali”, coinvolgerebbe, in fin dei conti, la norma del Trattato che lo disciplina (e cioè l'art. 249 TCE), (avrebbe) il difetto di far risalire i “peccati” della norma *di produzione* – e cioè del regolamento comunitario (o della direttiva *self executing*) – alla norma *sulla produzione* giuridica, la quale però, a ben vedere, si limita a disporre la generale e immediata obbligatorietà»<sup>16</sup>.

Ora, è sicuramente condivisibile l'affermazione generale secondo cui non si possono far risalire i vizi di una norma *di produzione* alla norma *sulla produzione*. Tuttavia l'affermazione non si applica al problema particolare di cui ci stiamo occupando, per la semplice ragione che né la norma europea di produzione né la norma europea sulla produzione costituirebbero l'oggetto di un'eventuale declaratoria d'incostituzionalità pronunciata in nome dei controlimiti. Non sarebbe la fonte del diritto comunitario derivato – il regolamento o la direttiva – a essere viziata da incostituzionalità, visto che essa *non conosce*, per così dire, la Costituzione, appartenendo a un altro ordinamento: può considerarsi viziata e invalida solo se contrasta col Trattato, sicché nessun «peccato di incostituzionalità», né originario né derivato, macchierebbe la virtù della norma di produzione. Lo stesso deve dirsi della regola sulla produzione contenuta nell'art. 249 TCE (ora art. 288 TFUE): neanche questa può essere dichiarata incostituzionale, visto che anch'essa appartiene a un ordinamento diverso e separato da quello che è disciplinato dalla nostra Costituzione. Per la dottrina dei controlimiti, infatti, è solo la legge interna

<sup>16</sup> A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su “Diritto comunitario e diritto interno”, tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 10.

di esecuzione che può essere sindacata sotto il profilo della sua conformità costituzionale e dichiarata incostituzionale: e precisamente quando ordina ciò che non può essere ordinato, cioè quando ordina l'esecuzione di un Trattato da cui deriverebbero «limitazioni di sovranità» non consentite dalla Costituzione o limitazioni di diritti inviolabili o altri principi costituzionali (anziché «limitazioni di sovranità» in senso proprio).

Sia chiaro, inoltre, che la legge di esecuzione non è norma *sulla* produzione. Non è certo la fonte legislativa interna ad autorizzare l'esercizio delle competenze normative sovranazionali. Essa si limita a disporre, ordinare la vigenza obbligatoria di un Trattato che a sua volta autorizza le competenze sovranazionali<sup>17</sup>. Ed è pertanto direttamente contrastante con la Costituzione se prescrive, ordina la vigenza di un Trattato che rientra tra quelli incompatibili col dettato costituzionale interno. Certo, per decidere la questione se la legge nazionale contenga un ordine di esecuzione incostituzionale occorre ricostruire il contenuto normativo di ciò la cui esecuzione è ordinata, cioè il Trattato, o di ciò che è stato adottato sulla base del Trattato (ossia sulla base di ciò la cui esecuzione è ordinata)<sup>18</sup>. Ma questo è quasi scontato, considerato che sempre, per decidere se un ordine è illegittimo, bisogna analizzare il suo contenuto, fermo restando però che l'ordine e il suo contenuto non sono propriamente la medesima cosa<sup>19</sup>.

### 7. *Chi accerta la violazione dei controlimiti?*

Resta, infine, il problema se l'accertamento della violazione dei controlimiti sia riservato esclusivamente alla Corte costituzionale o se possa disporlo anche il giudice comune.

<sup>17</sup> La legge di esecuzione è norma autorizzativa solo con riguardo agli organi costituzionali nazionali, nel senso che autorizza il Capo dello Stato a ratificare i trattati, ordinandone nel contempo l'esecuzione.

<sup>18</sup> Ciò spiega quell'impressione di una dissociazione tra “forma” e “sostanza” segnalata da ultimo da R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali.it*, 2015, quando osserva che «*di fatto* la Corte giudica della costituzionalità della norma internazionale, ma *formalmente* l'oggetto dell'impugnazione è l'ordine di esecuzione del trattato o della disposizione legislativa di rinvio “nella parte in cui” consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma incompatibile con i principi costituzionali».

<sup>19</sup> Ad esempio, l'ordine di fare “questo o quello” può essere illegittimo non perché “questo o quello” siano in sé un male da evitare (e che quindi nessuno dovrebbe fare), bensì perché “questo o quello” sono qualcosa che non si può ordinare di fare o di non fare. Analogamente, un Trattato che pone norme (di produzione e sulla produzione) incompatibili con la nostra Costituzione non è di per sé viziato (nulla esclude che sia compatibile con la Costituzione di un altro Stato contraente): semmai è viziata la norma legislativa interna che ne ordina l'esecuzione con riguardo al nostro ordinamento.

È noto che si tratta di questione «poco sondata in dottrina»<sup>20</sup>. In giurisprudenza, peraltro, c'è un solo precedente, seppure di un giudice particolarmente autorevole: la pronuncia n. 4207 del 2005 della sez. V del Consiglio di Stato. Ma va detto che con questa decisione il supremo giudice amministrativo non disapplicò, in nome dei controlimiti, una norma comunitaria direttamente applicabile, ma solo omise di operare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per questione di interpretazione<sup>21</sup>.

L'alternativa si scioglie considerando, ancora una volta, l'art. 101 Cost., da cui si evince la ragione per la quale *soltanto* la Corte costituzionale, e non anche il giudice comune, può attivare il rimedio dei controlimiti. Come si è detto, in forza dell'ordine disposto dalla legge di esecuzione (a sua volta autorizzata dall'art. 11 Cost.) le autorità giurisdizionali nazionali debbono, in deroga alla doverosa soggezione dei giudici alla legge *ex* art. 101 Cost., disapplicare la fonte legislativa interna per dare applicazione a quella europea suscettibile di effetto diretto: il primato del diritto europeo sulla legge interna e il suo effetto diretto sono, perciò, nient'altro che il risultato di una deroga legittima all'art. 101 (legittima in quanto ricadente tra quelle astrattamente autorizzate dall'art. 11 e in quanto concretamente "ordinata" dalla legge di esecuzione del Trattato).

Tuttavia la deroga all'art. 101, cioè alla norma costituzionale che prescrive la soggezione dei giudici alla legge, è disposta solo al limitato fini di consentire la prevalenza immediata del diritto europeo sulle fonti legislative interne; e non può certo invocarsi nei confronti della stessa legge interna di esecuzione del Trattato. Ne discende che il giudice comune è obbligato, in base all'ordine di esecuzione, ad applicare il diritto

<sup>20</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 9.

<sup>21</sup> Nel caso di specie la disciplina comunitaria che veniva in rilievo era costituita da diverse disposizioni del Trattato insuscettibili di applicazione diretta, mentre la disciplina nazionale era una norma legislativa, a sua volta modificata da una sentenza additiva della Corte costituzionale diretta a tutelare il diritto fondamentale alla salute: a giudizio degli appellanti era proprio la particolare fisionomia che questa norma assumeva per effetto della pronuncia della Corte a contrastare con le norme del Trattato (*rectius*: a indurre il sospetto che contrastasse col Trattato, poiché in assenza di un "atto chiaro" era interpretativamente dubbio se contrasto ci fosse). Al Consiglio di Stato fu perciò richiesto di disapplicare la fonte interna o, in alternativa, di operare rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo per questione di interpretazione: ma nessuna delle due vie fu quella infine prescelta, vuoi perché le norme comunitarie invocate non rientravano tra quelle *self-executing*, vuoi soprattutto perché il supremo giudice amministrativo ritenne «non consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti ad essa riservata» (punto 3.4. del Diritto).



europeo e che può (provare a) liberarsi da tale vincolo solo sollevando una questione di legittimità costituzionale con riguardo alla legge di esecuzione. È dunque escluso che i giudici comuni, in caso di violazione dei controlli, possano disapplicare la fonte europea: se agissero così, violerebbero l'ordine legislativo di esecuzione del Trattato, con ciò trasgredendo indirettamente all'art. 101 Cost. In conclusione, se è la legge di esecuzione a poter legittimamente ordinare deroghe all'art. 101, non si può tuttavia violare la legge di esecuzione (che prescrive il primato del diritto europeo nei limiti delle competenze attribuite), ritenendo che pure in questo caso si stia agendo in forza di una deroga all'ordine costituzionale delle competenze.

8. *Breve storia di un equivoco: il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno*

Ho detto che, in virtù dell'ordine legislativo di esecuzione, le norme del diritto sovranazionale primario, ossia le norme dei Trattati, possono introdurre eccezioni alle norme costituzionali sulla competenza, sottraendo loro ambiti per assegnarli alle competenze di organi dell'Unione. L'art. 11, infatti, autorizza il legislatore nazionale (che autorizza a sua volta la ratifica e ordina l'esecuzione dei trattati) a spogliarsi *volontariamente* di una parte delle proprie competenze normative per riservarle all'Unione. Ma da ciò non si può inferire che autorizzi altresì il legislatore europeo istituito dai Trattati a introdurre ulteriori eccezioni al diritto costituzionale interno.

E difatti, si oltrepassa il limite dell'autorizzazione concessa dall'art. 11 se questa è letta come se fosse disposta pure a favore del legislatore europeo, cioè a favore di chi è competente a produrre le norme del diritto europeo derivato: l'art. 11 si rivolge solamente (e non potrebbe rivolgersi ad altri che non) al legislatore nazionale. Ma se si afferma che anche il diritto europeo derivato può, di regola, prevalere sul diritto costituzionale interno, si presume che l'autorizzazione prevista dall'art. 11 si rivolga pure ad altri legislatori oltre a quello che è istituito dalla nostra Costituzione.

La distinzione tra norme europee convenzionali (o primarie od originarie) e norme europee derivate (o secondarie) è, qui, di cruciale importanza. È vero che anche le seconde esprimono delle «limitazioni di sovranità» perché insistono su ambiti materiali che altrimenti ricadrebbero nelle competenze costituzionali degli organi nazionali. Ma da ciò non può certo indursi che possano introdurre ulteriori limitazioni di sovranità, cioè deroghe ulteriori all'ordine costituzionale delle competenze,

rispetto a quelle previste nel Trattato e quindi volontariamente consentite dal legislatore nazionale.

Tuttavia, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973 inizia a insinuarsi il dubbio che il primato delle norme comunitarie sul diritto costituzionale interno debba essere affermato sia con riguardo al diritto convenzionale che al diritto derivato (regolamenti, direttive e pronunce della Corte di giustizia), senza distinguere tra l'uno e l'altro. Invero, in nessun passo della sentenza l'affermazione compare in modo così chiaro e netto. C'è invece un rapido (e confuso) passaggio, il Punto 9 del *considerato in diritto*, in cui la Corte asserisce che «deve escludersi» che le «limitazioni (di sovranità) concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma (...) possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana». E aggiunge infine che «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante *compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*» (corsivi miei). Non mancano le ambiguità, come si vede. Da un lato, infatti, si riferisce sempre e solo alle norme del Trattato (e mai alle norme del diritto derivato) la forza di disporre le «limitazioni di sovranità», così come si riferisce al Trattato il limite dei «principi fondamentali», nel senso che è il Trattato a dover essere compatibile con i principi fondamentali, ossia con quelli che nel commento alla pronuncia Paolo Barile definisce «controlimitazioni» al diritto comunitario<sup>22</sup>. Dall'altro, però, la pronuncia aggiunge che non può riconoscersi agli organi comunitari «un inammissibile potere di violare i *principi fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale», con ciò ingenerando l'equivoco che gli organi comunitari abbiano invece il potere di violare le norme costituzionali che non pongono principi fondamentali<sup>23</sup>.

Probabilmente la distrazione dei giudici costituzionali era dovuta alla novità “rivoluzionaria” della sentenza, che ammetteva per la prima volta la possibilità che la Corte interrompesse la vigenza del Trattato di Roma in nome dei principi costituzionali fondamentali: sicché non si

<sup>22</sup> Lo stesso P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2416, concepisce, in prima battuta, i controlimiti come diretti a controbilanciare le limitazioni di sovranità disposte nel Trattato, cioè come un argine interno, direttamente opponibile alle limitazioni di sovranità stabilite nel diritto convenzionale. Ci sarebbe dunque, «la necessità di rinvenire “controlimitazioni” tali da ridurre le limitazioni di sovranità a dimensioni che non sovvertano le linee fondamentali della costituzione materiale del nostro Paese».

<sup>23</sup> Equivoco peraltro alimentato dal commento di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2418, cui si deve la netta affermazione secondo cui «il sindacato sul rispetto delle controlimitazioni andrà operato anche sui regolamenti comunitari».

badò al fatto che il richiamo delle «controlimitazioni», se poteva avere senso nei confronti del diritto comunitario convenzionale, non poteva averne nessuno nei confronti del diritto comunitario derivato, per il quale invece sarebbe stato corretto rimarcare la sua inidoneità a disporre ulteriori limitazioni di sovranità, ossia ulteriori deroghe al dettato costituzionale interno<sup>24</sup>.

Ma non fu da quel momento, cioè dalla sent. 183/1973, che tutti presero a ragionare come se il giudice costituzionale avesse affermato chiaramente il primato del diritto europeo derivato sul diritto costituzionale interno, salvo i controlimiti. E neppure fu dalla fondamentale sent. 170/1984 (*Granital*), nella quale, in ossequio alla precedente pronuncia, la Corte si limitò a ribadire «come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana». Fu invece la sent. 399/1987 la prima pronuncia ad ammettere esplicitamente la legittima possibilità che il diritto comunitario derivato possa derogare a norme costituzionali interne (sempre salvo il rispetto dei controlimiti). Infatti nel punto 2 del *considerato in diritto* si legge che «gli organi delle Comunità europee non sono tenuti ad osservare puntualmente la disciplina nazionale e, in particolare, la ripartizione delle competenze pur prevista da norme di livello costituzionale, ma possono emanare, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, disposizioni di differente contenuto: le quali però, come questa Corte ha già avvertito, debbono rispettare i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale nonché i diritti inalienabili della persona umana». Pertanto, fatto salvo il rispetto dei controlimiti, «le norme comunitarie (...), se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost., il quale consente la limitazione della sovranità nazionale al fine di promuovere e favorire organizzazioni internazionali tra cui, com'è *ius receptum*, le Comunità europee».

Come si vede, smentendo nella sostanza il postulato della separazione tra ordinamenti (affermato dalla sent. 170/1984), la pronuncia as-

---

<sup>24</sup> Del resto, sarebbe stata una precisazione perfettamente coerente con talune premesse della pronuncia relative al rango della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato. Per i giudici costituzionali non era necessario «il ricorso al procedimento di revisione costituzionale per l'approvazione della legge di ratifica e di esecuzione», nel presupposto che la disciplina dell'art. 11 «risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo, se si ritenesse che per ogni limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 dovesse farsi luogo ad una legge costituzionale». In quanto norma autorizzativa, l'art. 11 consente perciò al legislatore ordinario di spogliarsi di talune sue competenze per attribuirle al legislatore europeo. Ma è palese che una tale autorizzazione non potrebbe certo giustificare che il legislatore nazionale attribuisca al legislatore europeo il potere di modificare la Costituzione: una tale attribuzione di competenza esigerebbe, a rigore, la ratifica del Trattato con legge costituzionale.

segna addirittura rango costituzionale alle norme comunitarie derivate, riconoscendo loro una ben precisa posizione del nostro sistema interno delle fonti. Per giustificare questa conclusione si richiama il fatto che l'art. 11 «consente la limitazione della sovranità nazionale», senza tuttavia aggiungere altro e dando praticamente per scontato che tale tesi possa trovare ospitalità sotto l'ombrello protettivo della disposizione costituzionale richiamata<sup>25</sup>.

Può ipotizzarsi, allora, che siano gli stessi Trattati ad autorizzare ciò che dall'art. 11 non potrebbe trarsi, e, cioè, che sia il diritto europeo primario a consentire al diritto europeo derivato di introdurre ulteriori deroghe al diritto costituzionale interno: in base a questa possibile ricostruzione, l'ordine di esecuzione imporrebbe la vigenza di un Trattato che autorizza gli atti normativi sovranazionali a stabilire eccezioni al diritto costituzionale interno; e quindi, seppure per il tramite indiretto del diritto primario, anche il primato del diritto derivato sul diritto costituzionale interno sarebbe riconducibile sotto l'ombrello protettivo dell'art. 11 Cost.

Senonché, una disamina attenta del TUE, in particolare dell'art. 4(2), non sembra suffragare questa conclusione.

### 9. *Il limite dell'«identità costituzionale nazionale»*

Secondo l'art. 4(2) del TUE «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali». Con riferimento alla questione se il diritto costituzionale interno sia, nella sua interezza, un limite invalicabile dal diritto europeo derivato sono possibili due interpretazioni alternative della disposizione richiamata.

<sup>25</sup> Né può dirsi che la sent. 399/1988 non abbia fatto altro che sviluppare premesse implicite nelle pronunce precedenti, come giustamente osservava F. Sorrentino, *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, 2818, nel suo commento alla sentenza citata. Inoltre l'Autore rimarcava la «perplexità» che «discende dal riconoscimento di "valore" costituzionale interno al diritto comunitario globalmente considerato»: infatti, «se un qualche rango superlegislativo può riconoscersi al diritto comunitario nascente dai trattati e dagli atti equiparati in ragione del fatto che essi ripartiscono (sempre sulla base dell'art. 11 Cost.) le competenze tra le fonti nazionali e quelle comunitarie, non ne discende certo automaticamente che anche le fonti comunitarie derivate (regolamenti) partecipino della medesima natura superlegislativa». Insomma, «se è ben difficile fondare il valore costituzionale del diritto comunitario primario sulla sua semplice idoneità a derogare a norme della costituzione, ancor più ardua si presenta la dimostrazione, sulla base delle medesime premesse, per il diritto comunitario derivato, la cui autonoma capacità derogatoria di norme costituzionali trova, negli stessi richiamati precedenti della Corte, più smentite che conferme».

La prima interpretazione circoscrive la portata della «identità costituzionale nazionale» ai soli principi fondamentali o supremi. È una lettura che muove da una ben precisa sussunzione concettuale dei termini contenuti nella formula «identità nazionale insita nella (...) struttura fondamentale, politica e costituzionale»: l'aggettivo «costituzionale» è considerato più ampio e comprensivo dell'aggettivo «fondamentale», sicché la «identità nazionale» (che il diritto unionale derivato deve osservare) è quella che risulterebbe dalla “struttura costituzionale fondamentale” e non pure quella che risulterebbe dalla “struttura costituzionale non fondamentale”. Si postula quindi che occorre distinguere tra parti fondamentali e parti non fondamentali delle discipline costituzionali nazionali: e soltanto le prime potrebbero condizionare la validità del diritto europeo derivato.

Tuttavia è praticabile pure una seconda interpretazione, che ricostruisce in modo esattamente rovesciato il rapporto tra i due aggettivi «fondamentale» e «costituzionale», presumendo cioè che il primo sia più generale e comprensivo del secondo. In questo modo il limite della «identità nazionale» corrisponde non alla “struttura costituzionale fondamentale”, ma – con più fedeltà al testo – alla «struttura fondamentale, politica e costituzionale»: l'aggettivo «costituzionale» (insieme all'aggettivo «politica») specifica il concetto di «struttura fondamentale», nel senso che questa deve intendersi come sinonimo di “struttura costituzionale” (oltre che di “struttura politica”). Ne discende dunque che il legislatore sovranazionale non può violare l'identità nazionale intesa come struttura costituzionale di uno Stato membro: è un'interpretazione che eleva a limite delle norme europee l'assetto costituzionale complessivo di ciascun paese membro.

Delle due interpretazioni, è la seconda quella più rispettosa sia della formulazione testuale dell'art. 4(2) TUE, sia del canone ermeneutico della interpretazione conforme a Costituzione. Certo, può essere dubbio che la Corte europea di giustizia debba interpretare le disposizioni del TUE in senso conforme ai documenti costituzionali nazionali, ma è fuor di dubbio che, dal nostro punto di vista *interno*, dell'ordinamento italiano, le disposizioni pattizie devono essere rispettose del dettato costituzionale, sicché s'impone il canone di interpretazione costituzionale conforme.

Alla luce di queste considerazioni si chiarisce, altresì, quale debba essere il riparto dei compiti tra i giudici nazionali, il giudice europeo e la Corte costituzionale.

Se il giudice nazionale dubita che il diritto europeo derivato sia in contrasto con norme costituzionali perché introduce eccezioni al dettato costituzionale ulteriori rispetto a quelle disposte dai trattati, dovrà ope-

rare un rinvio pregiudiziale alla Corte europea di giustizia, chiedendo un controllo di validità sulla norma in oggetto ai sensi dell'art. 4(2) del TUE. Infatti il giudizio sulla validità del diritto europeo derivato non può che competere, secondo quanto stabilito dal Trattato, alla Corte del Lussemburgo: ciò è perfettamente coerente con la logica del diritto internazionale pubblico. Gli Stati, cioè, hanno convenuto di devolvere a un'apposita istanza giurisdizionale le controversie relative al rispetto del Trattato e, di conseguenza, in questo caso non possono essere le autorità giurisdizionali interne ovvero altra autorità nazionale a sindacare le violazioni del diritto internazionale pattizio.

Se la Corte europea di giustizia respinge il dubbio di invalidità prospettato dal giudice nazionale, vuol dire che non c'è un problema di rispetto del diritto internazionale pattizio: il problema allora diventa un altro, quello della compatibilità dello stesso diritto internazionale pattizio (per come interpretato e applicato dalla Corte del Lussemburgo) col diritto costituzionale nazionale e, in particolare, con l'art. 11 Cost. La questione può riassumersi nei seguenti termini: la legge poteva legittimamente ordinare l'esecuzione di un trattato che autorizza un legislatore sovranazionale a violare le norme costituzionali italiane? Una siffatta questione non è più, evidentemente, di competenza degli organi sovranazionali istituiti dal trattato, perché è uno schietto problema di diritto costituzionale interno, per ciò stesso riservato alla cognizione del giudice costituzionale nazionale: la Corte di Lussemburgo non può sindacare la validità costituzionale dell'ordine di esecuzione del trattato, poiché può assumere il suddetto trattato solo come parametro e non pure come oggetto del controllo rimesso alla sua competenza. Così come deve escludersi che i giudici nazionali possano sindacare in via definitiva la validità convenzionale del diritto derivato, parimenti deve escludersi che il giudice europeo possa sindacare la validità (per il diritto interno) del diritto convenzionale che fonda la sua esistenza e che disciplina le sue funzioni. Il diritto dei trattati non è legittimo per il nostro ordinamento interno se è in contrasto con la Costituzione, in particolare se eccede l'autorizzazione disposta dall'art. 11: e tale questione di legittimità non può essere attratta dentro l'orbita giuridica sovranazionale per essere trattata come se fosse un problema di diritto europeo. Per questa ragione non è possibile alcuna «europeizzazione dei controlimiti»<sup>26</sup>.

In base alla ricostruzione qui proposta il rispetto dei c.d. controlimiti non potrà opporsi al diritto europeo derivato, poiché questo è ri-

<sup>26</sup> *Contra* A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2006.

messo al controllo della Corte europea di giustizia e poiché, secondo il nostro diritto costituzionale interno e secondo lo stesso TUE, tutte le norme costituzionali, e non solo talune, sono sottratte alla disponibilità del diritto eurounitario derivato. Il problema del rispetto dei controllimiti si pone invece per il diritto europeo convenzionale, il quale è escluso che possa disporre «limitazioni di sovranità» non consentite dal nostro ordinamento costituzionale: e tra le limitazioni di sovranità non consentite figurano quelle che pregiudicherebbero l'attuazione di principi fondamentali come i diritti inviolabili e altre norme obiettive di giustizia, fermo restando che comunque l'art. 11 consente solo le limitazioni di sovranità previste dal diritto pattizio, cioè quelle volontariamente assunte dagli organi costituzionali nazionali, soprattutto attraverso l'ordine legislativo di esecuzione, con l'esclusione pertanto di quelle limitazioni di sovranità che provengono da fonti diverse e che non sono quindi il prodotto immediato di una autolimitazione volontaria degli organi costituzionali nazionali.

#### 10. *Il diritto dell'UE gode di piena «interpretive autonomy»?*

L'ordinamento UE non ha una *Kompetenz-Kompetenz* nel senso pregnante del termine, poiché non dispone sovraneamente delle sue competenze (nel senso che non le determina, né quindi può ampliarle). È infatti soggetto al “principio di attribuzione”, nel senso che gli organi sovranazionali possono esercitare solo le competenze attribuite dai Trattati, i quali a loro volta sono vigenti per effetto della legge interna che ne ordina l'esecuzione.

Ciò detto, dobbiamo chiederci se invece sia possibile riconoscere all'ordinamento europeo una *Kompetenz-Kompetenz* di tipo giurisdizionale, cioè se abbia una «strong interpretive autonomy», ossia il potere di interpretazione ultima in ordine al contenuto e alla estensione delle competenze attribuite<sup>27</sup>.

Le tesi alternative sono essenzialmente due. Il primo approccio muove dalla questione «whether only Community institutions are competent to interpret Community law, including the European Treaties themselves (strong interpretive autonomy) or whether the Member States have some say in that matter (weak interpretive autonomy)», per giungere alla conclusione che «general international law does not provide any gui-

---

<sup>27</sup> Problema sollevato da T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order. An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, n. 37, 1996, 389 ss., leggibile pure su [www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org).

dance on this question»<sup>28</sup>. Insomma, in base al diritto internazionale generale – secondo l’opinione riportata – la questione se l’ultima parola circa l’interpretazione e l’applicazione del diritto europeo spetti a organi dell’ordinamento sovranazionale ovvero a organi degli Stati membri sarebbe irresolubile.

Il secondo approccio rovescia la conclusione del primo, ammettendo, per certi versi, il fenomeno della «europeizzazione dei controlli». Sono paradigmatiche in tal senso le tesi di Joseph Weiler<sup>29</sup>, per il quale la *Kompetenz-Kompetenz giurisdizionale* della Corte di giustizia è perfettamente coerente con la logica del diritto internazionale pubblico, considerato che «il diritto internazionale non concederebbe certo agli Stati, presi singolarmente, il diritto di avere l’ultima parola sulle questioni riguardanti le competenze di un’organizzazione internazionale, proprio come non concederebbe tale strumento decisivo ad uno Stato su qualsiasi aspetto del trattato a cui avesse aderito (...) Tutt’al più, gli Stati membri dell’Unione, agendo all’unanimità, seguendo, generalmente, la procedura di revisione prevista dal trattato, possono determinare, emendare e modificare i trattati, inclusa la portata delle competenze»<sup>30</sup>. E a maggior ragione, se «un trattato istituisce una procedura per la soluzione vincolante di controversie, e in particolare organi giudiziari, l’autointerpretazione è giuridicamente ridotta al silenzio», tanto più che «la risoluzione vincolante ottenuta in via giudiziaria risulterebbe svuotata di significato se gli Stati soggetti a tali procedure fossero, poi, giuridicamente liberi di ricorrere alla “autointerpretazione” di ignorare la decisione del tribunale internazionale»<sup>31</sup>.

## 11. *Diritto internazionale pubblico vs diritto costituzionale interno*

Per ammissione degli stessi partecipanti al dibattito, il confronto si svolge interamente sul piano del diritto internazionale pubblico e non su quello del diritto costituzionale (interno). Ma anche se l’interpretazione dei Trattati istitutivi dell’UE, correttamente condotta secondo le regole del diritto internazionale, non consente il potere di autointerpretazione degli Stati membri, non si capisce che rilievo possa avere questa conclusione ai fini del diritto costituzionale nazionale.

<sup>28</sup> T. SCHILLING, *op. cit.*

<sup>29</sup> Illustrate in J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe* (1999), trad. ital. *La Costituzione dell’Europa*, il Mulino, Bologna, 2003, 391-449.

<sup>30</sup> J.H.H. WEILER, *op. cit.*, 398.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 418, 420.



È sempre possibile, infatti, una dissociazione tra diritto internazionale e diritto pubblico statale. Il primo postula la regola secondo cui le volontà statali che convergono nella conclusione di un trattato generano obblighi internazionali vincolanti per le parti contraenti, ma non si pone il problema giuridico se tali volontà statali si siano formate in modo costituzionalmente corretto; non distingue tra volontà statali costituzionalmente legittime e illegittime, sicché pure le seconde potrebbero essere alla base di trattati, con quel che ne consegue sotto il profilo della responsabilità internazionale dello Stato in caso di inadempimento degli obblighi pattizi<sup>32</sup>.

Pertanto la regola *pacta sunt servanda*, se anche è produttiva di obblighi e responsabilità internazionali, non potrebbe comunque fondare, sul piano giuridico interno, la vincolatività di trattati che per il diritto costituzionale non potevano essere legittimamente conclusi<sup>33</sup>. Ad esempio, l'art. 11 della nostra Costituzione consente solo le «limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», cosicché non sarebbe certo valido, sul piano costituzionale interno, un trattato che trasferisse stabilmente competenze legislative in favore di un'organizzazione internazionale costituita per fini che contrastassero coi valori della «pace e della giustizia fra le Nazioni» (per esem-

---

<sup>32</sup> A tale proposito vengono in rilievo due disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. L'art. 26 dispone che «una parte non può invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato». Ma ai fini del nostro problema è indubbiamente più calzante la previsione dell'art. 46, secondo cui «il fatto che il consenso di uno Stato ad essere vincolato da un trattato sia stato espresso violando una disposizione del suo diritto interno concernente la competenza a concludere trattati, non può essere invocato da tale Stato per infirmare il proprio consenso, a meno che tale violazione non sia stata manifesta e non concerna una norma di importanza fondamentale del proprio diritto interno»; e ancora, sempre l'art. 46 precisa che «una violazione è manifesta quando essa appaia obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi ed in buona fede». Ebbene, va detto che per le loro caratteristiche naturali di complessità le questioni di legittimità costituzionale delle leggi di esecuzione (e delle leggi, in genere) raramente sono annoverabili tra le «violazioni manifeste» cui si riferisce l'art. 46; e in ogni caso un'eventuale pronuncia di incostituzionalità che colpisse una legge di esecuzione difficilmente individuerebbe un vizio di costituzionalità «obiettivamente evidente ad ogni Stato che si comporti, in materia, in base alla normale prassi e buona fede», cioè difficilmente potrebbe essere condivisa, senza obiezioni, dalle altre parti contraenti il trattato, sicché – anche alla luce della Convenzione di Vienna – rimane aperta e fisiologica la possibilità di un conflitto irresolubile tra diritto internazionale pattizio e diritto costituzionale interno. In tema di responsabilità internazionale per violazione del diritto comunitario vedi R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 315-345.

<sup>33</sup> Così come non potrebbe giustificare la vincolatività interna di decisioni e pronunce da parte di organi sovranazionali, che pur conformi al diritto pattizio siano tuttavia lesive delle regole costituzionali nazionali.

pio, un'organizzazione che perseguisse l'obiettivo di un'espansione coloniale militare, con la conseguente creazione di strutture di governo autoritarie nei territori occupati).

In definitiva, quello che può essere legittimo e obbligante sul piano del diritto internazionale pubblico potrebbe invece essere invalido e nient'affatto vincolante sul piano del diritto pubblico statale. Di qui il grave dilemma se debba riconoscersi il primato del primo ovvero del secondo<sup>34</sup>: un dilemma che si ripropone esattamente in questi termini allorquando ci si interroga sulla questione se il potere di interpretazione ultima della portata delle competenze sovranazionali – ossia il potere di vigilare sul rispetto del principio di attribuzione – spetti alla Corte di giustizia ovvero ai tribunali costituzionali nazionali<sup>35</sup>.

Infatti, quando la Corte di giustizia esercita il potere di interpretazione ultima delle disposizioni pattizie in ordine al riparto di competenza tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali, si pronuncia indirettamente anche sulla estensione o intensità delle «limitazioni di sovranità» consentite dal dettato costituzionale nazionale: e quanto più estensiva sarà l'interpretazione delle competenze europee tanto maggiore sarà il limite posto a carico di quelle nazionali. Poiché il Trattato deroga alle norme costituzionali sulla produzione normativa, chi ha l'ultima parola sull'interpretazione del Trattato decide altresì quanto debbano considerarsi ampie le deroghe al dettato costituzionale, con ciò condizionando l'interpretazione costituzionale che, a diritto, dovrebbe competere ai tribunali costituzionali nazionali.

Non può esserci pertanto una perfetta separazione ed equiordinazione tra il compito della Corte del Lussemburgo e quello delle corti costituzionali, poiché il potere di stabilire, in via interpretativa, l'ampiezza delle deroghe pattizie al diritto costituzionale interno si traduce nel potere di vincolare il modo in cui si devono interpretare le costituzioni nazionali. Bisogna chiedersi allora se i tribunali costituzionali possano ac-

---

<sup>34</sup> A mo' di precisazione, faccio presente che non intendo certo proporre l'alternativa tra il primato della sovranità statale e il primato dell'ordinamento internazionale. Il fulcro della mia ricostruzione non è il concetto di sovranità caratteristico di antiche costruzioni del diritto pubblico statale (la cui fondatezza o infondatezza è tema troppo complesso per essere svolto in questa sede); e non è quindi l'idea che lo Stato possa, conservando sempre immutata la propria libertà e sovranità, auto-limitarsi e revocare la propria auto-limitazione. Al contrario, la base del mio discorso è l'idea di una sovranità statale non già libera e incondizionata, bensì vincolata da prescrizioni costituzionali.

<sup>35</sup> Per una diversa impostazione vedi A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, Relazione al seminario su "Diritto comunitario e diritto interno", tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, 11-12, 6 del *paper*, il quale sostiene che la competenza giurisdizionale in esame appartiene senz'altro alla Corte di giustizia in via esclusiva.

certare il metodo dell'interpretazione costituzionale conforme ai Trattati (per come questi sono interpretati dalla Corte di giustizia) o se invece sia più naturale che affermino l'obbligo di interpretazione dei Trattati conforme a Costituzione.

L'alternativa è una di quelle cui non si può sfuggire: o prevale il punto di vista della Corte costituzionale su quali deroghe la Costituzione consente (e quali esclude) o prevale il punto di vista della Corte europea su quali deroghe il diritto europeo pattizio pone a carico della Costituzione. Nel primo caso è l'interpretazione della Costituzione a guidare l'interpretazione dei Trattati, nel secondo è l'interpretazione dei Trattati a guidare l'interpretazione della Costituzione. Nel primo caso il primato è della Corte costituzionale, nel secondo è della Corte europea di giustizia. Ma il primato dell'una autorità giurisdizionale sull'altra è, a ben vedere, il primato di un ordinamento sull'altro. Ecco perché la questione su chi debba vigilare circa il rispetto del principio di attribuzione non è di quelle che possano decidersi solo in base al diritto internazionale pubblico, come se esulasse dalla materia costituzionale interna.

## 12. *Chi vigila sul principio di attribuzione?*

Giunti fin qui, la grande domanda è la seguente: a chi spetta l'ultima parola sul principio di attribuzione? Alla Corte di giustizia oppure alla Corte costituzionale? È l'ordinamento europeo a definire l'interpretazione corretta delle proprie attribuzioni (mediante le pronunce di un proprio organo giurisdizionale) o è invece l'ordinamento nazionale a definire l'interpretazione costituzionale corretta delle proprie limitazioni (mediante le sentenze di un proprio organo giurisdizionale)?

Una soluzione salomonica parrebbe quella di ripartire i compiti in modo da riservare alla Corte del Lussemburgo il principio di attribuzione e alla Corte costituzionale i controlimiti, cioè i principi supremi dell'ordinamento costituzionale interno, nel senso che la prima non dovrebbe poter interpretare le attribuzioni europee in modo così esteso da implicare lesioni del nucleo profondo dell'identità costituzionale nazionale. È una divisione del lavoro in base alla quale la Corte costituzionale non potrebbe censurare la violazione in sé del principio di attribuzione, ma solo quelle che ridondassero in violazioni dei controlimiti, coll'onere di indicare precisamente le norme costituzionali fondamentali violate. È noto che è proprio questa, ad oggi, la "dottrina" seguita dalla nostra Corte costituzionale: una posizione indubbiamente più moderata rispetto a quella del tribunale costituzionale tedesco, che in più occasioni ha rivendicato la propria competenza in ordine allo stesso principio di attri-

buzione<sup>36</sup>. Ma non è affatto detto che l'orientamento più corretto sia quello italiano anziché quello germanico o che non ci siano criteri obiettivi per scegliere tra l'uno e l'altro. Può darsi che l'attivismo di Karlsruhe e il *self-restraint* della Consulta poggino su sensibilità "politiche" diverse in ordine all'integrazione europea e al rapporto tra ordinamenti, ma ciò non ci esime dal prendere posizione sulla fondatezza dell'uno o l'altro orientamento secondo criteri e principi giuridici: non possiamo liberarci dal dilemma sostenendo che la scelta non potrebbe che essere solamente "politica".

Se teniamo fermo che le «limitazioni di sovranità» ex art. 11 Cost. sono costituzionalmente legittime solo se derivano da un atto legislativo interno (la legge di esecuzione del Trattato) che dispone una sorta di "autolimitazione" delle competenze legislative interne, e quindi una deroga alle norme costituzionali sulla produzione normativa, è chiaro – a mio avviso – a chi dovrebbe spettare il potere di decidere (in via interpretativa) quanto a fondo possa spingersi quest'autolimitazione. Qui entra in gioco la vecchia (ma ancora attuale) questione se la forza derogatoria delle norme costituzionale sia da imputarsi alla legge di esecuzione ovvero allo stesso contenuto normativo del Trattato: questione che, come si è detto, è semplicemente risolubile in favore della prima ipotesi, visto che senza legge di esecuzione il trattato non potrebbe certo trovare applicazione nell'ordinamento interno. Il principio di attribuzione è, dunque, *in ultima istanza*, un problema di interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina legislativa interna, che è la sola abilitata a fondare le attribuzioni europee e a derogare alle norme costituzionali sulla competenza.

Si obietterà che è la stessa legge di esecuzione a rinviare al potere di interpretazione ultima della Corte di giustizia. È quanto si evince dagli artt. 263 e 267 del TFUE, ove peraltro si prevede per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza *l'obbligo* del rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati e sulla validità del diritto europeo secondario. I giudici nazionali dovrebbero, pertanto, in base allo stesso dettato legislativo interno (che incorpora le norme del TFUE), astenersi dall'esercitare un

---

<sup>36</sup> Come osserva D. MURSWIEK, *Partecipazione della Germania all'integrazione europea e poteri di controllo dello stato tedesco attraverso il Bundervassungsgericht*, in N. ZANON (a cura di), *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2015, 115, 117, il tribunale costituzionale tedesco «trattiene a sé la competenza a ricorrere al controllo su atti normativi e altri provvedimenti degli organi EU, ovvero se essi si siano mantenuti nei confini delle loro circoscritte competenze o siano da queste fuoriusciti». Si tratta, come è palese, di «Ultra-vires-Kontrolle», cioè «il Bundesverfassungsgericht verifica se un organo EU ha oltrepassato le sue competenze, ovvero se ha agito *ultra vires*». (BVergGE 89, 155 (188)).

controllo *finale* sull'esercizio *ultra vires* delle competenze attribuite all'Unione, lasciando l'ultima parola alla Corte di giustizia? Ciò sarebbe perfettamente compatibile col diritto internazionale pubblico, ma il punto è se sia compatibile col diritto costituzionale interno: cioè, se la legge di esecuzione, che importi deroghe alle norme costituzionali, possa validamente affidare il controllo ultimo sulla portata di tali deroghe a un'autorità giurisdizionale sovranazionale. È costituzionalmente legittimo che la legge di esecuzione autorizzi lo stesso ordinamento europeo a decidere in modo ultimativo sul rispetto delle proprie attribuzioni e, di conseguenza, sull'ampiezza delle deroghe al diritto costituzionale?

### 13. *Il caso Taricco e il principio di attribuzione come controlimito*

In parte si è già risposto con riguardo al diritto europeo derivato. Se questo non è attuazione legittima di deroghe alle competenze costituzionali previste dal diritto primario pattizio ma è invece introduttivo di deroghe ulteriori al dettato costituzionale, cioè nuove o ampliative rispetto a quelle disposte dai Trattati, allora siamo fuori dal principio di attribuzione e, nonostante il diverso orientamento della Corte di giustizia (che potrebbe riconoscere piena validità a tali deroghe ulteriori), le autorità giurisdizionali nazionali possono e debbono reagire per ripristinare la primazia del diritto costituzionale interno sul diritto europeo derivato.

Ma il caso *Taricco* è parzialmente diverso. Qui il problema non è il carattere *ultra vires* e incostituzionale del diritto derivato, poiché la disciplina di cui la Corte di giustizia pretende il rispetto fa parte del diritto europeo primario. I giudici lussemburghesi argomentano, infatti, la necessità di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. in virtù del loro contrasto con l'art. 325 TFUE, laddove dispone che «l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure (...) che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione»; e che «gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari». A giudizio di molti<sup>37</sup> in questo caso alla applicazione dell'art. 325 TFUE e alla conseguente disapplicazione

---

<sup>37</sup> Ma non di tutti, come dimostra l'orientamento manifestato da una parte della dottrina penalistica, su cui vedi, per tutti, 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.

della disciplina legislativa interna, relativa a termini prescrizionali massimi, osterebbe la riserva di legge in materia penale *ex art. 25*, comma secondo, Cost. Come si vede, è richiamata in modo puntuale una disposizione costituzionale quale controlimite al diritto europeo (primario): il dibattito, pertanto, si focalizza sulla questione se tale disposizione individui veramente un principio supremo – il che parrebbe invero scontato – e soprattutto sulla questione se la disciplina *procedurale* relativa a termini prescrizionali massimi ricada dentro l'ombrello protettivo della riserva di legge penale (dal momento che può ipotizzarsi che questa riguardi solo i profili *sostanziali* della disciplina, relativi alla determinazione delle fattispecie incriminatrici).

Tuttavia la questione potrebbe impostarsi pure in un altro modo, prescindendo dalla presunta violazione dell'art. 25, comma secondo, Cost. È noto che le pronunce della Corte europea di giustizia sono considerate alle stregua di fonti del diritto, vincolanti *erga omnes*<sup>38</sup>: anche per esse, quindi, come per qualsiasi altra fonte del diritto europeo derivato, può porsi il problema se siano *ultra vires* e, di conseguenza, lesive del principio di attribuzione. Nel caso di specie il dubbio è se la sentenza della Corte lussemburghese in oggetto, resa in occasione di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, sia rispettosa della dottrina dell'effetto diretto: dubbio che appare, *ictu oculi*, fondato, considerato che non ricorre praticamente nessuna delle condizioni cui dovrebbe essere subordinata la produzione di effetti diretti.

Infatti non pare che l'art. 325 TFUE esprima una norma chiara, precisa e, soprattutto, non condizionata: invero ha più la struttura di una classica norma programmatica<sup>39</sup>. Non per caso è richiamata solo per inibire l'applicazione degli artt. 160 e 161 c.p., e non certo al fine di enucleare una regola del caso concreto, che sia applicabile direttamente e in alternativa alla disciplina nazionale. Inoltre la sua applicazione non è contestuale e connessa al riconoscimento di un diritto soggettivo in capo a un singolo individuo che abbia interesse a ottenere l'applicazione della disciplina comunitaria in luogo di quella nazionale<sup>40</sup>: il solo interesse che

<sup>38</sup> Per quanto riguarda la nostra giurisprudenza costituzionale il riconoscimento delle sentenze interpretative della Corte lussemburghese come fonti normative è esplicito nelle sentt. 113 del 1985 e 389 del 1989.

<sup>39</sup> Anche R. Calvano, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi.it*, n. 1/2016, 8, definisce l'art. 325 TFUE come una «norma di principio», per ciò stesso «di difficile applicazione al caso concreto».

<sup>40</sup> Sul punto vedi le osservazioni di R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, Intervento al Convegno "Controlimiti - Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", tenutosi a Ferrara il 7-8 aprile 2016.

viene in rilievo, in questo caso, è l'interesse finanziario dell'UE alla percezione della quota di IVA dovuta.

Si obietterà che è la stessa Corte di giustizia ad avere elaborato la dottrina dell'effetto diretto; che è perciò la Corte stessa a dover vigilare sulle condizioni della sua applicazione; e che, infine, non può escludersi la possibilità che i giudici lussemburghesi imprimano un'evoluzione ulteriore al loro orientamento, ampliando le ipotesi in cui poter riconoscere effetti diretti alla disciplina comunitaria. Si dà il caso però che, pur essendo un'elaborazione originale della Corte di giustizia, la dottrina dell'effetto diretto, intesa nei termini sopra riportati, non è *solo* una dottrina del giudice europeo, ma è *anche* una dottrina della Corte costituzionale italiana<sup>41</sup>. Integra cioè il modo in cui il nostro giudice costituzionale concepisce le «limitazioni di sovranità» che sono consentite ai sensi dell'art. 11 Cost. È dunque parte di un orientamento complessivo di interpretazione costituzionale circa il modo corretto di intendere il rapporto tra assetto costituzionale delle competenze nazionali e deroghe previste dal diritto europeo<sup>42</sup>. Se la Corte di giustizia ascrive al diritto europeo un effetto diretto in relazione a condizioni diverse rispetto a quelle riconosciute dalla Corte costituzionale, quest'ultima potrebbe eccepire che l'orientamento del giudice lussemburghese non rientra tra le «limitazioni di sovranità» che debbono ritenersi legittime ai sensi dell'art. 11 Cost. A ben vedere, il principio leso sarebbe proprio quello di attribuzione, prima ancora che la riserva di legge penale.

Certo, pure il principio di cui all'art. 25, comma secondo, Cost., se inteso alla luce della giurisprudenza costituzionale, cioè in modo comprensivo sia degli aspetti sostanziali che procedurali della disciplina penale, è indubbiamente un controlimite che inficia il *dictum* della Corte di giustizia; e la sua invocazione, pertanto, non potrebbe che rafforzare sul piano della motivazione un'eventuale declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione.

Tuttavia, a ben vedere, è la violazione del principio di attribuzione il principale vizio di costituzionalità. Può eccepirsi che tale controlimite ge-

<sup>41</sup> Da questa dottrina dipende, peraltro, la distinzione tra i diversi casi di incompatibilità tra diritto europeo e diritto interno: nel senso che quando la norma comunitaria è provvista di effetto diretto il rimedio è la non applicazione della disciplina nazionale e la diretta applicazione giudiziale di quella europea, mentre il rimedio è il sindacato di costituzionalità della norma interna quando alla disposizione comunitaria non può riconoscersi effetto diretto.

<sup>42</sup> Infatti, il potere del giudice nazionale di disapplicare (o non applicare) la legge nazionale contrastante con la norma comunitaria suscettibile di effetto diretto rientra proprio tra le deroghe all'ordine costituzionale delle competenze, previste dal Trattato: in particolare, è una deroga all'art. 101 Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge.

nerale non potrebbe invocarsi di per sé quale parametro del giudizio di costituzionalità e che quindi occorrerebbe indicare in modo puntuale la norma costituzionale violata. Ritengo però che questo sia un falso problema, per le ragioni che seguono. Come ho detto, la violazione del principio di attribuzione si produce ogniqualvolta gli organi dell'ordinamento UE esorbitano dalle competenze legislative, giurisdizionali e in genere decisionali che sono attribuite dal Trattato: tali competenze, infatti, avendo carattere derogatorio rispetto al dettato costituzionale, si traducono in corrispondenti compressioni di competenze interne previste dal diritto costituzionale nazionale. Quindi è sempre possibile rinvenire per ogni lesione del principio di attribuzione la corrispondente violazione di una disciplina costituzionale interna, nel senso che sarebbe compressa e derogata più di quanto consentito.

Ad esempio, nel caso Taricco è l'art. 101 Cost., nella parte in cui stabilisce la soggezione dei giudici soltanto alla legge, a segnalare la violazione del principio di attribuzione: come ho detto, il Trattato (anche per come interpretato dalla Corte di giustizia) introduce una deroga a tale previsione costituzionale, stabilendo che i giudici nazionali debbono disapplicare (o non applicare) la legge nazionale che contrasti col diritto europeo *self-executing*. Ma il limite di questa deroga al nostro diritto costituzionale sarebbe, evidentemente, forzato qualora si pretendesse che i giudici nazionali disapplichino la norma legislativa interna in nome di norme comunitarie sprovviste di effetto diretto: infatti, in assenza di norme europee *self-executing* la portata normativa dell'art. 101 Cost. si riepande e ritorna la soggezione del giudice alla legge, dalla quale può liberarsi solo mediante la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale.

Il principio di attribuzione è, in definitiva, un controlimite costituzionale *generale* al primato del diritto europeo, per il quale può sempre rintracciarsi la violazione di una norma costituzionale *particolare*. È peraltro una conclusione che il nostro ordinamento farebbe propria con oltre vent'anni di ritardo rispetto al tribunale costituzionale tedesco<sup>43</sup>. Ma in questo caso suona opportuno il detto: *meglio tardi che mai*.

---

<sup>43</sup> Mi riferisco soprattutto alla sentenza "Maastricht" del 1993.





CRISTIANO CUPELLI

## IL CASO *TARICCO* E IL CONTROLIMITE DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari) dell'Unione nella sentenza *Taricco*. Una decisione che inquieta, ma non sorprende. – 2. L'impatto sulla (prima) giurisprudenza penale e l'involontario merito del caso *Taricco*. – 3. L'alibi della natura processuale della prescrizione. – 4. L'evanescenza dei criteri. – 5. I controlimiti e la tenuta del principio di legalità. – 6. L'operatività e i potenziali risvolti. – 7. I rapporti tra diritto penale, potere e garanzie: lo spettro di un'anomia penale.

1. *La Corte di Giustizia, la prescrizione e gli interessi (finanziari) dell'Unione nella sentenza Taricco. Una decisione che inquieta ma non sorprende*

La sentenza della Grande sezione della Corte di Giustizia 8 settembre 2015, *Taricco*<sup>1</sup> esemplifica emblematicamente lo stato dei rapporti tra diritto dell'UE e diritto penale, mettendo a nudo le possibili idiosincrasie tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e (pronunce delle) Corti in materia penale.

La Corte di Giustizia, sollecitata dal GUP presso il Tribunale di Cuneo<sup>2</sup>, ha affermato l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione, così come emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., allorquando ritenga che tale disciplina (fissando un limite massimo al corso della prescrizione pari, di regola, al termine prescrizionale ordinario aumentato di un quarto) impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di rilevante entità altrimenti non punite in un nu-

---

<sup>1</sup> Pubblicata in *www.penalecontemporaneo*, 14 settembre 2015.

<sup>2</sup> Con una questione pregiudiziale sollevata con ordinanza 17 gennaio 2014, reperibile in *www.penalecontemporaneo*, 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*

mero considerevole di casi<sup>3</sup>. Nella sostanza, in tali evenienze sul giudice graverà un vero e proprio obbligo – discendente direttamente dal diritto

<sup>3</sup> Sulla sentenza, senza pretesa di esaustività, si vedano i commenti di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015; C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, *ivi*, 22 settembre 2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*, 29 ottobre 2015; ID., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, *ivi*, 30 marzo 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, *ivi*, 10 dicembre 2015; B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, *ivi*, 15 febbraio 2016; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 29 febbraio 2016; G. CIVELLO, *La sentenza «Taricco» della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; ID., *Il «dialogo» fra le quattro corti: dalla sentenza «Varvara» (2013) della CEDU alla sentenza «Taricco» (2015) della CGUE*, in *Arch. pen.*, fascicolo 3/2015, 783 ss.; G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, *ivi*; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, *ivi*; O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. trib.*, 2015, 1552 ss.; A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, 2015, 113 ss.; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta Online*, fasc. 1/2016, 94 ss.; G. MOBILIO, *Dal caso Taricco al redde rationem tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, 1009 ss.; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1564 ss.; R. LUGARÀ, *La tutela «multilivello» dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Liberio osservatorio del diritto*, 2015, 36 ss.; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Processo penale e giustizia*, 2016, 44 ss.; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 2 ss.; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 362 ss.; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3 febbraio 2016; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *Arch. pen.*, n. 2/2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.; P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza «Taricco» alla prova dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2016; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, *ivi*, 4 luglio 2016.

dell'Unione – di «condannare l'imputato ritenuto colpevole dei reati ascrittigli, nonostante l'intervenuto decorso del termine prescrizionale calcolato sulla base degli artt. 160 e 161 c.p.»<sup>4</sup>.

Due le ipotesi di incompatibilità degli artt. 160 e 161 c.p. con il diritto UE ravvisate dalla Corte di Giustizia: la prima, con riferimento all'art. 325, par. 1 TFUE, allorché il giudice nazionale ritenga che dall'applicazione delle norme in materia di (interruzione della) prescrizione derivi, «in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave» in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione europea, di talché la normativa interna impedisca l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive per tali condotte (§ 47); la seconda, con riferimento all'art. 325, par. 2 TFUE, nel caso in cui il giudice interno verifichi che la disciplina nazionale contempra per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'UE (§ 48)<sup>5</sup>.

I dirompenti effetti *in malam partem* di una diretta disapplicazione – portato della consacrazione del primato *a tutti i costi* del diritto europeo – non possono non suscitare un senso d'inquietudine; al contempo, però, non possono più di tanto sorprendere. È sufficiente infatti ricordare come, poco più di tre anni fa, sempre la Grande sezione della Corte di Giustizia, nella altrettanto nota sentenza 26 febbraio 2013, Melloni<sup>6</sup>, abbia offerto una risposta negativa sulla possibilità di opporre, in caso di cooperazione giudiziaria, la prevalenza del *surplus* di garanzia offerto da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell'Unione<sup>7</sup>. Nell'occa-

<sup>4</sup> Come riconosce F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 2.

<sup>5</sup> In particolare, l'obbligo di assimilazione si è ritenuto violato a fronte della comparazione con il delitto di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973), rispetto al quale il diritto interno non ha previsto alcun termine assoluto di prescrizione; con l'effetto che tale fattispecie non è assoggettata al limite massimo complessivo del termine prescrizionale in caso di eventi interrutivi, ricadendo il delitto nella classe dei reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p. ai quali non si applica, *ex artt.* 160 e 161 c.p., il tetto invalicabile dell'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere (§ 48).

<sup>6</sup> Sulla pronuncia, tra i molti commenti, si segnalano, con varietà di sfumature e accenti (più o meno) critici, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. Un. eur.*, 2013, 399 ss.; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 177 ss.; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il «caso Melloni»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2013.

<sup>7</sup> Invocando a tal fine la clausola di salvaguardia dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea secondo cui «nessuna disposizione (...) della Carta deve es-

sione, la Corte fu chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal *Tribunal Constitucional* spagnolo e fu investita, fra l'altro, della valutazione circa la possibilità di uno Stato membro (la Spagna) di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo, emesso, a seguito di un processo svoltosi *in absentia*, da altro Stato membro (l'Italia), che non prevede la possibilità di revisione dello stesso processo (e della relativa sentenza di condanna) e quindi difetta di una tutela rafforzata dei diritti della difesa e dell'equo processo.

Ma non ci si può sorprendere soprattutto tenendo in considerazione il contesto attuale nel quale la decisione è maturata: quello in cui, da un lato, l'incidenza esercitata dall'Unione europea *anche* sulle determinazioni di politica criminale degli Stati membri (seppure mascherata dietro il paravento di una potestà punitiva solo indiretta) è quanto mai stringente e, dall'altro, si sono ampliati, con il Trattato di Lisbona, i margini di influenza in materia penale, senza che tuttavia si siano parallelamente resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i relativi meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività<sup>8</sup>.

## 2. *L'impatto sulla (prima) giurisprudenza penale e l'involontario merito del caso Taricco*

Delineato lo scenario, si ha la sensazione che la sentenza Taricco possa rappresentare solo una tappa nel cammino di progressiva destabilizzazione delle fondamenta del diritto penale classico, contribuendo ad asseverare il percorso di delegittimazione della garanzia della riserva di legge parlamentare, percepita in maniera deformata quale limite, piuttosto che come risorsa rispetto alla tutela e alla difesa dei diritti fondamentali.

Immediato e proteiforme l'impatto sulla giurisprudenza interna. La Terza sezione penale della Corte di Cassazione, nell'udienza del 15 settembre 2015<sup>9</sup>, ha dato un primo e immediato seguito, sostanzialmente

---

sere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti (...) e dalla costituzioni degli Stati membri».

<sup>8</sup> Sulla strutturazione del sistema parlamentare euro-nazionale, si vedano i contributi raccolti nel volume *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, a cura di A. Manzella, N. Lupo, Torino, 2014.

<sup>9</sup> Cass., III sez. pen., sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2016 e in *Giur. it.*, 2016, 965 ss., con nota di F. Rossi, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*.

avallando l'*iter* logico-giuridico della Corte di Giustizia: dapprima, ritenendo integrati i requisiti individuati ai fini della disapplicazione delle disposizioni di cui all'art. 160, ultima parte e all'art. 161 c.p. (la soglia di rilevante gravità delle frodi agli interessi finanziari dell'Unione e la determinazione di una situazione di impunità «in un numero rilevante di casi»); quindi, spendendo anche a livello nazionale, per tacitare i dubbi di legittimità costituzionale, il discutibile argomento della natura processuale della prescrizione, sottratta per tale via alle garanzie del principio di legalità.

In senso diametralmente opposto, la Seconda sezione penale della Corte di Appello di Milano, con ordinanza 18 settembre 2015<sup>10</sup>, ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale, sollevando questione di legittimità dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia (...) – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, co. 2, Cost.». È stata dunque sdoganata l'arma dei controlimiti alle limitazioni di sovranità – arma come è noto a lungo relegata in una sorta di 'limbo applicativo'<sup>11</sup> – nei confronti dell'ordinamento europeo, riferendola addirittura alla materia penale e invocando a supporto il principio di legalità rispetto al generale obbligo, per il giudice italiano, di dare applicazione all'art. 325 TFUE.

Poco dopo, altra Sezione della Cassazione – la Quarta – è tornata sulla questione, ritenendo tuttavia non operante nella fattispecie esaminata l'obbligo di disapplicare gli artt. 160 e 161<sup>12</sup>; a tale prognosi è per-

<sup>10</sup> Pubblicata in *www.penalecontemporaneo*, 21 settembre 2015, con commento 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'*.

<sup>11</sup> Come ricordato di recente, fra gli altri, da M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, 84 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 9 ss. e R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «controlimiti» 2.0*, in *Federalismi.it. Focus fonti*, 29 febbraio 2016, 1 ss.

<sup>12</sup> Cass., IV sez. pen., sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2016, con nota di A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*.

venuta dopo avere vagliato – senza confutarli, ma solo reputandoli insistenti nel caso di specie – gli aspetti fondamentali del percorso argomentativo delineato dalla Corte di Giustizia, e cioè il requisito della «determinazione della *soglia minima di gravità delle frodi* in relazioni alle quali andrebbe disapplicata la disciplina nazionale sulla prescrizione» e il diverso atteggiarsi dell'obbligo di disapplicazione a seconda che – al momento della pubblicazione della sentenza *Taricco* – *la prescrizione sia già maturata ovvero ancora pendente*.

In questo contrasto interpretativo, è nuovamente intervenuta la Terza sezione penale della Corte di Cassazione; disattendendo i precedenti arresti, è stata sollevata in due occasioni questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, per contrasto, stavolta, non solo con l'art. 25, co. 2, ma anche con gli artt. 3, 11, 27, co. 3, 101, co. 2, Cost.<sup>13</sup>.

La varietà di posizioni e sfumature applicative lascia trapelare un involontario merito, che va riconosciuto alla Corte di Giustizia: avere rinvigorito il dubbio, da un lato, se sia davvero inutile e anacronistico insistere in una lettura del principio di legalità in materia penale coerente con le proprie origini, quale presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività delle opzioni politico-criminali e, dall'altro, se vada derubricato a mero esercizio retorico invocare il rispetto dell'art. 101, co. 2 Cost., la soggezione del giudice soltanto alla legge e la divisione dei poteri (e delle relative competenze) tra giudice e legislatore<sup>14</sup>.

### 3. *L'alibi della natura processuale della prescrizione*

Prima di provare a offrire qualche risposta, occorre richiamare gli scarni e sbrigativi passaggi motivazionali attraverso i quali la Corte di Giustizia ha liquidato le riserve in relazione alla possibile lesione del principio di legalità in materia penale.

Invocando come unico riferimento l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – «che sancisce i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, in base ai quali, in particolare, nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al mo-

<sup>13</sup> Cass., III sez. pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346; Cass., III sez. pen., ord. 31 marzo 2016, ric. Adami e altri.

<sup>14</sup> È ciò che si è più diffusamente tentato di fare in C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 196 ss. e in *Id.*, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e contro-limiti*, in *Criminalia* 2013, 339 ss.

mento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale» (§ 54) –, si è ritenuto che la disapplicazione delle disposizioni interne in materia di prescrizione «avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana» (§ 55).

Cosicché, «una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta», dal momento che «non ne deriverebbe affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto», visto che «i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste» (§ 56).

A riprova, viene menzionata quella giurisprudenza della Corte EDU relativa all'art. 7 CEDU ad avviso della quale «la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 (...), dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti» (§ 57).

Ecco il *comodo alibi* dietro il quale si ripara la Corte di Giustizia: la natura processuale e non sostanziale dell'istituto della prescrizione, che consente di sottrarre agevolmente la disciplina dei termini prescrizionali alle garanzie del *nullum crimen sine lege*, lette unicamente nel prisma dell'art. 49<sup>15</sup>, sul presupposto che non sia ravvisabile in ambito convenzionale né in ambito europeo un diritto fondamentale dell'individuo a non

<sup>15</sup> Questa soluzione è stata peraltro ripresa e ulteriormente sviluppata, in termini se possibile ancor più discutibili, dalla Terza sezione della Cassazione, nella citata sentenza n. 2210, depositata lo scorso 20 gennaio 2016. A supporto, vengono invocati argomenti alquanto labili, quali *a*) l'avvenuta ratifica, da parte dell'Italia, del Quarto Protocollo alla Convenzione del Consiglio d'Europa sull'estradizione; *b*) la natura meramente «dichiarativa» e non «costitutiva» della sentenza della Corte di giustizia; *c*) un passaggio della sentenza della Corte costituzionale 22 luglio 2011, n. 236; perplesso su tali passaggi motivazionali F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, cit., 2 ss.; con toni critici, anche D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit., 8 ss. e G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza «Taricco» della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del minimalismo penale*, in *Arch. pen.*, n. 1/2016, 6 ss.



essere sottoposto a termini di prescrizione non previsti al momento della commissione del fatto<sup>16</sup>.

Senonché, il sillogismo proposto pecca nella sua premessa. È infatti largamente condivisa in dottrina la lettura sostanzialistica della prescrizione<sup>17</sup>, ancorata a «ragioni relative al punire o non punire», al «problema della rilevanza del tempo trascorso rispetto alle esigenze di risposta al reato»<sup>18</sup> e agli indissolubili legami con le istanze di prevenzione generale positiva e alla strumentalità al perseguimento della funzione rieducativa della pena<sup>19</sup>.

Ma è soprattutto nella giurisprudenza della Corte costituzionale che la natura sostanziale della prescrizione si è radicata, in piena coerenza con il suo fondamento storico e la sua *ratio*<sup>20</sup>. Istruttivo il richiamo, tra le varie pronunce<sup>21</sup>, alla sentenza n. 143 del 2014: qui la Corte ha precisato

<sup>16</sup> F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, cit., 2.

<sup>17</sup> Per un accurato inquadramento del dibattito relativo alla natura giuridica della prescrizione, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, 63 ss.; in argomento, si vedano anche G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 391 ss.; A. MOLARI, voce *Prescrizione del reato e della pena (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1966, 679 ss.; S. PANAGIA, voce *Prescrizione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 659 ss.; P. PISA, voce *Prescrizione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 78 ss.

<sup>18</sup> D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2015, 21; tesi già in precedenza sostenuta in ID., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 523.

<sup>19</sup> In termini generali, per tutti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 830 ss. e, con riferimento alla sentenza Taricco, B. ROMANO, *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, cit., *principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, cit., 7 ss.; in questa prospettiva, si è ipotizzato un fondamento costituzionale della prescrizione nell'art. 3, co. 2 Cost., «sub specie dell'obbligo statale di rimozione dei fattori di impedimento al pieno sviluppo della persona umana, ma anche nell'art. 27, co. 3, stante la dispersione nel tempo delle istanze rieducative» (Così G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, cit., 394). Per una rilettura degli istituti del diritto penale in chiave teleologicamente orientata, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 83 ss.

<sup>20</sup> *Ratio* collegata, «da un lato, all'interesse generale di non perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, l'allarme della coscienza comune» e, dall'altro, «al diritto all'oblio dei cittadini, quando il reato non è così grave da escludere tale tutela» (C. PIERGALLINI, *Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta*, in *Giur. cost.*, 2014, 2372).

<sup>21</sup> Senza pretesa di esaustività, si possono ricordare, tra le più recenti, Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393, in *Giur. cost.*, 2006, 4106; sent. 1 agosto 2008, n. 324, *ivi*, 2008, 3459 ss.; sent. 14 febbraio 2013, n. 23, *ivi*, 2013, 370 ss.; sent. 25 marzo 2015, n. 45, *ivi*, 2015, 370 ss.

che «sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.) – la prescrizione costituisce, nell’attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale, la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all’interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l’allarme della coscienza comune; dall’altro, al ‘diritto all’oblio’ dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela». Con la specificazione che tali finalità «si riflettono puntualmente nella tradizionale scelta di correlare alla gravità del reato il tempo necessario a prescrivere, ancorandolo al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minor disvalore nella coscienza sociale. Siffatta correlazione, cui già si ispirava la scansione dei termini prescrizionali per ‘classi di reati’, originariamente adottata dal codice penale del 1930, è divenuta ancor più stretta a seguito della legge n. 251 del 2005, la quale (...) ha identificato nella durata massima della pena edittale di ciascun reato il tempo sufficiente a decretare, in via presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto criminoso»<sup>22</sup>. È sempre la Corte a riservare all’esclusiva discrezionalità legislativa la possibilità di introdurre deroghe al regime ordinario di prescrizione, stabilendo «termini più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti»<sup>23</sup>.

Caduta la premessa, dunque, crolla l’*argomento processuale* e il correlato indebolimento della pretesa di legalità<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, in *Giur. cost.*, 2014, 2369.

<sup>23</sup> Ancora Corte cost., sent. 28 maggio 2014, n. 143, cit., 2369. Sulla natura sostanziale prende limpidamente posizione anche la Cassazione nella citata ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (spec. § 4.2.3), con appropriati richiami alla collocazione legislativa, all’interpretazione letterale, alle possibilità (riconosciute dall’art. 129 c.p.p.) di un «accertamento giudiziale, sia pure nei limiti dell’evidenza probatoria, che il fatto non sussiste o non è preveduto dalla legge come reato o l’imputato non lo ha commesso, anche allorquando sia maturata la prescrizione» e alla stessa concezione della punibilità come elemento del reato (anche in rapporto alla particolare tenuità del fatto).

<sup>24</sup> Ammesso e non concesso che davvero il principio di legalità non copra anche le norme processuali (come sottolinea invece, opportunamente, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, cit., 371, invocando in particolare l’art. 111, co. 1 Cost., ai sensi del quale il processo è «regolato dalla legge»), va comunque messa in luce (lo fa opportunamente V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 13), l’intrinseca contraddittorietà che accompagna l’impostazione seguita dalla pronuncia, «che prima imputa alla disciplina italiana della prescrizione il deficit di effettività/adequatezza della tutela, e poi nega che essa sia parte della legalità sostanziale».

Lo *schema Taricco* mette anche in discussione la retorica del dialogo tra le Corti, dal momento che, come si è visto, sulla questione «la Corte di Giustizia, sprezzantemente, non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale e nega la possibile violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo»<sup>25</sup>.

Senza trascurare, peraltro, la scarsa persuasività del richiamo operato sul punto alla giurisprudenza della Corte EDU: «sia perché i precedenti non sembrano inequivoci, sia perché l'esclusione della prescrizione – in sede convenzionale – dall'ombrello garantistico dell'art. 7 CEDU non può determinare mutamenti peggiorativi dello statuto garantistico seguito a livello domestico», considerato che il concetto di *materia penale* opera a senso unico, «potendo estendere le garanzie interne, e mai ridurle, in linea del resto con la clausola di salvaguardia prevista nell'art. 53 CEDU»<sup>26</sup>. Anzi, come si è messo in luce, in una sorta di eterogenesi dei fini il richiamo alla giurisprudenza europea potrebbe spingere verso conclusioni opposte rispetto a quelle prospettate dalla Corte di Giustizia: «l'approccio sostanziale che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU, infatti, considera centrale – al di là di qualificazioni formalistico/dogmatiche – se una certa modifica di disciplina abbia avuto ripercussioni negative in capo al singolo, non prevedibili al momento della commissione del fatto: e, francamente, l'effetto peggiorativo – quale che ne sia la natura – sembra innegabile quando la mutazione concerna il regime della prescrizione, mutazione che del resto la stessa Corte di Strasburgo ha considerato determinante, nelle sue ripercussioni negative, in un precedente “italiano” assai noto (*Drassich c. Italia*)»<sup>27</sup>.

Ciò che resta in piedi, allora, è un argomento metagiuridico, che con tutta probabilità ha rivestito un peso non irrilevante nelle determinazioni dei giudici europei: l'idea che, ad onta del ricordato fondamento dommatico e politico-criminale, l'istituto della prescrizione rappresenti, in fondo, nulla più che un odioso privilegio, uno strumento per garantire una sostanziale e indiscriminata impunità, «un paradossale istituto premiale a tutela degli imputati colpevoli e ai danni della collettività»<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 15.

<sup>26</sup> In questi termini, efficacemente, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 14.

<sup>27</sup> Ancora V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 14 ss.

<sup>28</sup> G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza «Taricco» della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del «minimalismo penale»*, cit., 10; un'acuta riflessione sull'intolleranza

#### 4. *L'evanescenza dei criteri*

Un ulteriore snodo problematico accompagna, sul piano applicativo, l'attuazione del *dictum* della sentenza Taricco, e cioè l'assoluta evanescenza delle condizioni che, secondo la Corte di Giustizia, il giudice nazionale sarà chiamato a verificare per poter procedere alla disapplicazione del diritto interno: la *gravità* delle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE e il numero dei casi – che dovrà essere *considerevole* – in cui la normativa interna determini l'impossibilità di sanzioni effettive e dissuasive.

Ora, mentre l'accertamento della «gravità» delle frodi è stato in qualche modo ancorato a parametri normativi conosciuti – la configurabilità, nel caso concreto, dell'aggravante del «danno patrimoniale di rilevante gravità» di cui all'art. 61, n. 7 c.p.<sup>29</sup> e il riferimento all'art. 2, par. 1 della Convenzione PIF<sup>30</sup> –, del tutto improba si presenta la verifica del *numero considerevole di casi* di frodi gravi che resterebbero impunte. *Quando* tale numero potrà ritenersi *considerevole*? *E a quali casi* ci si dovrà riferire: al totale di fattispecie in materia di evasione IVA scrutinate nell'intero territorio nazionale ovvero solo a quelle sottoposte al vaglio del singolo giudice procedente? Nella prima ipotesi, «il giudice dovrebbe avere a disposizione statistiche affidabili», nella seconda, «la casualità della disapplicazione sarebbe totale, perché tutto dipenderebbe dall'accidentale andamento di singoli gruppi di processi»<sup>31</sup>.

Duplica l'effetto. Si finisce per delegare la valutazione circa l'*an* della punibilità – tipicamente riservata al legislatore – al singolo giudice interno, stravolgendo ogni canone di sussidiarietà e offensività in nome di esigenze di «pura (e presuntiva) prevenzione generale»<sup>32</sup>, ammetten-

---

per l'istituto della prescrizione (e sui molteplici equivoci circa la sua reale funzione), con particolare riferimento alla prospettiva riformistica, in F. GIUNTA, *Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 186 ss.

<sup>29</sup> In questo senso, Cass., IV sez. pen., sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, cit., 12 ss.

<sup>30</sup> Cass., III sez. pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346, § 3.3.

<sup>31</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 15.

<sup>32</sup> L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 4, ripreso da V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 9 ss., per il quale «con questa ambigua *policy* si chiede al giudice non solo di farsi arbitro della sussidiarietà, affidandogli verifiche empiriche alquanto illusorie, ma anche di rovesciare il tradizionale principio liberale che gli vieta di strumentalizzare il singolo per fini di politica criminale, fulcro attorno al quale gravitano i dispositivi tipici del diritto penale della colpevolezza e della rieducazione, e il valore stesso della proporzionalità: di fatto, si soppianta l'idea della pena commisurata alla colpevolezza per il

dosi implicitamente «che il singolo sia concretamente punito ove esigenze di prevenzione generale lo richiedano, e dunque che il singolo sia strumentalizzato per fini di politica criminale»<sup>33</sup>. Si vanifica poi, con la compromissione del principio di tassatività, ogni accettabile margine di prevedibilità, per i destinatari/interessati, della soluzione derivante dalla primazia del diritto dell'Unione, corollario del principio della certezza del diritto europeo; proprio in un caso «in cui si fanno prevalere gli interessi dell'Unione rispetto alle garanzie assicurate al cittadino dal diritto interno», si è osservato, la Corte di Giustizia «dimentica di compiere questa usuale verifica, scordandosi di chiarire la ragione per cui un cittadino europeo, imputato in Italia di una frode carosello, leggendo l'art. 325 TFUE ben si sarebbe dovuto aspettare che non avrebbe potuto usufruire del termine di prescrizione di sette anni e mezzo previsto dal combinato disposto degli artt. 157 e 161 c.p.»<sup>34</sup>.

##### 5. *I controlimiti e la tenuta del principio di legalità*

Nel ponderare le ricadute pratiche della sentenza Taricco, è dalla coraggiosa presa di posizione dei giudici milanesi e della parte più sensibile della Cassazione<sup>35</sup> che occorre partire, provando – in attesa della de-

---

single fatto come massimo margine punitivo cui il giudice può attingere, con la licenza di decidere *se punire* in ragione del *need of deterrence* fomentato dalla diffusione di condotte analoghe su scala nazionale».

<sup>33</sup> V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 23; segnala persuasivamente come «la tesi che vorrebbe far scivolare la prescrizione fuori dal perimetro della legalità penale, confinandone la disciplina ad un limbo scandito dalle incerte dinamiche del rapporto tra tempo del processo e regole del fenomeno estintivo, rischia di riesumare due vecchi arnesi della dommatica penalistica e processualpenalistica: rispettivamente, la concezione retributiva della pena e la visione del processo come 'strumento' di quest'ultimo e cinghia di trasmissione delle sue pretese», V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, cit., 1257.

Anche questo aspetto è colto efficacemente da Cass., III sez. pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§ 4.8), nelle sue molteplici implicazioni problematiche e nei marcati punti di frizione rispetto ai canoni costituzionali.

<sup>34</sup> D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, cit., 9.

<sup>35</sup> Presa di posizione che ha suscitato in A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, cit., 9 ss. il timore, dal nostro punto di vista paradossale, che «l'innalzamento, per la prima volta nella storia dei rapporti tra ordinamento italiano ed europeo, di un controlimite su questo specifico aspetto della questione, non possa indebolire la portata dell'art. 325 TFUE, anche nelle scelte future di politica legislativa europea»; ciò sul presupposto che «se nella prima occasione in cui, tramite una sentenza della Corte di giustizia, una norma europea produce effetti diretti, anche *in malam partem*, in materia penale, uno Stato, e per di più uno Stato come l'Italia, reagisse innalzando subito un controlimite sotto il profilo del

cisione della Corte costituzionale e auspicando che le questioni sollevate non si arenino sullo scoglio dell'inammissibilità<sup>36</sup> – a sviluppare ulteriormente l'interrelazione tra principio di legalità e controlimiti, con riferimento al peso *complessivo* dell'art. 25, co. 2 Cost. (e dei suoi corollari) non solo nella sua proiezione interna, ma anche in quella sovranazionale, e a riflettere sulla tenuta delle fondamenta del principio di legalità dinanzi alle derive antiformalistiche che conducono alla destrutturazione della separazione dei poteri e dell'idea stessa di democrazia rappresentativa.

In via preliminare, va ricordato come con la c.d. dottrina dei controlimiti, esposta e perfezionata in tre storiche sentenze<sup>37</sup>, la Corte costi-

---

principio di riserva di legge, questo condizionerebbe enormemente la portata della norma stessa» e ciò rappresenterebbe «un precedente negativo per l'avvenire, che, forse, potrebbe condizionare opzioni di politica legislativa», visto che «se altri Stati si comportassero allo stesso modo, la norma, e comunque le norme regolamentari che da essa dovessero derivare in futuro, verrebbe a perdere quella potenzialità di uniformare i sistemi nazionali, e verrebbe sostanzialmente frammentata alla luce delle interpretazioni nazionali», venendosi a produrre «lo stesso effetto che, di fatto, si verifica oggi con le norme europee in materia penale previste in direttive o decisioni quadro, che – contrariamente allo stesso spirito di appartenenza all'Unione – vengono attuate negli Stati in maniera a volte fortemente differente».

<sup>36</sup> Scoglio iniziale di ogni questione di legittimità costituzionale, come è ben noto, è rappresentato dal vaglio di ammissibilità, nel caso Taricco con particolare riguardo alla *rilevanza* e al delicato (e non sempre agevole) *discrimen* tra reati (e imputati) per i quali *non sia ancora* decorso il termine prescizionale, reati prossimi alla prescrizione e reati *già prescritti*.

Semberebbe indiziare per una disapplicazione *quantomeno limitata ai procedimenti penali nei quali la prescrizione non sia ancora maturata* – a differenza di quanto discutibilmente sostenuto dalla citata Cass., III sez., sent. 17 settembre - 20 gennaio 2016, Pennacchini – la stessa sentenza Taricco della CGUE, allorché chiarisce che «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale, la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente» (§ 55). Segnala la «divergenza interpretativa» che si è immediatamente registrata in giurisprudenza «in ordine all'efficacia dell'obbligo di disapplicazione», Cass., III sez. pen., ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§ 3.6.1).

Per un approfondimento sul punto, oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica, cfr., in particolare, cfr. M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1462 ss.; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, cit., 12 ss.; 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'*, cit., 3 ss.; ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 26 ss.

<sup>37</sup> E cioè la sentenza 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss.; la sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, *ivi*, 1984, 1098 ss. e la sentenza 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, *ivi*, 1101 ss. (sulla quale, v. M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, *ivi*, 1989, 1001 ss.); importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle celebri sentenze 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (*ivi*, 2007, 3475 ss.), oltre che nelle sentenze 24 giugno 2010, n. 227 (*ivi*, 2010, 2598 ss.) e 28 novembre 2012, n. 264, *ivi*, 2012, 4216 ss.

tuzionale abbia introdotto un peculiare congegno di garanzia, destinato a fungere da ‘contropartita’ alle limitazioni di sovranità sofferte dall’ordinamento interno, preservando l’identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione. Si ritiene, infatti, che le limitazioni alla sovranità possano essere riconosciute e accettate nella misura in cui non intacchino i principî fondamentali dell’ordinamento stesso e i diritti inviolabili della persona umana, e cioè quel «nucleo intangibile» di principî supremi dell’ordinamento costituzionale che «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali»<sup>38</sup>. A tal fine, si riserva all’esclusivo sindacato dello Stato membro la protezione dell’intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona, delineandosi una sorta di *contrappeso* al primato e all’effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono sottratti alcuni valori costituzionali<sup>39</sup>.

Nel rapporto con la materia penale, il discorso va articolato in *due passaggi*: da un lato, il richiamo alla primaria garanzia di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall’art. 25 Cost., quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione; dall’altro, la presa d’atto di come i timidissimi passi avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell’organo assembleare – il cui punto qualificante è rappresentato dalla procedura legislativa *ordinaria* (art. 294 TFUE), in gran parte ricalcata sul modello della già nota *codecisione*<sup>40</sup> – non paiano sufficienti a ridurre

<sup>38</sup> C. cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, 5556 ss.

<sup>39</sup> L’opera di *riemersione* dei controlimiti ha trovato un importante referente nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 (in *Giur. cost.*, 2014, 3853 ss.), nella quale la Corte costituzionale ad essi ha fatto ricorso nel dichiarare l’illegittimità, per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., di due disposizioni legislative riguardanti le immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi volti al risarcimento del danno subito dalle vittime dei crimini di guerra e contro l’umanità, impedendo l’ingresso nel nostro ordinamento di norme di diritto internazionale ritenute in contrasto con il sistema dei valori consacrati dalla Costituzione; nel caso sottoposto allo scrutinio della Corte, si trattava della norma internazionale sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l’umanità, reputata in contrasto con l’art. 24 Cost., nella misura in cui impedisce la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale, quale quello della dignità umana, sancito all’art. 2 Cost.

<sup>40</sup> Sulla distinzione tra la procedura di *codecisione*, di cui all’art. 251 TCE, e la procedura *ordinaria* di cui all’art. 294 TFUE, con accenti critici sui progressi che quest’ultima avrebbe introdotto nel cammino di democratizzazione del procedimento legislativo europeo, v. C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2009, 1224 ss.

la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il ‘nocciolo duro’ del nostro sistema penale<sup>41</sup>.

Le premesse argomentative sono segnate da chi ritiene che «i limiti alla sovranità sono possibili nel rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento», tra i quali può «essere sicuramente annoverato quello della riserva assoluta di legge in materia penale di cui all’art. 25 Cost.», il cui «fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti al libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell’uomo»<sup>42</sup>. In sostanza, occorre garantire l’ossequio alla necessità, insita anche nell’art. 11 Cost., che le limitazioni di sovranità avvengano nel rispetto delle scelte fondamentali che caratterizzano il sistema costituzionale; ciò implica che «quell’insieme di limiti e garanzie, che caratterizzano il sistema penale di uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell’organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale»<sup>43</sup>.

Il principio della riserva di legge, in veste di controlimite, trova un avallo interpretativo non solo nella lettura contenutistica dell’art. 25 Cost. (e, come si è visto, dell’art. 11), ma anche nel quadro del mutato contesto istituzionale europeo – nel quale le accresciute attribuzioni dell’Unione creano nuove occasioni di potenziale divergenza tra i livelli di tutela dei diritti fondamentali assicurati in ambito nazionale e comunitario –, oltre che in prese di posizione degli organi di giustizia costituzionale di taluni Stati membri dell’Unione, concordi, pur nella distinzione degli approcci, nel sottolineare, anche alla luce del Trattato di Lisbona, il peso rivestito dalla dottrina dei controlimiti<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Di contrario avviso F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 17 ss., richiama C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 71 ss.

<sup>42</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 128.

<sup>43</sup> G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2013, 733.

<sup>44</sup> Sin troppo evidente il riferimento al *Bundesverfassungsgericht* e alla sentenza del 30 giugno 2009 (consultabile, nella traduzione italiana, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), ove è forte il richiamo a tale impostazione di garanzia al precipuo fine di salvaguardare l’identità costituzionale dello stato tedesco proprio in materia penale e alle sentenze del 6 luglio 2010 (in *Foro it.* 2010, IV, 533 ss.), del 7 settembre 2011, del 19 giugno 2012 e del 12 settembre 2012 (riportate e commentate da M. BONINI, *Dai «Signori dei Trattati» al Dominus del bilancio»: prin-*



Proprio di recente, pur evitando uno scontro frontale e senza azionare direttamente i controlimiti (ma in qualche modo evocandoli monitoriamente), il *Bundesverfassungsgericht*, con la sentenza del 15 dicembre 2015 (caso R.)<sup>45</sup>, ha ritenuto la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca prevalente sull'applicazione della legislazione comunitaria, con ciò ponendosi in contrapposizione rispetto alla decisione della Corte di Giustizia nel caso *Melloni*. In particolare, sviluppando il controllo di identità nazionale fondato sul peso identificativo del principio fondamentale della dignità umana, di cui all'art. 1 della Costituzione, la Corte costituzionale federale tedesca ha ribadito la necessità di salvaguardare il principio di colpevolezza, portato dell'inviolabilità della dignità della persona, anche nel procedimento di consegna previsto dal mandato di arresto europeo come disciplinato dal diritto comunitario. Riconosciuta l'invulnerabilità della dignità umana come principio fondamentale e limite invalicabile e rivendicata la competenza del giudice costituzionale quale garante ultimo dell'identità nazionale, la Corte ha quindi accolto il ricorso individuale di un cittadino statunitense avverso un MAE esecutivo italiano emesso in seguito ad una condanna in contumacia a 30 anni di reclusione, demandando al giudice competente del merito la verifica sulla possibilità per il condannato di potersi difendere anche mediante riapertura dell'istruttoria<sup>46</sup>.

Sul piano normativo, il richiamo esplicito al ruolo dell'*identità nazionale* – e al suo nucleo giuridicamente afferrabile, rafforzato dal riferimento alla struttura politica e costituzionale, riconducibile alle scelte di valore espresse dalle Costituzioni nazionali<sup>47</sup> – ne consacra il definitivo

---

*capio democratico, meccanismo europeo di stabilità e forma di governo parlamentare nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht tedesco*, in *Rivista AIC*, 4/2011; ID., *Dalle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato*, in *Quad. cost.* 2012, 891 ss. e F. PEDRINI, *Le "cautele" di Karlsruhe in ordine al Fondo "salva Stati"*, *ivi*, 894 ss.). Sul processo di integrazione europea nella prospettiva penalistica, per tutti, F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, 38 ss.

<sup>45</sup> In [www.bverfg.de/e/rs20151215\\_2bvr273514.html](http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html). Un'ampia sintesi della pronuncia in *Cass. pen.*, 2016, 1748 ss., con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*; un commento a prima lettura in P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, 2016, 123 ss. Riferimenti alla sentenza, nell'ambito di una più ampia riflessione sullo strumento del controllo di identità costituzionale, in ID., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2016, 454 ss.

<sup>46</sup> Sull'importanza della pronuncia, in chiave d'incoraggiamento all'utilizzo dei controlimiti nel caso Taricco, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 18 ss.

<sup>47</sup> In questi termini, con riferimento alla formulazione dell'art. I-5 del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa», dedicato alle «relazioni tra Unione europea e Stati mem-

assorbimento nel tessuto ordinamentale europeo. In questo senso, possono considerarsi referenti privilegiati: *i) l'art. 4.2 TUE* («l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale»), in una lettura armonizzante e costituzionalmente orientata<sup>48</sup>, da cui poter inferire l'inviolabilità dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale<sup>49</sup> e dunque una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori<sup>50</sup>; *ii) l'art. 6.3 TUE* («i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»)<sup>51</sup>; *iii) l'art. 67.1 TFUE* (ove si afferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'Unione «nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri»).

Inevitabile chiedersi allora *se e in quali termini* possa la riserva di legge ascrivere ai *principi fondamentali* del nostro ordinamento costituzionale<sup>52</sup>. Tali principi, come sappiamo, in materia penale investono tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa (per il peso decisivo

---

*brì*) (che riproduce sostanzialmente quella dell'art. 4.2 TUE), M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Diritto un. eur.*, 2005, 592 ss.

<sup>48</sup> Proposta da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 9, ad avviso del quale «l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è *'insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale'*: essendo *'insita'* in quella *'struttura'*, infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata».

<sup>49</sup> Indaga ruolo e funzione dei principi costituzionali degli Stati membri, A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011, 52 ss.; sulla possibile estensione della legalità sovranazionale attraverso il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 190 ss.

<sup>50</sup> B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e «controlimiti europeizzati»*, in *Quad. cost.*, 2012, 152 ss.

<sup>51</sup> Agli artt. 4.2 e 6.3 TUE si richiama esplicitamente – e in maniera convincente – anche Cass., III sez. pen, ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 (§ 4.10).

<sup>52</sup> Solo in un secondo momento, in uno sviluppo diacronico (che in questa sede può solo essere enunciato), il discorso potrà estendersi al divieto di retroattività *in peius*; tematizza l'esigenza di opporre il controlimite del principio di irretroattività, M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1473 ss.

dei crismi procedurali di garanzia<sup>53</sup>), quanto i valori politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Se così è, va ascritto al principale corollario della legalità un ruolo primario, quale prerequisito dell'identità democratica nazionale e momento caratterizzante l'intera impalcatura dello Stato di diritto, intimamente connessa alla sovranità popolare e al principio democratico<sup>54</sup>.

In via *immediata*, quale declinazione del principio di legalità, nella sua funzione delimitativa dell'intervento penale<sup>55</sup>, e per la connessione fisiologica con il principio di democrazia, il quale – nell'articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell'art. 1 Cost. – appartiene al novero dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale». Ancora, nelle sue vesti di *presidio di libertà negativa* e di parte integrante del *discorso democratico*, va considerato il nesso inscindibile con l'art. 13 Cost. e il duplice vincolo ivi previsto per la limitazione della libertà personale (la doppia riserva, di legge e di giurisdizione) a salvaguardia di un baluardo della struttura fondamentale dello Stato; il che induce ad annoverare il principio della riserva di legge tra i diritti fondamentali dell'uomo, concorrendo a segnare «il *limite invalicabile della politica criminale*, a garanzia delle libertà individuali»<sup>56</sup>.

Non va dimenticato, infine, il valore *mediato* assunto dalla riserva stessa, se anche dovesse dubitarsi del suo valore intrinseco. È innegabile,

---

<sup>53</sup> Peso esplicitato, nei suoi molteplici profili, dalla Corte costituzionale nella sent. 25 ottobre 1989, n. 487 (in *Giur. cost.*, 1989, 2267 ss.) e ancora di recente ribadito, con particolare nettezza, nella sentenza 23 gennaio 2014, n. 5 (in *Giur. cost.*, 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, 3587 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 965 ss., con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, 977 ss.) e nella di poco successiva sentenza 25 febbraio 2014, n. 32 (in *Giur. cost.*, 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, 505 ss.).

<sup>54</sup> Nella medesima direzione si colloca anche la già richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *Bundesverfassungsgericht*, vagliando la compatibilità del Trattato di Lisbona con la Legge Fondamentale tedesca, ha esplicitamente riconosciuto che materie come quella dell'amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità nazionale, non mancando di rimarcare il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

<sup>55</sup> Come ricorda D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1622, «il diritto penale, fondato sui principi di garanzia dell'individuo di fronte all'autorità, è limite invalicabile (...) della politica criminale».

<sup>56</sup> D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 1625.

infatti, che essa rappresenta – *a fortiori* allorquando assuma un carattere assoluto – un mezzo finalizzato a tutelare valori sostantivi; valori che, nel caso della materia penale, attengono al rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo al cospetto di possibili restrizioni del bene primario della libertà personale e assurgono al rango di «valori supremi» dell'ordinamento, rispetto ai quali non è ammissibile alcuna limitazione di sovranità.

## 6. *L'operatività e i potenziali risvolti*

Nella vicenda Taricco, al cospetto di un obbligo di disapplicazione *in malam partem* delle norme sull'interruzione della prescrizione che trova la sua fonte in una sentenza di un organo giurisdizionale (la Corte di Giustizia) privo di legittimazione politica e della correlata capacità espressiva di scelte di criminalizzazione nell'ordinamento nazionale, il percorso per far valere il controlimite della riserva di legge in materia penale è stato correttamente individuato, sul piano procedurale, negli atti di promovimento, simili ma non coincidenti, proposti dalla Corte d'Appello di Milano prima e soprattutto dalla Corte di Cassazione (nelle ordinanze di fine marzo) poi<sup>57</sup>: sollevare questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 25 Cost., delle leggi di esecuzione dei Trattati istitutivi dell'UE<sup>58</sup>.

Vanno allora evidenziati – incidentalmente e in forma schematica – taluni potenziali risvolti 'benefici' collegati, in via diretta o indiretta, al riconoscimento del controlimite della riserva di legge e al suo significato politico-ideologico.

Anzitutto, e in termini generali, un aperto riconoscimento potrebbe costituire l'*argomento forte* per interpretare in chiave restrittiva gli spazi dischiusi dalle norme che regolano l'attuale competenza penale *accessoria* (ad esempio con riferimento alla portata «minima» delle norme stabilite e al requisito di «indispensabilità» per la potenziale adozione di direttive di armonizzazione penale): da una parte, ridimensionando la discrezio-

<sup>57</sup> In particolare, la già richiamata ordinanza 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), n. 28346 della Cassazione si segnala, oltre che per il più elevato numero di parametri di costituzionalità invocati, anche per l'attenzione dedicata al profilo della rilevanza; passa in rassegna i singoli parametri invocati, nei rispettivi atti, dalla Corte d'Appello di Milano e soprattutto dalla Terza sezione della Corte di Cassazione, V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 19 ss.

<sup>58</sup> Delinea (quasi provocatoriamente) i passaggi essenziali di un percorso destinato ad accogliere la questione, senza tuttavia dividerne praticabilità e fondamento, F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 2 ss.

nalità sulle fondamentali decisioni politico-criminali attribuite dall'art. 83 TFUE all'Unione (con corrispondente compressione delle prerogative tradizionalmente appartenenti all'autonomia degli Stati membri); dall'altra, offrendo argomenti per una lettura *minimalista* dell'art. 86 TFUE, la cui formulazione ha spinto a ritenere che, con riferimento alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, possa addirittura individuarsi già oggi una competenza penale diretta (o quasi diretta) dell'Unione<sup>59</sup>, esercitabile mediante regolamenti, con il passaggio da obblighi di incriminazione previsti da direttive (previa attuazione tramite leggi nazionali) a vere e proprie norme incriminatrici europee, direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

Ancora, la riserva di legge come controlimite potrebbe rappresentare un argine all'attribuzione di una futura competenza penale piena e diretta all'UE, almeno in costanza delle ben note carenze di legittimazione democratica delle istituzioni comunitarie. Anche in questo caso, il controlimite andrebbe invocato rispetto alla legge che consentisse l'ingresso della norma attributiva di tale competenza, *in parte qua*. Il controllo della Corte, in pratica, verterebbe sul rispetto del controlimite della riserva di legge, per il tramite di una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 25, co. 2 Cost., *irrobustito* dal riferimento all'art. 4.2 del TUE in ordine alla violazione dell'imprescindibile rispetto delle *identità nazionali* – quella italiana evidentemente connotata dalla riserva di legge come corollario principale del principio di legalità –, ed agli artt. 6.3 TUE, 67.1 TFUE e 53 della Carta di Nizza, se necessario chiamando in causa l'ulteriore contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost.

L'uropeizzazione dei controlimiti – e in particolare del controlimite della riserva di legge in materia penale –, pur nella indubbia difficoltà di una declinazione pratica, potrebbe altresì attivare ulteriori rimedi, tanto in sede normativa quanto giurisdizionale, consentendo la tutela massima dei diritti e delle libertà derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri dinanzi ad eventuali «abbassamenti, ad opera di interventi normativi europei, dello standard delle garanzie stabilite dal diritto nazionale»<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Sul punto, con varietà di argomenti e posizioni, v. anche i rilievi di G. GRASSO, *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso e R. Sicurella, Milano, 2007, 697; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 239 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 127.

<sup>60</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., 928, il quale segnala il «trend efficientistico-strumentale che, assecondando prospettive *lato sensu* securitarie, è pronto a sacrificare l'efficienza delle norme fondamentali, quelle poste, in ultima analisi, a tutela delle prerogative individuali».

In primo luogo, attraverso una responsabilizzazione del legislatore interno, chiamato finalmente a *prendere sul serio* il proprio ruolo nella fase di attuazione degli obblighi comunitari, non spogliandosi (come troppo spesso accade) delle prerogative riconosciutegli ed evitando di rifugiarsi dietro l'alibi della penalizzazione di fonte sovranazionale.

All'esito di un attento vaglio, potrebbe infatti emergere che obblighi di penalizzazione di matrice europea – ad esempio nel caso di obblighi 'espliciti' di cui all'art. 83 TFUE, ben distanti dal canone 'minimo' che dovrebbe caratterizzare le norme europee che gli Stati sono chiamati a trasporre –, contenendo indicazioni «non solo di obiettivi, ma anche di strumenti di tutela»<sup>61</sup>, appaiano eccessivamente stringenti, discendendo dagli atti sovranazionali «non solo obblighi di criminalizzazione di determinate condotte, ma addirittura vincoli spesso dettagliati sulla concreta conformazione dei precetti, e persino sulla natura e misura delle sanzioni penali che lo Stato è tenuto ad adottare»<sup>62</sup>; obblighi che erodono quel *recinto* di discrezionalità protetto dalla riserva di legge. Orbene, in tali circostanze, il Parlamento nazionale potrebbe far scattare una reazione e rivendicare la competenza della scelta più adeguata alle esigenze interne di politica criminale, invocando – stavolta in sede legislativa – il controlimite della riserva di legge.

Anche in nome dei canoni di sussidiarietà e prossimità<sup>63</sup>, in un giudizio di bilanciamento nel quale evidentemente l'esigenza di armonizzazione europea che giustifica l'azione dell'Unione non sia ritenuta prevalente sulla contrapposta esigenza nazionale di conservazione degli assetti dell'ordinamento penale interno, l'organo rappresentativo potrà incidere sull'attuazione degli obblighi, se del caso modificando la struttura della fattispecie, i limiti edittali, o addirittura non punendo talune aggressioni a beni giuridici, qualora ritenga che *quell'* esigenza di penalizzazione non sussista in concreto nel nostro Paese ovvero si ponga con necessità e limiti differenti rispetto a quelli stabiliti in modo indifferenziato in sede sovranazionale (dunque ben al di là, tornando alla vicenda attuale, della previsione di un autonomo regime prescrizionale)<sup>64</sup>. Del resto, è lo stesso

<sup>61</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 172.

<sup>62</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 48.

<sup>63</sup> Sui quali, per tutti, A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 18 ss.

<sup>64</sup> Una possibile applicazione di questo schema la si può cogliere nella vicenda normativa che ha dato vita al mandato di arresto europeo, nella quale la recezione italiana della decisione quadro 2002/584/GAI «si caratterizza per un'impostazione complessivamente condivisibile, laddove ha 'filtrato' l'obbligo di conformazione armonizzandolo con talune importanti garanzie costituzionali» (così V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, cit., 133).

art. 69 TFUE, con riferimento alle iniziative legislative europee in materia di cooperazione penale e di polizia, a demandare ai parlamenti nazionali il compito di vigilare «sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

Quand'anche a prevalere rispetto all'auspicata assunzione di responsabilità parlamentare fosse la ben nota prassi lassista che, nella c.d. fase discendente, ha sino ad oggi accompagnato il ruolo parlamentare, con atti interni di recepimento che si limitano a riportare il contenuto della fonte comunitaria – individuando principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delegazione europea (e, in precedenza, nella legge comunitaria) *per relationem*, con mero rinvio al contenuto delle direttive<sup>65</sup> –, il controlimito potrà comunque operare in un momento successivo. In particolare, rispetto a una questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117 co. 1 Cost. di *una norma interna non conforme agli obblighi comunitari di tutela penale ancorché conforme ai principi/diritti elevabili a controlimiti* (norma che preveda, ad esempio, un trattamento ritenuto non adeguato agli *input* di tutela sanciti a livello sovranazionale in forma dettagliata) ovvero nel caso di *lacuna di tutela sopravvenuta*, allorquando cioè, a fronte di un obbligo di tutela prima attuato, il Parlamento decida, in un secondo momento, di *cambiare idea*,

---

<sup>65</sup> Senza dimenticare, poi, l'occasione persa, nell'auspicato potenziamento delle capacità di incidere nelle deliberazioni sovranazionali, con la legge 24 dicembre 2012, n. 234 (la quale, nonostante i buoni propositi, ha di fatto cristallizzato la marginalizzazione delle assemblee interne rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente) e gli ulteriori effetti sulle legislazioni nazionali scaturenti dal rafforzamento della competenza della Corte di giustizia, dal dicembre 2014 estesa anche alla materia penale, in attuazione di quanto previsto al Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona, che consente alla Commissione europea di adire la Corte contro i singoli Stati, in caso di mancata o erronea trasposizione nel loro ordinamento interno di norme per la cooperazione transnazionale nella giustizia penale.

Non può tacersi come in sede di attuazione degli obblighi comunitari di tutela penale si assista ad una profonda alterazione dello schema tipico della delega legislativa per quel che concerne il ruolo del Parlamento nella determinazione dei principi e dei criteri direttivi, offrendo una delle esemplificazioni più efficaci dei rischi della prassi di una loro individuazione *per relationem*: nello schema di siffatta delega la normativa sovranazionale viene utilizzata non solo come fonte di principi da attuare e per l'individuazione di simili principi – il che, già, contraddice la funzione tipica dello strumento –, quanto «come mera formula di comodo per giustificare il decreto delegato di attuazione in base alla sola necessità di un – anche del tutto imprecisato nelle sue modalità – adeguamento alla disciplina europea» (A. ANZON, *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in *La delega legislativa. Atti del Seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta*, 24 ottobre 2008, Milano, 2009, cit., 37; sul tema, volendo, anche il nostro *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 286 ss.).

depenalizzando una condotta per la quale in sede sovranazionale si reclama una precisa risposta penale<sup>66</sup>.

In queste evenienze, di fronte cioè a un *passo indietro* del legislatore nazionale, si può ritenere che, fermo restando il vincolo di sindacabilità *ex art. 3 Cost.*, la scelta di dare attuazione parziale o diversa agli obblighi di penalizzazione – ovvero di intervenire con una norma successiva che abroghi una precedente disposizione attuativa di tali obblighi o che preveda comunque un trattamento più favorevole (in generale: *che non sia più in linea con gli obblighi europei*) – rientri in pieno nell'esercizio della discrezionalità legislativa interna nella valutazione politico-criminale.

Tale discrezionalità sarebbe peraltro resa impermeabile attraverso il richiamo ai più volte ricordati artt. 4.2 e 6.3 TUE, 67.1 TFUE e 53 della Carta di Nizza – in pratica al controlimite della riserva di legge, nel suo significato di *libertà legislativa* – rispetto all'obiezione di aver tradito gli obblighi di penalizzazione europea (e quindi l'obbligo di fedeltà comunitaria) e certamente non verrebbe meno anche nel caso in cui fosse già stato recepito un obbligo di tutela europeo<sup>67</sup>. Come si è messo in luce, «la riserva di legge sarebbe compromessa nella sua dimensione sostanziale, ove si ritenesse che il legislatore nazionale fosse costituzionalmente vincolato dall'obbligo di penalizzazione ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.», dal momento che «la fondamentale valutazione di *proporzione e necessità* del ricorso alla sanzione penale, a tutela dei beni giuridici di rilevanza comunitaria, verrebbe infatti effettuata, per il tramite delle *directive* fondatrici dell'obbligo di incriminazione, da organi non soltanto diversi dal parlamento nazionale – il che sarebbe di per sé compatibile con le “limitazioni di sovranità” previste dall'art. 11 Cost. – ma soprattutto ancora affetti da quel *deficit democratico* che si pone di per sé in rotta di collisione con la *ratio* giustificatrice della riserva di legge»<sup>68</sup>.

## 7. I rapporti tra diritto penale, potere e garanzie: lo spettro di un'anomia penale

Nello svolgere qualche considerazione conclusiva, occorre chiedersi cosa accadrebbe, nel campo delle scelte politico-criminali, se – con il ri-

<sup>66</sup> Sul punto, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 112 ss.

<sup>67</sup> Così anche G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione, Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano, 2003, 62 ss.

<sup>68</sup> G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2008, 291.



getto delle questioni di legittimità costituzionale al prossimo esame della Corte<sup>69</sup> – cadesse la barriera della legalità formale. Non rimarrebbe, evidentemente, altra via che quella di affidare la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali al solo presidio del formante giurisprudenziale<sup>70</sup>. Ecco il punto, il vero oggetto del contendere e il *non detto* che aleggia, invitato di pietra, nel discorso sui rapporti tra diritto penale interno ed europeo e nell'odierno dibattito sulle ricadute della sentenza Taricco.

Ciò che si appalesa all'orizzonte è dunque il riconoscimento della giurisprudenza, sia essa interna ovvero sovranazionale, quale fonte del diritto, anche penale<sup>71</sup>, con la trasfigurazione della riserva di legge in *ri-*

<sup>69</sup> Se ciò accadesse, come messo in luce da V. MANES, *La svolta Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 22, la Corte incorrerebbe nel paradosso «di riconoscere al (diritto europeo dichiarato) dalla Corte di giustizia poteri manipolativo-additivi *in malam partem* che ha sempre negato a se stessa, e che al cospetto del diritto UE ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali».

<sup>70</sup> Sulla «crescente importanza del potere normativo giurisprudenziale» – quale prospettiva dischiama proprio «dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del Parlamento» –, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2012, 107 ss.

<sup>71</sup> Riconoscimento corroborato, a livello sovranazionale, dall'impossibilità di poter enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo una riserva di legge parlamentare, così da poter ricondurre – assieme alla legge formale – anche la giurisprudenza nell'onnicomprendente concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento, venendosi ad assecondare, in sostanza, quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto; nella letteratura penalistica, in questa direzione, tra gli altri, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1478 ss. Sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim* (ma spec. 51 ss.; 92 ss.); per i riferimenti bibliografici relativi al significato di legalità penale elaborato dalla Corte europea, v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, 195 ss. e 218 ss. In senso critico, specialmente F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 259 ss. e, prima ancora, in ID., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I. *Diritto penale*, Milano, 2000, 63 ss.

Va tuttavia rimarcato come la tesi dell'(auto)assunzione del ruolo di co-legislatore dal parte del «potere normativo giurisprudenziale» sia stata nella sostanza respinta dalla Corte costituzionale, in particolare nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 (in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss., con osservazioni di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, *ivi*, 3474 ss.), ove – nel dichiarare infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p., censurato, in riferimento agli artt. 3, 13, 25, co. 2, 27, co. 3 e 117, co. 1 Cost., in relazione agli artt. 5, 6 e 7 Cedu, nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto pe-

*serva di diritto*, l'attribuzione al giudice di compiti impropri ed eccentrici rispetto al suo ruolo e alla sua funzione<sup>72</sup> e la moltiplicazione di forme e sedi di tutela, salutata con favore sull'assunto che la disponibilità di una pluralità di sedi di riconoscimento e garanzia dei diritti consenta l'assestamento della loro tutela al livello più alto<sup>73</sup>. Una legalità 'ibrida'<sup>74</sup>, pregiudizievole di qualunque certezza del diritto, anche nella fluida e inappagante dimensione sovranazionale<sup>75</sup>, alla cui base vi è la suggestione che possa aspirarsi al massimo livello di tutela dei diritti fondamentali (tra i quali, evidentemente, andrà ricompreso anche il primario interesse finanziario dell'UE) solo attraverso la c.d. tutela multilivello<sup>76</sup>, accompa-

nale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il «mutamento giurisprudenziale», determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato – si è ribadita, in nome del principio di separazione dei poteri, «specificamente riflesso nel precetto (art. 101, co. 2 Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge», la differenza tra attività normativa e attività interpretativa; e ciò, da un lato rivendicando come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana», giacché è ad esso «estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, co. 2, Cost.»; dall'altro lato, precisando che, «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, ogni decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione», potendo altresì «le stesse sezioni unite trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto».

In senso critico sulla possibile deriva verso una «giurisprudenza-fonte», con ampi riferimenti alla vicenda sottesa all'appena menzionata sentenza n. 230 del 2012, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della CGUE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, 4724 ss. e M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, *ivi*, 3825 ss.

<sup>72</sup> Una serrata e particolarmente efficace critica, con ampi riferimenti di teoria dell'interpretazione, «all'idea che l'interprete (in particolare il giudice) crei la norma», in M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 399 ss.

<sup>73</sup> Sulla c.d. tutela multilivello e sui relativi (asseriti) effetti benefici cfr., per tutti, nella dottrina costituzionalistica, D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, 23 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 141 ss.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 104 ss.; E. MALFATTI, *I «livelli» di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2013, 87 ss.; nella dottrina penalistica, A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 571 ss.

<sup>74</sup> M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir. Annali*, vol. VI, Milano, 2015, 410 ss.

<sup>75</sup> Sulle forti tensioni cui la certezza del diritto è attualmente sottoposta, sia per ragioni sistemiche sia sul piano culturale, che giungono a metterne in discussione la sua operatività come centro ordinatore dell'esercizio delle pubbliche funzioni, v. da ultimo e per tutti, M. LUCIANI, *L'eclissi della certezza del diritto*, in *Liberio osservatorio del diritto*, n. 1/2015.

<sup>76</sup> Sul punto, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1660 ss. e, di recente, R. LUGARÀ, *La tutela «multilivello» dei diritti come ca-*

gnata da un'esaltazione enfatica e acritica dell'opera delle Corti, viatico per il *definitivo superamento del peso dei testi normativi*<sup>77</sup>.

A ciò deve aggiungersi l'evidente confusione tra «la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona», che offre una visione «molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della parallela molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela»<sup>78</sup>, e la sublimazione di una prospettiva panpenalistica e panvittimistica<sup>79</sup>, che conduce alla legittimazione di una pretesa di bilanciamento tra beni eterogenei ed assiologicamente distanti quali gli interessi finanziari dell'UE e il principio democratico della separazione dei poteri e della riserva di legge in materia penale (questo perché, è bene ribadirlo, sulla bilancia non vi sono, come si tende a ravvisare, interessi finanziari dell'UE e un'astratta pretesa di impunità, mediante prescrizione, dei grandi evasori<sup>80</sup>).

Il pericolo più immediato è che, travolto con la sentenza Taricco l'argine alle questioni pregiudiziali *in malam partem*, questa fascinazione verso la tutela multilivello si traduca in una rincorsa spasmodica – e senza limiti – alla Corte di Giustizia, invocandone la scure in materia penale<sup>81</sup>; un chiarissimo esempio è offerto dall'ordinanza 30 ottobre 2015 del GIP

---

*none normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, cit., 36 ss.; sugli specifici problemi sollevati dalla tutela sovranazionale della libertà personale – in un dimensione multilivello – A. PACE, D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in *Valori e principi del regime repubblicano. 2. Diritti e libertà*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, 51 ss.

<sup>77</sup> Come rileva M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661, «svalutare la significatività della decisione politica democratica racchiusa nello stabilimento di una Costituzione (e anche, nei limiti della Costituzione, nell'adozione di una legge) e ridurre i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche»; penetranti obiezioni alla «svalutazione del testo legislativo» e alla «parallela valorizzazione del testo delle sentenze», predicate «assumendo a paradigma esclusivo dell'interprete, una volta di più, il giudice», anche in M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 431 ss.

<sup>78</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1660.

<sup>79</sup> Richiamata efficacemente da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 12 ss. e, con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, da R. LUGARÀ, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 566 ss.

<sup>80</sup> È l'argomento sotteso, ad esempio, alla posizione scettica e ai ripetuti interrogativi «se valga davvero la pena» azionare i controlimiti della sovranità statale per difendere grandi evasori di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., 14 ss. e ID., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 14.

<sup>81</sup> Ad esempio, come nota V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, cit., 12, per «eliminare una soglia di punibilità o un mec-

presso il Tribunale di Varese<sup>82</sup>, con la quale la Corte viene investita in via pregiudiziale, sulle orme del precedente Taricco, del vaglio di compatibilità con il diritto europeo (e segnatamente con l'art. 325 TFUE e sempre in relazione ai principi di assimilazione e di efficacia-proporzionalità) del delitto di omesso versamento IVA (art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000) e il cui esito, in caso di ravvisata incompatibilità, non potrebbe che essere un inasprimento dell'attuale trattamento sanzionatorio<sup>83</sup>.

Tornando all'importanza da riconoscere al controlimite della riserva di legge, proprio la vicenda Taricco, anche nelle sue (dis)applicazioni interne, conferma come l'attenzione vada focalizzata su un rischio ben delineabile, quello di vedere accantonato del tutto il tema della legittimazione democratica delle scelte penali e della separazione dei poteri. Al cospetto della «grande illusione che i diritti umani siano al di sopra della politica»<sup>84</sup>, non va dimenticato che in ordinamenti costituzionali come quello italiano – la cui identità caratterizzante, secondo quanto espressamente sancito anche nel Trattato di Lisbona, va salvaguardata e protetta – la decisione sui diritti, sui doveri e *a fortiori* sulle libertà *intaccate* dal diritto penale non può non essere concepita *ancora oggi* come *politica* – *la decisione politica per eccellenza* –, in quanto tale non affidabile ai giudici, se è vero che, nello Stato di diritto, «i giudici svolgono un'opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all'azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti»<sup>85</sup>.

Se il fallimento di una legalità penale in senso forte rappresenta il necessario presupposto per giustificare la moltiplicazione degli ambiti

---

canismo estintivo, una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità, una circostanza attenuante o persino una peculiare qualificazione del dolo, che aggravi troppo l'accertamento del reato in punto di elemento soggettivo».

<sup>82</sup> In *Arch. pen.*, n. 1/2016, con nota critica di G. CIVELLO, *Il Tribunale di Varese solleva nuova questione alla C.G.U.E. in tema di omesso versamento IVA: osservazioni a prima lettura*.

<sup>83</sup> Paventa, in questo caso, un'intollerabile violazione del principio di legalità – *sub specie* riserva di legge – M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, cit., 1480 ss.

<sup>84</sup> D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, cit., 1623, per il quale tale illusione, laddove i diritti umani «sono invece una *forma di politica*, può essere d'ostacolo alla ricerca di soluzioni condivise, fra interlocutori aperti all'ascolto delle ragioni degli altri».

<sup>85</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661; sottolinea altresì G. AZZARITI, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. dir.*, 2013, 8, come «la via giurisdizionale alla realizzazione dei diritti fondamentali a livello sovranazionale» sconti l'errore di «non aver ben valutato che, *lasciati soli*, sarebbero stati sopraffatti dalle forze materiali e dal vento del tempo, che ai diritti delle persone preferiscono dar voce agli interessi del mercato»; nella dottrina penalistica, analizza il ruolo del giudice interno nell'ordinamento multilivello, in chiave problematica, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 111 ss.

decisionali, soprattutto a livello sovranazionale<sup>86</sup>, e se la garanzia di democraticità del diritto penale è nella limitazione, *anche* attraverso la responsabilità politica, del potere punitivo, è innegabile che tale garanzia non possa essere delegata a chi di siffatta responsabilità è (o dovrebbe essere) per definizione privo. Sullo sfondo dell'affermazione di un'incondizionata primazia del diritto europeo (anche al cospetto di garanzie più elevate a livello nazionale) e di una sorta di delega in bianco nella tutela dei diritti fondamentali concessa alle Corti riecheggiano tratti di sovranità elitaria (sciolta dal vincolo di rispettare la legge scritta e i relativi presidi garantistici procedurali), che lasciano trasparire nell'idea di un *eupeismo penale multilivello* le stimmate di una deriva post-politica e i bagliori di un'*anomia penale*, in cui si cerca nelle Corti – quanto più lontane possibili – ciò che solo il Parlamento può e deve offrire, vale a dire la tutela della libertà personale e la sua garanzia<sup>87</sup>.

Vi è dunque da sperare, *qui e ora*, in una presa di posizione netta della Corte costituzionale; azionare, coraggiosamente, il controlimito della riserva di legge potrebbe stimolare un percorso di espansione, anche in chiave sovranazionale, delle prerogative della legalità penale, marcando il nuovo inizio di un diritto penale europeo su base legislativa e non più giurisdizionale. Un'opportunità, da non lasciarsi sfuggire, per recuperare la centralità delle garanzie democratiche e rilanciare un'idea forte di Europa del diritto (penale), espressione di una condivisa e consapevole partecipazione alle scelte di politica criminale e del compiuto esercizio della sovranità popolare<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Moltiplicazione che nei fatti – operando una «ridislocazione dei poteri decisionali in favore di istanze politicamente irresponsabili (le autorità tecniche; le Corti)» – impedisce «una precisa imputazione di responsabilità e l'esercizio dei poteri (sanzionatori e di controllo) dei governati»; così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1661.

<sup>87</sup> Raccogliendo la riflessione di S. CASSESE, *Le nostre regole perdute*, in *Corriere della sera*, 30 ottobre 2015, 1.

<sup>88</sup> In questa prospettiva, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., 6, per il quale i controlimiti «se a prima vista appaiono solo palletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario».

PIETRO FARAGUNA

IL CASO *TARICCO*:  
CONTROLIMITI IN TRE DIMENSIONI

SOMMARIO: 1. Il caso Taricco: fuoco fatuo o questione storica? – 2. Una questione tutt'altro che domestica. – 3. La Corte costituzionale di fronte al caso Taricco. – 4. Quali controlimiti? – 5. Il caso Taricco alla prova dei controlimiti tridimensionali. – 6. Il regime della prescrizione davanti alla Corte costituzionale, ovvero dell'occasione per recuperare la dimensione costituzionale di un problema serio.

1. *Il caso Taricco: fuoco fatuo o questione storica?*

Il caso Taricco, e ancor più il contenzioso costituzionale che ne è seguito, ha innescato un dibattito dottrinale di volume e intensità non comuni. Il registro di questo dibattito, qualunque sia il tono impresso alla singola voce, sembra delineare una questione idonea a segnare un momento storico nel processo di integrazione giuridica dell'Unione europea. Vuoi perché la questione originerebbe da una sentenza sovversiva di decenni di giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>1</sup>, o perché l'intera vicenda tocca fondamentali «principi (di cultura giuridica) che strutturano l'identità dell'ordinamento»<sup>2</sup>; vuoi per quella «svolta»<sup>3</sup> che la questione imprimerebbe al diritto penale europeo, sia questa da accogliere come benvenuta o da respingere come un demone, il caso Taricco pare candidarsi a entrare nei manuali se non nella storia della (dis)integrazione europea. A dire il vero, spingendo lo sguardo fuori dal dibattito italiano, la questione è stata accolta assai più tiepidamente. Quando il dibattito italiano annoverava già diversi convegni e innumerevoli contributi sulla vicenda<sup>4</sup>, spi-

---

<sup>1</sup> R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Riv. dir. pen. cont.* (4 luglio 2016), 1.

<sup>2</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

<sup>3</sup> V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Riv. dir. pen. cont.* (6 maggio 2016).

<sup>4</sup> Una ricognizione efficace del dibattito nella letteratura italiana è quella di F. ROSSI, *L'obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione*

golando la letteratura giuridica non italiana si contavano soltanto un paio di *post* in *blog* specialistici<sup>5</sup>, a cui solo recentemente sono seguiti alcuni (pochi) articoli in riviste<sup>6</sup>.

In parte questa asimmetria può essere ricondotta alla difficile accessibilità che il contenzioso costituzionale che è stato innescato dalla sentenza della Corte di giustizia presenta per il lettore non italiano, un po' per il materiale ostacolo linguistico, un po' perché essendo il contenzioso ancora pendente è naturale che attragga dapprima l'attenzione degli osservatori più "vicini" ai fatti di causa. Eppure questo spiega soltanto parte dell'asimmetria. La sola sentenza Taricco della Corte di giustizia, come tale tradotta in 23 lingue e comodamente reperibile con un click, presenta infatti profili di interesse più che notevoli sotto molteplici aspetti e che nulla hanno a che fare con le specificità dell'ordinamento costituzionale italiano e con il contenzioso costituzionale che ne è seguito.

Se la vicenda Taricco rappresenterà davvero un "momento costituzionale" nel processo di integrazione europea lo si potrà valutare dopo la definizione del contenzioso costituzionale interno, e dopo che – trascorso un periodo di "decantazione" – si sarà in grado di valutare se gli spunti più innovativi in materia di effetti diretti e diritto penale europeo verranno ulteriormente sviluppati<sup>7</sup>, sia dalla Corte di giustizia che dalle altre istituzioni dell'Unione.

In questo contributo non ci si soffermerà tanto sul fatto e diritto della questione Taricco decisa dalla Corte di giustizia, né sulla valutazione delle prime esperienze applicative o dell'esito dell'ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale. Si tratta di materiale, infatti, che è stato già setacciato in lungo e in largo dalla dottrina, e sul quale abbondano indicazioni nel volume che ospita queste righe.

Ci si soffermerà invece dapprima sull'impatto sistemico che la que-

---

europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di Giustizia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, fasc. 1, 376 ss.

<sup>5</sup> Ci si riferisce qui a S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, reperibile a <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/09/the-italian-job-cjeu-strengthens.html> (22 settembre 2015) e M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, reperibile a <http://europeanlawblog.eu/?p=2954> (27 ottobre 2015).

<sup>6</sup> E. BILLIS, *The European Court of Justice: A 'Quasi-Constitutional Court' in Criminal Matters? The Taricco Judgment and its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, vol. 7, Issue 1, 20-38 reperibile a <http://ssrn.com/abstract=2767102> e M. TIMMERMAN, *Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco*, in *Common Market Law Review*, 2016, vol. 53, 779-796.

<sup>7</sup> Una prognosi già estesamente ragionata dell'impatto della sentenza Taricco sullo sviluppo del diritto penale europeo è reperibile fin da ora in I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale Problemi e prospettive*, Milano, 2016, in particolare 82-96.

stione può avere al di fuori del dibattito italiano, sia per ciò che concerne alcuni specifici aspetti che hanno a che fare con una inedita misurazione degli effetti diretti delle norme del Trattato, e successivamente sull'impatto costituzionale che la vicenda può avere in un processo di chiarificazione dell'enigmatica categoria dei controlimiti che è in corso da molto tempo nel dibattito dottrinale e negli sviluppi giurisprudenziali nell'ordinamento italiano.

## 2. *Una questione tutt'altro che domestica*

La pronuncia è infatti degna di nota dalla prospettiva europea, da molti punti di vista. Non soltanto perché pare inserirsi in quel filone relativo all'applicazione della Carte dei diritti fondamentali dell'UE e l'impatto su diversi standard nazionali di tutela dei diritti che ha avuto in *Melloni*<sup>8</sup> e *Åkerberg Fransson*<sup>9</sup> due recenti e noti episodi (discussi ben oltre i confini nazionali da cui sono originati).

Vi è innanzitutto il punto del riconoscimento degli effetti diretti dell'art. 325 TFUE. La sentenza della Corte di giustizia trae infatti dall'art. 325 TFUE conseguenze di notevole impatto, non soltanto per l'ordinamento italiano, che pure – a causa una disciplina della prescrizione tutt'altro che priva di difetti e irrazionalità – ne subisce un effetto particolarmente significativo.

La Corte di giustizia ha infatti operato una “risalita” nei parametri della questione per identificare le fonti di quegli obblighi rispetto ai quali la disciplina italiana in materia di prescrizione sarebbe incompatibile, fino ad attingere direttamente all'art. 325 TFUE. L'esigenza di risalire fino al diritto primario era determinata dal fatto che tra le questioni prospettate alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio quella centrale era stata posta non con riferimento al Trattato, bensì alla direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto. In estrema sintesi, nella ricostruzione del giudice del rinvio pregiudiziale la disciplina che disponeva un prolungamento molto modesto del termine prescrizionale in caso di interruzione avrebbe creato un sostanziale regime di impunità per i soggetti che pongono in essere le frodi, introducendo surrettiziamente un caso non contemplato di esenzioni che sono invece disciplinate tassativamente dall'art. 158 della citata direttiva. Posta in questi termini, la questione rischiava di imbattersi nel delicato problema del riconoscimento degli effetti diretti della direttiva, tanto più de-

---

<sup>8</sup> Causa C-399/11, *Melloni*.

<sup>9</sup> Causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*.



licato quando il verso di tale effetto non è quello in cui appare consuetamente, ovvero quello del privato che ne invoca l'applicazione contro lo Stato, bensì quello inverso dell'effetto diretto verticale a rovescio, fatto dunque valere dal potere pubblico nei confronti del privato. Non è quindi affatto casuale che la Corte di giustizia abbia inteso riformulare la posizione di tale questione pregiudiziale, disancorandola dalla direttiva in questione, e ponendola nei termini di una questione interpretativa sulla compatibilità della normativa nazionale direttamente con i Trattati, e in particolare con le norme di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE.

Relativamente a una questione pregiudiziale in cui il giudice chiedeva se «lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'enzione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'*articolo 158 della direttiva 2006/112/CE*»<sup>10</sup>, la Corte di giustizia rispondeva che «una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dalle disposizioni nazionali di cui trattasi [...] è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'*articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE*»<sup>11</sup>. Da ciò la conseguenza che il «giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE»<sup>12</sup>.

Posta in questi termini, la questione degli effetti diretti verticali invertiti della direttiva non si poneva nei termini configurati dal rinvio pregiudiziale. Si poneva però il problema di verificare che la norma del Trattato fosse sufficientemente precisa, chiara e non condizionata. Punto che la Corte liquida in pochissime parole<sup>13</sup>, affermando che le disposizioni di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata»<sup>14</sup>.

Da questa laconica affermazione – passaggio invero fondamentale per ritenere sussistenti gli effetti diretti – la Corte ne fa derivare che «in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplica-

<sup>10</sup> Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 27, n. 3) [corsivo aggiunto].

<sup>11</sup> Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 58 [corsivo aggiunto].

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Si sofferma sulla insoddisfacente motivazione sul punto degli effetti diretti F. ROSSI, *L'obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti*, cit., in particolare par. 4.

<sup>14</sup> Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 51.

bile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente»<sup>15</sup>.

Il punto, a ben vedere, solleva perplessità non facilissime da superare, posto che le disposizioni di cui all'art. 325 del Trattato, richiamate dalla Corte di giustizia, si limitano a disporre che «l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» e che «[g]li Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari». La formulazione pare a prima vista ben lontana dal porre obblighi chiari, precisi e incondizionati, qualora si misuri l'esplicazione concreta del trattamento sanzionatorio, compresa la disciplina del regime prescrizione e del computo di quello in caso di interruzione, con il metro delle disposizioni dell'art. 325 TFUE. Eppure pare possibile arretrarsi un passo indietro. L'obbligo in questione non è quello di adottare sanzioni penali di un certo tipo, assistite da un determinato regime prescrizione, e il cui corso sia computato in un certo modo in caso di interruzione (elementi, questi, che certamente non sarebbero indicati in maniera chiara, precisa e incondizionata dalle disposizioni del Trattato). L'obbligo si limita piuttosto a prevedere che le misure che combattono la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione siano dissuasive ed efficaci, nonché assimilabili a quelle che gli Stati membri adottano contro la frode che lede i loro interessi finanziari. Tali obblighi, a ben vedere, sono chiari, precisi e non condizionati. Il punto, tuttavia, non sembra aver ricevuto sufficiente attenzione in sede di motivazione della sentenza della Corte di giustizia e nemmeno nel contenzioso costituzionale interno che è stato innescato dalla necessità di dare corso alla giurisprudenza *Taricco*. Questo difetto motivazionale non è sfuggito però alla dottrina<sup>16</sup>, che ha inteso soffermarsi sulle “conseguenze visibili” determinate da questa aporia motivazionale: ovvero il carattere apparentemente del tutto inedito di una norma del Trattato che produca effetti diretti con un impatto sfavorevole per il singolo, segnalando a conforto di tale conclusione la mancanza di precedenti che conducano in quella direzione. Non sembra

---

<sup>15</sup> Corte di giustizia, sent. *Taricco*, cit., § 52. A conforto viene acclusa una citazione della sentenza ANAFE (Corte di giustizia, II sez., sent. 14 giugno 2012, causa C-606/10, *ANAFE c. Ministre de l'Intérieur*), e in particolare del § 73, che tuttavia sembra avere nulla a che fare con gli effetti diretti dell'articolo 325 TFUE.

<sup>16</sup> R. BIN, *Una sentenza sbagliata*, cit.

però corretto trarre dalla mera mancanza di precedenti sul punto una conseguenza prescrittiva di così significativo impatto, che – ponendo il diritto primario allo stesso piano delle direttive – vorrebbe precludere qualunque effetto diretto delle norme del Trattato qualora non vi fosse un privato a innescare l'effetto diretto (naturalmente, soltanto a suo favore). Se pare infatti troppo cinico spingersi a dire che l'effetto diretto c'è «quando lo dice la Corte di giustizia»<sup>17</sup>, dall'altra parte ravvisare nella mancanza di precedenti l'inesistenza dell'effetto conduce a un ragionamento che potrebbe incorrere in un rischio simile (seppure in verso contrario), soprattutto se si applichi quel ragionamento a una disposizione, qual è quella di cui all'art. 325 TFUE, che ha solo di recente trovato spazio nei Trattati e che ha una struttura del tutto nuova e peculiare rispetto al diritto dell'Unione “classico”, la cui natura rende assai improbabile il verificarsi di un caso in cui un privato vada da un giudice a chiedere che gli venga riconosciuto e imposto un obbligo.

Può essere perciò utile interrogarsi sulla *ratio* dell'impossibilità di produrre effetti diretti “a rovescio” per le direttive: tale caratteristica è infatti motivata dall'esigenza, propria non solo del diritto dell'Unione ma promanante da considerazioni di logica giuridica, di non consentire allo Stato che sia stato inadempiente nell'attuazione di una direttiva di trarre beneficio da tale inadempimento, facendo valere gli effetti della direttiva contro il privato. Tale logica non pare però sussistere per le norme del Trattato in questione, perché non si vede quale beneficio potrebbe trarre lo Stato dalla loro mancata attuazione (o meglio, essendo norme dotate di effetto diretto, dall'impedimento della loro attuazione per il tramite della normativa interna incompatibile) e sempre purché quelle siano sufficientemente chiare, precise e non condizionate, presupposti che – a patto di leggere l'obbligo in questione nei termini sopra esposti – non paiono mancare in Taricco.

### 3. *La Corte costituzionale di fronte al caso Taricco*

Al di là dei dubbi derivanti dalla povertà motivazionale della sentenza e dei difficili nodi da sciogliere attorno all'applicazione di una disposizione che non è sostenuta da una massiccia giurisprudenza, i giudici italiani si sono trovati di fronte alla sentenza Taricco e hanno in qualche modo dovuto tenerne conto.

<sup>17</sup> Secondo autorevole dottrina, infatti, «[e]ffetto diretto significa semplicemente che una norma può essere ‘invocata’ in e applicata da una corte. E ciò si verifica quando lo dice la Corte di giustizia»: così M. CARTABIA e M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, 35.

Alcuni di questi, è cosa nota, hanno ritenuto di recapitare la questione alla Corte costituzionale, invocando espressamente l'attivazione dei controlimiti onde permettere a essi di non dare corso alla sentenza in questione. Dapprima due ordinanze "gemelle" della Corte d'Appello di Milano, e successivamente un'ordinanza della terza sezione dalla Cassazione Penale – rinnegando un primo approccio della medesima istanza giurisdizionale che aveva dato pacifica applicazione alla giurisprudenza Taricco<sup>18</sup> – hanno sottoposto la questione alla Corte costituzionale. Pur utilizzando un armamentario motivazionale leggermente diverso, e in particolare attingendo la Cassazione da un perimetro di disposizioni e argomenti assai più ampio, le tre ordinanze chiedono al giudice delle leggi la stessa cosa: di "autorizzare", dall'alto della sua autorità, la non applicazione della giurisprudenza Taricco, dando così prevalenza ai controlimiti dell'ordinamento costituzionale italiano.

#### 4. *Quali controlimiti?*

I controlimiti sono una categoria sfuggente, enigmatica, piuttosto lontana dalle rassicuranti coordinate del diritto costituzionale positivo. La stessa espressione lessicale 'controlimiti', ben lungi dall'essere prodotto della penna dei costituenti, ha fatto capolino nella giurisprudenza costituzionale solo in quella sentenza n. 238 del 2014 che ha fatto tanto discutere e che sulla vicenda Taricco estende in qualche modo la sua ombra. La giurisprudenza costituzionale – e con essa la dottrina – ha oscillato tra le pagine di un dizionario eterogeneo, attingendo a un lessico vario, che tradisce in realtà un'indeterminatezza concettuale: principi fondamentali, principi supremi, valori essenziali, nucleo duro, identità costituzionale. Soltanto nel 2014, la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha inteso per la seconda volta non solo affermare in astratto tali principi<sup>19</sup>, ma farli valere in concreto, impedendo così l'ingresso di una norma internazionale consuetudinaria nell'ordinamento italiano, ha fatto

<sup>18</sup> Sull'orientamento dapprima emerso in Cassazione, cfr. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Riv. dir. pen. cont.* (22 gennaio 2016); G. REPETTO, *Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, già reperibile in *Rivista AIC*, 2016/2 (10 maggio 2016) e in corso di pubblicazione per *Giur. cost.*; in senso nettamente critico, L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 1-16.

<sup>19</sup> La "prima volta" dei principi supremi a sostegno di una sentenza di accoglimento di una questione il cui oggetto era una norma dotata di una speciale copertura costituzionale (in quel caso si trattava dell'art. 7 Cost.) è stata Corte cost., sent. n. 18 del 1982.

uso del lemma ‘controlimiti’. Questa scelta lessicale è un segno importante, e non per mere questioni di stile, ma perché si inserisce in quello che sembra essere il primo tentativo di fornire a questa categoria del diritto costituzionale, sempre più letteralmente fondamentale (in quanto i controlimiti hanno la pretesa di fondare l’identità dell’ordinamento), un compiuto inquadramento teorico.

I punti fermi di tale nuovo inquadramento non sono cosa da poco, anche in relazione alla questione Taricco di cui ci si occupa in queste pagine. La Corte costituzionale, infatti, soltanto nel 2014 ha perentoriamente fornito una ricostruzione unitaria della categoria dei controlimiti. Nella motivazione si legge infatti una compilazione della vicenda giurisdizionale dei controlimiti, che con cura quasi didattica sembra voler mettere ordine nella confusione lessicale e concettuale che finora aveva contraddistinto la trattazione giurisprudenziale della categoria. Nella sentenza n. 238 del 2014, la Corte afferma in buona sostanza che esiste un nucleo duro dell’ordinamento costituzionale, e riunisce sotto a un unico ombrello concettuale gli esiti di frammentati segmenti di una giurisprudenza che dal 1970 a oggi ha spaziato dai limiti alla revisione costituzionale<sup>20</sup> ai controlimiti “comunitari”<sup>21</sup>, “concordatari”<sup>22</sup> e “internazionali”<sup>23</sup>. Questa riconduzione a unità ha implicazioni notevoli: la Corte afferma in buona sostanza che i limiti alla revisione costituzionale, tanto quelli espressi di cui all’art. 139 Cost. (e alle altre disposizioni che sanciscono l’*inviolabilità* dei diritti o l’*indivisibilità* della Repubblica), quanto quelli ricavati dalla stessa giurisprudenza costituzionale, sono perfettamente sovrapponibili a quei *controlimiti* che sono sorti come scudo nei confronti di norme prodotte al di fuori dell’ordinamento italiano.

Questa riconduzione ad unità è un momento importante dello sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia, perché permette di far circolare gli argomenti spesi sul terreno dei controlimiti concordatari o internazionali al terreno dei controlimiti europei, e permette persino di spendere quegli argomenti sul terreno dei limiti alla revisione costituzionale, dettaglio niente affatto secondario in tempi di cantieri sempre aperti sul fronte delle riforme costituzionali<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 1146 del 1988.

<sup>21</sup> La giurisprudenza sul punto è ormai molto consistente, *ex multis* si vedano Corte costituzionale, sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984, 232 del 2989, 168 del 1991 e 284 del 2007.

<sup>22</sup> La pronuncia più significativa è senz’altro Corte costituzionale, sent. n. 18 del 1982, ma in tema di “controlimiti concordatari” vedi già sentt. nn. 30, 31 e 32 del 1970.

<sup>23</sup> Al di là della sentenza n. 238 del 2014, si ricorda il precedente, sempre in materia di immunità internazionali, di cui alla sent. n. 48 del 1979.

<sup>24</sup> S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570 ss.

Ma questa sovrapposizione, da cui si dovrebbe rivelare lo spazio dell'identità della Costituzione italiana, merita di essere esplorata con grande attenzione, evitando il rischio di farne derivare semplificazioni o conclusioni affrettate. E la questione Taricco potrebbe essere un'occasione preziosa per la Corte costituzionale sulla strada di quella maggiore chiarificazione di questa enigmatica categoria del diritto costituzionale: occasione propizia non tanto per prodigarsi in quell'egocentrismo giurisdizionale di cui le Corti più attive su questo versante sono state non a torto accusate<sup>25</sup>, ma per procedere verso una strada di "normalizzazione" dei conflitti<sup>26</sup> a cui anche i principi supremi hanno ragione, a parere di chi scrive, di essere destinati<sup>27</sup>.

Si tratta, infatti, di una sovrapposizione di concetti che ha notevoli implicazioni di sistema, laddove si fissa il medesimo confine per la trasformazione dell'ordinamento al legislatore di revisione costituzionale e alle norme di diritto dell'UE<sup>28</sup>. Eppure in questa riconduzione ad unità si rischiano di confondere funzioni diverse che vengono riportate sotto il vago e onnicomprensivo ombrello dei principi supremi dell'ordinamento, quando invece gioverebbe alla chiarificazione dei conflitti individuare almeno tre dimensioni dei controlimiti. A tal fine può giovare molto prestare un occhio all'esperienza tedesca sul punto, se non altro perché si tratta dell'ordinamento dell'UE dove la giurisprudenza costituzionale in materia è stata più "generosa". Senza entrare nel dettaglio di quelle vicende<sup>29</sup>, quello che può essere di interesse analizzare in questa sede è una sorta di spaccettamento della categoria della corrispondente nozione costituzionale del *Grundgesetz* (GG). La legge fonda-

<sup>25</sup> J.H.H. WEILER, *Judicial Ego*, in *Int J Constitutional Law*, 2011, vol. 9, Issue 1, 1-4.

<sup>26</sup> M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013. In riferimento alla specifica vicenda Taricco, a simili esiti di "ricomposizione" pare giungere, seppure attraverso un percorso argomentativo diverso, chi vi ha visto un'occasione per valorizzare non la contrapposizione, ma la convergenza di principio del primato del diritto UE e rispetto delle identità costituzionale degli Stati membri: in questo senso, A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale?*, in *Lo Stato*, 2016, n. 6, 47-70 e già reperibile in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it) (9 aprile 2016).

<sup>27</sup> B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013 e Id., *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, vol. 31, Issue 1, 263-318.

<sup>28</sup> Questa impegnativa sovrapposizione è radicalmente contestata da O. CHESSA, Meglio Tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it) (accesso 12 agosto 2016).

<sup>29</sup> Cfr. R.C. VAN OOYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa Von Solange über Maastricht zu Lissabon, Euro-Rettung und Europawahl*, Baden-Baden, 2016 e sia permesso rinviare a P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 431-464.

mentale tedesca, oltre a disporre una “clausola di eternità” di cui all’art. 79.3 GG nella quale sono articolati con un grado di relativo dettaglio i principi che fanno parte dell’identità costituzionale, sottratti al legislatore di revisione costituzionale, estende espressamente (a partire dalla revisione costituzionale dei primi anni ’90, quando si è inserito nel GG l’*Europa-Artikel*) tale clausola di eternità *extra moenia*, fissando quella sovrapposizione tra limiti alla revisione e controlimiti che nell’ordinamento italiano solo a partire dalla sentenza n. 238 del 2014 si è potuto chiaramente riconoscere. Ebbene, la giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) sembra aver inteso quella clausola di eternità costituzionale, che illumina e determina la protezione del nucleo di identità costituzionale del GG, in almeno tre dimensioni. La prima dimensione che il *BVerfG* ha voluto valorizzare è quella della molto noto saga giurisprudenziale *Solange*: i controlimiti, in quella dimensione, sono una forma di tutela dei diritti fondamentali, e in particolare una forma di tutela dello standard di tutela dei diritti fondamentali garantito nell’ordinamento costituzionale tedesco. In un primo momento i controlimiti sono stati opposti nel senso di affermare la permanente giurisdizione del giudice costituzionale tedesco, finché (*solange... I*) lo standard di tutela a livello europeo non fosse comparabile a quello garantito dal GG. Quando i tempi sono stati ritenuti maturi, i controlimiti – pur muovendosi sempre in quella stessa dimensione e direzione di tutela dei diritti fondamentali – sono stati interpretati nell’opposto verso, per cui fintantoché (*solange... II*) il livello di tutela dei diritti fondamentali sarebbe stato garantito a livello europeo con uno standard comparabile a quello garantito dal GG, il *BVerfG* avrebbe rinunciato a esercitare il suo scrutinio. In un secondo momento (all’incirca a partire dal Trattato di Maastricht), i controlimiti sono stati valorizzati anche per difendere l’ordinamento costituzionale rispetto ad atti adottati *ultra-vires*, in violazione del principio di attribuzione che è architrave dell’ordinamento europeo ed è allo stesso tempo fondamento giustificativo del principio di apertura dell’ordinamento costituzionale. I controlimiti, in questa seconda dimensione, si pongono a tutela di quella “competenza sulle competenze” che ha ricevuto tanta attenzione nella letteratura giuridica tedesca, ma che negli ordinamenti di tutti gli Stati membri si pone come questione cruciale negli ultimi decenni. Infine, e più recentemente (a partire dall’approvazione del – e conseguente contenzioso costituzionale sul – Trattato di Lisbona), i controlimiti sono stati valorizzati in una terza dimensione, laddove il *BVerfG* ha elaborato uno specifico test di compatibilità con l’identità costituzionale tedesca (*identitätskontrolle*), volto a presidiare quei principi costituzionali la cui

modifica non sarebbe consentita in nessun caso, da alcun poter costituito, operi questo *intra moenia* o *extra moenia*.

Le tre dimensioni sono diverse, separate e autonome, perché un atto potrebbe essere *ultra-vires*, ma non determinare la lesione di principi intangibili dell'ordinamento, né toccare in alcun modo diritti fondamentali; un altro atto potrebbe essere adottato nel rispetto delle competenze attribuite, ma essere gravemente e strutturalmente lesivo dello standard di tutela dei diritti fondamentali previsto dal GG; oppure un atto potrebbe essere adottato nell'ambito delle competenze attribuite ed essere incompatibile, non con lo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dal GG, ma con un principio intangibile dell'ordinamento tedesco nei cui confronti l'*Identitätskontrolle* è posto a presidio.

Con tutto ciò, cosa c'entra Taricco? La questione posta all'attenzione della Corte costituzionale, in fine dei conti, potrebbe averci poco a che fare. Vi sono infatti sufficienti vie d'uscita per la Corte, che potrebbero permettere ai giudici costituzionale di minimizzare l'impatto della vicenda<sup>30</sup>. Forse, però, l'occasione è propizia per continuare su quello che a parere di chi scrive è stato l'aspetto più apprezzabile della sentenza n. 238 del 2014, ovvero l'addomesticamento di una categoria concettuale tanto importante quanto enigmatica in schemi procedurali che ne permettano una progressiva normalizzazione.

##### 5. *Il caso Taricco alla prova dei controlimiti tridimensionali*

Pare infatti che la questione portata all'attenzione della Corte costituzionale impegni i controlimiti in tutte e tre le dimensioni che si sono tracciate nelle pagine precedenti. Soprattutto dopo che alla ordinanza della Corte di Appello di Milano, che delineava un orizzonte di parametri assai ristretto e in sostanza limitato all'art. 25, comma secondo, Cost., si sono affiancate le ricche ordinanze di rimessione della Cassazione, che impegnano un orizzonte di parametri assai più ampio, sembrano potersi scorgere tre distinti livelli di asserita lesione dei controlimiti nella ricostruzione dei giudici *a quibus*.

Quanto alla prima dimensione, quella della lesione dello standard di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, non è semplicissimo ricostruire il paventato conflitto in questi termini. Eppure, senza deduzioni troppo acrobatiche, l'effetto della giurisprudenza Taricco po-

---

<sup>30</sup> Vedi su questo punto 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 *Riv. dir. pen. cont.* (21 settembre 2015).



trebbe essere censurato come una lesione di un asserito “diritto all’oblio” che sarebbe a capo del soggetto beneficiario del regime prescrizione e della sua disciplina interruttiva e sospensiva, che il giudice italiano sarebbe chiamato a disapplicare. Ammessa e non concessa l’esistenza di un diritto all’oblio<sup>31</sup>, elevare le norme che disciplinano gli effetti interruttivi della prescrizione a metro dello standard strutturale di tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento italiano pare operazione piuttosto azzardata.

È invece nella seconda dimensione dei controlimiti che emergono questioni, oltre che nuove, molto delicate e altrettanto complesse da dipanare<sup>32</sup>. Sembra infatti che sia questa la dimensione maggiormente valorizzata dalle ordinanze di rimessione e dalle opinioni più approfondite che hanno criticato la giurisprudenza Taricco: il problema fondamentale sarebbe la natura *ultra vires* della sentenza della Corte di giustizia, da cui deriverebbero effetti che il Trattato – e con esso gli Stati membri – non consente di far derivare. Questa censura pare insistere sull’obbligo di perseguire con sanzioni penali la lesione di interessi finanziari dell’UE tutelati dall’art. 325 TFUE, su cui effettivamente la Corte di giustizia si sofferma in alcuni passaggi poco fortunati della motivazione. Ma, fermo restando l’infelice motivazione della sentenza Taricco, non sembra in realtà possibile collegare la decisione di criminalizzare le condotte in questione a un’interpretazione creativa che la Corte di giustizia fornisce dell’art. 325 TFUE: la sottoposizione delle condotte in questione a sanzione penale è opera del legislatore nazionale. L’obbligo su cui la Corte di giustizia si sofferma è quello di adottare misure dissuasive ed efficaci, che siano equivalenti a quelle adottate per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari degli stessi Stati membri. Ed è tale obbligo che la disciplina della prescrizione breve – ritenuta ampiamente deficitaria da

---

<sup>31</sup> Per un approfondimento del fondamento giustificativo della prescrizione, cfr. S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009 e F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003. Sul punto si sofferma, nel senso di escludere che possa considerarsi meritevole di tutela l’aspettativa dell’imputato circa il fatto che le norme che regolano il corso della prescrizione debbano essere sempre quelle in vigore al momento della commissione del reato, l’Avvocato Generale nella causa Taricco: cfr. conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott, causa C-105/14, 30 aprile 2015, § 119, e ultimo ma non da ultimo, nello stesso senso, il giudice della legge italiano, laddove affermava che «non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di aspettativa dell’imputato al maturarsi della prescrizione»: così Corte costituzionale, ord. 452/1999.

<sup>32</sup> Le competenze penali dell’UE sono già di per sé terreno scivoloso dalla prospettiva costituzionale nazionale. Per un’analisi di luci e ombre dell’impatto del diritto dell’UE in tale materia, cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., in particolare 63 ss.

tutti gli attori in questione<sup>33</sup> (ad esclusione, presumibilmente, degli imputati) – viola, o comunque contribuisce a violare (assieme ad altri fattori che però non sono stati sottoposti all’attenzione della Corte di giustizia nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale).

Vi è infine la terza e ultima dimensione dei controlimiti che entra in ballo nella vicenda in questione, ed è quella al cui presidio l’ordinamento tedesco porrebbe l’*Identitätskontrolle*. I giudici delle ordinanze di rinvio paiono infatti asserire una lesione dei principi supremi dell’ordinamento, a prescindere dalla natura *ultra vires* della sentenza della Corte di giustizia. La motivazione di questi punti è spesso apodittica e rinvia a una sorta di autoevidenza del carattere fondamentale dei principi in ballo<sup>34</sup>. L’autoevidenza è però riferita al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, e in sostanza è tutto da vedere che il nucleo essenziale di tale principio venga compromesso dalla giurisprudenza Taricco. Riprendendo qui argomentazioni sviluppate più approfonditamente altrove<sup>35</sup>, ci si limita a osservare che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di principi supremi ha inteso chiarire che soltanto il nucleo essenziale di quelli funge da limite alla revisione costituzionale o da controlimite al diritto dell’UE (cosò come internazionale consuetudinario e concordatario). Mentre «tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia»<sup>36</sup>. Posta sotto questa luce, la disciplina controversa non pare possa essere posta all’interno del nucleo essenziale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole con tanta disinvoltura. Al contrario, pare possibile valorizzare il fatto che la Corte di giustizia si è limitata a valutare il meccanismo del computo del termine massimo di prescrizione qualora intervengano atti interruttivi, e non la

---

<sup>33</sup> La Cassazione stessa, nell’ordinanza di rinvio, scrive che il sistema attuale comporta una serie di aporie e inefficienze (p. 32), e la necessità di intervenire nella materia è segnalata abbondantemente dalla dottrina penalistica, e anche da quei costituzionalisti che pure ritengono la sentenza Taricco “eversiva”. Cfr., per tutti, R. BIN, *Una sentenza sbagliata*, cit., 8 ove si esprime in termini inequivoci sul punto: «Nel merito, però, la Corte di giustizia ha ragione».

<sup>34</sup> Nella sua ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale, la Cassazione penale, III sez., scrive che «la dimensione di valore essenziale dell’identità costituzionale del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, idoneo ad essere ‘azionato’ come “controlimite”, appare talmente evidente da far sembrare ultronea qualsiasi argomentazione al riguardo, trattandosi di garanzia posta a fondamento di tutti gli ordinamenti costituzionali democratici» (Cass. pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, punto 4.2.1, 24).

<sup>35</sup> Sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La corte d’appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.* (30 marzo 2016).

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 1982, punto 4 del considerato in diritto.

disciplina della prescrizione in generale. Qualora il meccanismo suddetto determini una impunità sistemica degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, la soluzione che la Corte di giustizia pare prospettare è la disapplicazione di quelle sole norme. Sembra, in sintesi, di potersi salvare la peculiare concezione sostanzialistica dell'istituto della prescrizione, valorizzando però la natura procedurale delle norme che ne disciplinano il computo del termine massimo in caso di eventi interruttivi. Che tale disciplina sia collocabile nel nucleo essenziale del principio supremo dell'irretroattività della legge penale sfavorevole pare dubitabile, e sembra piuttosto adattarsi una collocazione nella periferia di quel principio, ovvero in altre parole in quegli istituti in cui il principio supremo «concretamente si estrinseca»<sup>37</sup>.

Vi sono poi le asserite incompatibilità degli esiti della giurisprudenza Taricco con il principio di separazione dei poteri e, in particolare, con la soggezione del giudice soltanto alla legge. Le preoccupazioni derivano dall'ampio margine di discrezionalità che sarebbe affidato al giudice comune nell'apprezzamento dei presupposti in presenza dei quali operare la disapplicazione. Tali preoccupazioni sembrano fondate su valutazioni difficilmente contestabili, laddove si affida al singolo giudice operazioni valutative che sembrano spingersi ben oltre la sua capacità di apprezzamento del singolo caso. Questi sarebbe infatti chiamato a districarsi tra concetti assai vaghi come l'individuazione di "altre attività illegali" che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e valutazioni su concetti indeterminati che francamente non paiono spettargli come nel caso dell'individuazione di quello che sarebbe un "numero considerevole di casi di frode grave". Tuttavia far derivare dalla posizione di questi paletti indeterminati una sovversione di sistema o un'eversione del principio della separazione dei poteri e della soggezione del giudice alla sola legge sembra una conclusione alquanto affrettata. La giurisprudenza Taricco interviene infatti ad affermare in modo assai deciso un obbligo che ha fonte nel Trattato e a cui l'Italia si sottopone attraverso la legge di esecuzione di tale Trattato. Come si è già cercato di argomentare, la scelta di sottoporre a sanzione penale le condotte da cui originano le controversie in questione non dipende dalla fonte europea, ma è decisione del legislatore nazionale, e l'obbligo a cui presidio si pone la giurisprudenza Taricco riguarda "soltanto" l'efficacia e dissuasività delle sanzioni penali che, in piena autonomia, il legislatore nazionale ha ritenuto di introdurre. Le aporie originano innanzitutto da una disciplina del regime prescizionale del tutto indifendibile: aporie che certamente

---

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 1982, punto 4 del considerato in diritto.

il legislatore sarebbe il soggetto più indicato a risolvere sistematicamente e in modo pienamente soddisfacente, ma che di fronte alla inerzia di quello finiscono per essere oggetto di interventi frammentati in una sorta di “supplenza” che nell’esperienza ordinamentale italiana si è verificata purtroppo spesso e ha chiamato in causa l’intervento (nella maggior parte «non richiesto e non gradito»<sup>38</sup>) di altri attori costituzionali, *in primis* del giudice delle leggi. Certamente questi episodi di supplenza hanno determinato una pressione sul principio della separazione dei poteri, ma non può dirsi che la flessione che in questo caso origina dalla giurisprudenza Taricco sia diversa o più grave, né tale da giustificare l’attivazione dei controlimiti.

A ben vedere non sembrerebbe dunque ravvisarsi alcuna lesione dei controlimiti, qualunque specifica dimensione di quelli si voglia considerare. E a supporto di questa conclusione paiono potersi addurre anche delle conseguenze paradossali a cui giungerebbero delle soluzioni per disinnescare un ipotetico conflitto tra controlimiti a diritto dell’Unione usando gli strumenti del diritto dell’Unione. Tra questi vi è l’art. 6.3 TUE che tutela i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali *comuni* degli Stati membri. Ma è empiricamente provabile senza troppe difficoltà che nel caso di specie un asserito diritto fondamentale all’oblio non sarebbe garantito dalla CEDU (in tal senso la Corte di giustizia spende anche qualche riga della motivazione), e nemmeno sarebbero parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Tutt’al contrario, una supposta derivazione di un diritto fondamentale all’oblio, ricompreso nell’ombrello del principio di legalità in materia penale in base a una concezione sostanzialistica del regime prescizionale e degli eventi interruttivi e sospensivi di quello, sarebbe una sorta di *unicum* dell’ordinamento italiano, e non potrebbe certo ascrivere a una tradizione costituzionale comune agli Stati membri<sup>39</sup>. In soccorso potrebbe dunque giungere l’art. 4, comma secondo, TUE, laddove sancisce il rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. La clausola di iden-

<sup>38</sup> Così, seppur riferendosi a tutt’altre vicende, l’allora Presidente della Corte costituzionale Zagrebelsky nella *Conferenza stampa tenuta il 2 aprile 2004*, reperibile al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla funzione di supplenza della Corte costituzionale, cfr. F. MODUGNO, *La «supplenza» della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 107 ss.

<sup>39</sup> In questo senso, cfr. 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 *Riv. dir. pen. cont.* (21 settembre 2015) e più dettagliatamente ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi* (9 maggio 2016).

tà costituzionale, su cui si è molto scritto negli ultimi decenni<sup>40</sup>, sembra assai più adatta a fornire base legale per la tutela di specificità costituzionali proprio di un solo stato membro<sup>41</sup>. In questo quadro, infatti, si è assai più propensi ad ammettere che potrebbe essere il solo Stato membro a essere “giudice”<sup>42</sup> di quel che è parte della sua identità costituzionale. Vi sarebbe però una non piccola controindicazione, a parere di chi scrive, nel considerare i principi in ballo parte di questa specifica e non comune tradizione costituzionale, integrante la struttura fondamentale, politica e costituzionale, dell’Italia. Si è visto infatti che la stessa Corte costituzionale ha finalmente chiarito che l’identità costituzionale integra una nozione unitaria, che è contemporaneamente limite alla revisione costituzionale e controlimite. Ove si intendesse ammettere che gli esiti della sentenza Taricco conducono a un conflitto “sostanziale” (e non di competenza) con l’identità costituzionale italiana, ciò equivarrebbe ad escludere la possibilità di giungere ai medesimi esiti attraverso l’azione di qualunque potere costituito. Sarebbe perciò precluso al legislatore<sup>43</sup>, finan-

<sup>40</sup> La letteratura giuspubblicistica in materia è ormai sterminata. Limitandosi ad alcuni riferimenti autorevoli: E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford-New York, 2015; M. DOOBS, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance in Favour of the Member States?*, in *Yearbook of European Law*, 2014, 298-334; A. SAIZ ARNAIZ, C. ALBOBERRO LLIVINIA (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013; T. KONSTADINIDES, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, in *Cambridge yearbook of European legal studies*, 2012, 195-218; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1417-1453; L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, 36-49.

<sup>41</sup> Si è detto che la clausola in questione condurrebbe a una “europeizzazione” dei controlimiti. Si veda, in tal senso, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”, e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (Profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Torino, 2006, 827 ss.

<sup>42</sup> Ciò non significa che l’interprete dell’identità costituzionale debba per forza essere un giudice, e in particolare un giudice costituzionale: il contributo degli attori non giurisdizionale nella definizione dell’identità costituzionale è un punto poco investigato, segnalato da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9. Su questo punto si è tentato di fare qualche passo di ricerca in P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, Issue 2, 491-578.

<sup>43</sup> In questo quadro non pare quindi condivisibile l’affermazione contenuta nell’ordinanza di rimessione della Cassazione, a parer della quale «qualora il corso della prescrizione venisse invece sospeso con l’esercizio dell’azione penale – come in diversi ordinamenti occidentali, ed in alcune proposte legislative da tempo allo studio degli organi parlamentari nazionali –, dando rilevanza ad un momento processuale, potrebbe fondatamente affermarsi la natura processuale, e, di conseguenza, l’applicazione del principio *tempus regit actum*: ma questo è un compito che, nel nostro ordinamento costituzionale, spetta al legislatore» (Ordinanza di rimessione Cass. pen., III sez., cit., par. 4.2.5, 31).

che costituzionale, di introdurre modifiche al regime prescizionale che impattassero sui giudizi in corso. Ciò che, a parere di chi scrive, pare una prospettiva difficilmente difendibile.

6. *Il regime della prescrizione davanti alla Corte costituzionale, ovvero dell'occasione per recuperare la dimensione costituzionale di un problema serio*

Il merito della questione da cui è originata la vicenda Taricco ha alcune implicazioni paradossali che rischiano di indurre il giurista, ancora prima dell'opinione pubblica (che a questioni di questo tipo è solitamente poco sensibile), a conclusioni affrettate. Trattasi infatti di consistenti frodi aventi a oggetto il commercio di beni (bottiglie di Champagne) che non evocano esattamente bisogni fondamentali dell'essere umano. A ciò si unisca la consapevolezza empirica che gli operatori del diritto possono avere con quell'abuso di tecniche difensive volte a giungere in un modo o nell'altro al porto sicuro del decorso della prescrizione, ed ecco che si può generare il rischio di considerare le esigenze di tutela delle parti in questione non meritevole di tutela. A maggior ragione laddove la tutela debba passare attraverso l'inclusione di tali interessi tra quelli "più meritevoli di tutela" nell'ordinamento, quei principi supremi che caratterizzano l'identità costituzionale di un regime. Può essere forte la tentazione di accostare impietosamente gli sforzi che alcuni intenderebbero far approfondire all'ordinamento costituzionale italiano e ai suoi interpreti, in fine volti a dare granitica tutela al diritto al maturarsi della prescrizione (peraltro brevissima, ove misurata rispetto al contesto) per permettere ai trafficanti di bollicine pregiate di mettersi al sicuro, rispetto alla parallela giurisprudenza tedesca che in tempi recenti ha inteso elevare a simile rango la sovranità parlamentare sulle decisioni di bilancio nonché il diritto di tutela giurisdizionale "nel merito", avendo cura che sia possibile il ripristino integrale dell'assunzione probatoria nei casi di esecuzione di un mandato di arresto europeo in esecuzione di una sentenza di condanna *in absentia*<sup>44</sup>. Ai tedeschi il rigore e la responsabilità parlamentare delle decisioni di bilancio e il diritto di difesa "nel merito", agli italiani la prescrizione breve.

Queste semplificazioni, naturalmente, non sono ammissibili. E ciò, innanzitutto, perché «letta nella chiave dell'impunità del possibile colpe-

<sup>44</sup> Ci si riferisce qui al "caso R." del BVerfG (2 BvR 2735/14), per una cui sintesi sia consentito rinviare a P. FARAGUNA, *Solange III: il BVerfG colpisce ancora?*, in *Quad. cost.*, 2016, n. 1, 123-126.

vole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, “varrebbe la pena” d’essere prevista e difesa»<sup>45</sup> e quindi per il fatto che nel caso di specie, come si è cercato di argomentare, non si può dire sia in ballo una pruriginosa volontà di tutelare i domestici vizi, ma sono in ballo principi fondamentali della civiltà giuridica<sup>46</sup>, che – per riprendere l’improprio confronto italo-tedesco – lo stesso giudice costituzionale tedesco aveva incluso in quell’elenco di materie non trasferibili che si può leggere in quella sorta di manifesto dei controlimiti che è scritto nel *Lissabon-Urteil*<sup>47</sup>.

Ammettere, però, che la posta in gioco sia alta non significa automaticamente abbracciare la prospettiva delle ordinanze di rimessione, e incorrere nel rischio di una semplificazione che pende in direzione contraria, in base alla quale la giurisprudenza della Corte di giustizia si limita a tutelare gli interessi finanziari, sgretolando i diritti fondamentali e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale italiano. Vi è infatti spazio per vedere nell’azione della Corte di giustizia uno stimolo per la Corte costituzionale stessa per considerare la dimensione anche costituzionale interna degli interessi di cui la Corte di giustizia tutela soltanto una piccola frazione: le condotte a oggetto dei casi da cui originano le controversie in questione infatti determinano una frode sul versamento dell’IVA che soltanto in minima parte, approssimativamente ricompresa tra l’1 e il 2% del gettito IVA generato in Italia, va a finanziare il bilancio dell’Unione. Nella parte restante, la lesione ricade sull’erario italiano. Ciò non pare privo di ricadute, anche di tenore costituzionale, soprattutto laddove la situazione su cui interviene la Corte di giustizia è tutt’altro che nuova e tutt’altro che ignota agli operatori nazionali. Quel che la Corte di giustizia ha posto sul tavolo del giudice italiano è infatti tutt’altro che secondario che affligge l’ordinamento italiano da molto tempo. Un problema che dalla lunghezza dei processi passa attraverso la prescrizione di un numero tale di reati che, in alcuni settori – ove tempi di prescrizione troppo brevi si combinano a esigenze di indagine e accertamento con tempi lunghi – conducono a un quadro di sostanziale e diffusa impunità. Il riflesso soggettivo di questa inefficienza, da un lato, comporta una situazione che soltanto la prescrizione rende tollerabile per l’individuo che si imbarchi in quella che potrebbe essere una lunghissima navigazione processuale. In questi casi, stabilire un tempo massimo entro il quale la pretesa punitiva possa essere esercitata, permette di porre il cittadino al riparo dalle molte controindicazioni che derivereb-

<sup>45</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 20.

<sup>46</sup> *Ibid.*, 16.

<sup>47</sup> BVerfG 2/08 sentenza del 30 giugno 2009, BVerfGE 123, 267 ss.

bero da un'esposizione indefinita al processo (incertezza dei rapporti giuridici, difficoltà di esercizio del diritto di difesa quando sia trascorso molto tempo dai fatti di cui si disputa, affievolimento di ogni ambizione rieducativa). Eppure il riflesso oggettivo-ordinamentale di questa situazione è la sostanziale incapacità del sistema penale, in alcuni settori, di svolgere la sua funzione. E con questo, a seconda del settore materiale ove ci si muova, l'incapacità dell'ordinamento di garantire le funzioni fondamentali nei confronti delle quali la sanzione penale si pone come presidio. Nel caso *Taricco*, il finanziamento del bilancio, non soltanto dell'Unione, ma anche – e anzi si potrebbe dire soprattutto – dello Stato. Tra impunità e imprescrittibilità, gli interessi costituzionali da bilanciare sono dunque molti. E l'esigenza di un diverso bilanciamento rispetto al quadro attuale, che è in fin dei conti il tema che la Corte di giustizia solleva, è un tema che la Corte costituzionale avrebbe ragione di non ignorare.

In definitiva, il caso *Taricco* non sembra essere solo una difficile e complessa questione da “disinnescare” per la Corte costituzionale. Può trattarsi di un'occasione propizia sia per sviscerare quelle diverse “dimensioni” dei controlimiti che i colleghi tedeschi si sono già da qualche tempo prodigati a isolare. E può essere un'occasione per la Corte costituzionale di intervenire nel merito di una disciplina della prescrizione che è assai difficilmente difendibile, quantomeno rivolgendo al legislatore un messaggio perentorio affinché intervenga con una riforma complessiva di tale disciplina.





MARCO GAMBARDELLA

IL CASO TARICCO:  
OBBLIGHI DI DISAPPLICAZIONE *IN MALAM PARTEM*  
E COMPATIBILITÀ CON I PRINCIPI COSTITUZIONALI  
DELLA RISERVA DI LEGGE E DI IRRETROATTIVITÀ

SOMMARIO: 1. L'antefatto. – 2. Le due ipotesi di incompatibilità della prescrizione con il diritto dell'Unione. – 3. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e principio della riserva di legge. – 4. Obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* e principio di irretroattività. – 5. La reale esigenza di opporre il "controlimite" del principio di irretroattività. – 6. Il parametro della soggezione del giudice soltanto alla legge. – 7. La disapplicazione della prescrizione con effetti sfavorevoli in rapporto alle diverse situazioni processuali prospettabili. – 8. Riflessioni finali.

1. *L'antefatto*

La sentenza *Taricco* della Corte di Lussemburgo<sup>1</sup> pone, anche in ambito penale, il *topos* della complessità delle fonti e della sua attuale continua trasformazione<sup>2</sup>.

Sebbene si ritenga ancora vigente in materia penale il tradizionale principio di riserva di legge parlamentare<sup>3</sup>, l'identificazione delle possibili fonti di produzione normativa non appare affatto agevole, come mostra appunto l'acceso dibattito innescato dalla pronuncia della Corte di giustizia in parola<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2105, con nota di F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*; in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1562, con nota di F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 77 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 5 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 49 ss., 80 ss.; A. BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 7 ss., 53 ss.

<sup>3</sup> Si vedano, in proposito, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, 27 ss., 123 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2012, 23 ss.

<sup>4</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice*

La prima emersione, a livello di giurisprudenza di legittimità, delle cruciali questioni connesse alla sentenza *Taricco* si rinviene in due decisioni della Corte di cassazione (III e IV sezione) in parte confliggenti fra loro (anzitutto che la Corte decidesse di sollevare la questione di costituzionalità dell'ordine di esecuzione del TFUE, cfr. § 5)<sup>5</sup>.

Uno dei temi di fondo che si agitano al riguardo – che si staglia sullo sfondo del contrasto tra le due prime sentenze della Cassazione – è rappresentato dai rapporti tra gli obblighi di disapplicazione con esiti *in malam partem* imposti al giudice nazionale dalla pronuncia della Corte di giustizia e il principio di legalità penale<sup>6</sup>.

Per la Grande Sezione *Taricco*, il giudice italiano – sul presupposto della *primauté* del diritto dell'Unione – è tenuto a non applicare la norma interna contrastante con la norma di diritto primario UE; in particolare qui la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione (il combinato disposto tra gli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p.) in opposizione con l'art. 325 § 1 e 2 TFUE in materia di lotta contro le frodi e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>7</sup>.

Come è noto le pronunce pregiudiziali della Corte giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, hanno un valore generale e vincolante per tutti i giudici nazionali. Sicché questi ultimi sono obbligati a disapplicare la norma nazionale che si pone in conflitto con la norma del diritto eurounitario nella interpretazione assegnatagli dalla Corte di Lussemburgo<sup>8</sup>.

---

*a legislatore*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2015, 1 ss., secondo cui il caso *Taricco* attiene al tema dell'insuperabilità, pur sempre *ex art. 25 Cost.*, del principio della divisione dei poteri con riguardo al rapporto tra giudice e legislatore, ossia della riserva di legge. Si chiede direttamente al giudice – e non al paese membro dell'Unione, una valutazione avente natura politico-criminale; di valutare cioè se una certa norma penale (o anche processuale) interna, secondo la sua applicazione complessiva nel paese interessato, risponda a caratteristiche di "effettività" e "dissuasività". In questo modo, per l'Autore, s'introduce, come appare evidente, un potere giudiziario di disapplicazione delle norme vigenti in ambito penale, ove ritenute non consone alle esigenze preventive.

<sup>5</sup> Cass., sez. III, ud. 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in *C.E.D. Cass.*, n. 266121; Cass., sez. IV, ud. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, *ivi*, n. 266078.

<sup>6</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 2 ss.; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controllimiti*, 13 ss. (dattiloscritto); C. SOTIS, *I limiti del giudice come controllimiti*, 5 ss. (dattiloscritto).

<sup>7</sup> Per un primo commento della pronuncia della Grande Sezione, cfr. S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA; note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen. web*, n. 3, 2015, 1 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 324 ss.; A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 340 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, 391 ss. Nel senso che le sentenze pregiudiziali "di fatto" producono effetti analoghi a quelli *erga omnes*, cfr. E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2015, 225 ss.

E nel caso *Taricco* la Grande Sezione ha statuito che – in forza del principio del primato del diritto dell’Unione – le disposizioni di cui all’art. 325 § 1 e 2 TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Pertanto il giudice interno è tenuto a dare piena efficacia all’art. 325 § 1 e 2 TFUE, disapplicando all’occorrenza le disposizioni nazionali che hanno quale risultato di impedire allo Stato membro di rispettare gli obblighi impostigli dalla normativa primaria dell’Unione europea. Il pregiudizio agli obblighi che scaturiscono dalle norme primarie dall’UE è poi circostanza concreta il cui accertamento è demandato al giudice interno<sup>9</sup>.

Nella disapplicazione eurounitaria si configura una antinomia giuridica, un conflitto tra due norme: quella interna e la norma ricavabile dal diritto europeo<sup>10</sup>. Il criterio per risolvere l’antinomia, per dirimere la relazione di incompatibilità fra due norme, è in questa ipotesi quello della prevalenza (*primauté*) della norma europea sulla norma interna contrastante<sup>11</sup>. La disapplicazione della norma interna incompatibile con quella di diritto europeo non implica l’invalidità, la nullità o l’abrogazione della prima, bensì uno stato di quiescenza: la norma interna viene relegata in una sorta di limbo. La norma comunque resta nell’ordinamento, “in letargo”: non è abrogata, né essa deve considerarsi invalida<sup>12</sup>. In virtù di tale stato di quiescenza della norma disapplicata, la classe dei fatti (o una porzione di essa) a quest’ultima riconducibile potrebbe di conseguenza confluire nell’ambito applicativo di una diversa e già presente norma (cfr. § 3 e § 6).

## 2. *Le due ipotesi di incompatibilità della prescrizione con il diritto dell’Unione*

La Grande Sezione *Taricco* ha individuato due ipotesi ben distinte di incompatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto dell’Unione<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, cit., § 58.

<sup>10</sup> M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 206 ss.

<sup>11</sup> Sul primato del diritto dell’Unione europea sul diritto interno, nella manualistica cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 189 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, 219 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 204 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. CARTABIA, M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2009, 96 ss.; A. CELOTTO, *L’Italia e l’Unione europea*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, F. MODUGNO (a cura di), Torino, 2010, 236; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2010, 484.

<sup>13</sup> Cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 febbraio 2016, 5 ss.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 5 ss.

In primo luogo, nel § 47 della sentenza della Corte di Lussemburgo viene presa in esame l'ipotesi contenuta nel § 1 dell'art. 325 TFUE, alla stregua della quale il giudice nazionale è tenuto ad accertare in concreto che dall'applicazione delle norme in materia di interruzione della prescrizione deriva in un "numero considerevole di casi" l'impunità penale per fatti che integrano una "frode grave" in materia di Iva (o di interessi finanziari dell'Unione europea). La normativa italiana impedisce in tal modo di infliggere sanzioni effettive e dissuasive per queste condotte.

La seconda ipotesi è poi delineata al § 48 della decisione *Taricco* e si riferisce a quanto prescritto dal § 2 dell'art. 325 TFUE: il giudice interno deve verificare se la disciplina nazionale prevede per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Italia, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea. Ponendo così un obbligo di assimilazione, sotto il profilo sostanziale e processuale, nella punizione delle violazioni in materia di frode agli interessi finanziari tra diritto interno e diritto dell'Unione.

E la Corte di giustizia porta come esempio di quest'ultima ipotesi il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco (art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973), rispetto al quale il diritto interno non ha previsto alcun termine assoluto di prescrizione. E ciò vuol dire che tale ipotesi criminosa non è assoggettata al limite massimo complessivo del termine prescrizionale in caso di eventi interruttivi, ricadendo il delitto nella classe dei reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. ai quali non si applica, *ex artt.* 160 e 161 c.p., il tetto invalicabile dell'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere<sup>14</sup>.

Si è messo tuttavia in dubbio che la prima ipotesi di contrasto dell'ordinamento italiano con il diritto eurounitario enucleata dalla Corte di giustizia, e relativa al § 1 dell'art. 325 TFUE, possa condurre immediatamente all'uso della potestà di disapplicazione da parte del giudice interno. Essa poggierebbe infatti su due concetti indeterminati: il "numero considerevole di casi" e la "frode grave" lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Taricco*, cit.

<sup>15</sup> Così E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 6 ss. Sul problema, cfr. altresì F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 8 ss.; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 aprile 2015, (§ 6.2); M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 13 ss.; E. GALLUCCI, *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e*

A tale proposito si è reputato indispensabile l'intervento del legislatore nazionale per la precisazione di quale sia la soglia di gravità della frode Iva che rende operante l'obbligo incombente sull'Italia di irrogare sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni dichiarate per queste figure di reato. Si è ritenuto soprattutto non accertabile dal giudice del singolo processo (ed estraneo al suo compito) il presupposto statistico del "considerevole numero di casi" in cui la prescrizione (o meglio la disciplina sull'interruzione della stessa) abbia impedito la condanna del reo<sup>16</sup>.

La menzionata sentenza della IV sezione della Cassazione ha nondimeno preso in esame l'aspetto riguardante la determinazione della soglia minima di gravità delle frodi, in relazione alla quale andrebbe compiuta la disapplicazione della normativa interna<sup>17</sup>.

Nella pronuncia, pur segnalandosi l'intrinseca complessità del compito interpretativo assegnato al giudice interno, il quale è chiamato a una valutazione che esula dal caso concreto affidatogli, si è escluso che nella fattispecie concreta si possa configurare un'ipotesi "grave" di frode Iva nel senso indicato dalla Corte di giustizia.

La suprema Corte ha sostenuto, infatti, che l'esclusione da parte del giudice d'appello dell'aggravante del danno di patrimoniale di rilevante gravità (art. 61 n. 7 c.p.), elemento decisorio ormai intangibile, si ripercuote sulla determinazione della gravità del reato commesso nel caso di specie dagli imputati. Aggiungendosi, inoltre, che l'ipotesi in questione è di ben minore gravità rispetto a quella esaminata dalla Grande Sezione *Taricco*, in cui si è trattato di una frode in materia di Iva protrattasi negli anni e per vari milioni di euro<sup>18</sup>.

E d'altronde il giudice italiano è sovente tenuto a valutare la gravità del fatto (o meglio la sua tenuità): come, ad esempio, nel caso dell'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.; ovvero in ipotesi in cui la gravità/tenuità del fatto permette di mutare la sua quali-

---

*i principi fondamentali in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, § 2. Secondo C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, cit., 4 ss., è diventato pensabile ciò che era impensabile dieci anni fa: ossia, che un giudice ordinario giudichi l'adeguatezza di una norma.

<sup>16</sup> Testualmente in tal senso E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 7. Si veda poi R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, 7 ss., secondo la quale le obiezioni costituzionali alla svolta operata con la sentenza *Taricco* diventano poi ancor più insormontabili quando, come in questo caso, la soluzione della disapplicazione venga indicata come eventuale e solo in alcuni casi, a fronte di una norma del Trattato, quale quella posta all'art. 325 TFUE, che pare tutto sommato di difficile applicazione al caso concreto data la sua natura di norma di principio.

<sup>17</sup> Cass., sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, cit.

<sup>18</sup> Cass., sez. IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, cit.

ficazione giuridica da una figura più grave ad una meno grave di reato: si pensi al delitto di false comunicazioni sociali di lieve entità (art. 2621-*bis* c.c.) o al fatto di lieve entità di spaccio di sostanze stupefacenti (art. 73, comma 5, t.u. stup.).

### 3. *Obblighi di disapplicazione con effetti in malam partem e principio della riserva di legge*

Sono compatibili gli obblighi di disapplicazione con conseguenze *in malam partem*, che la sentenza *Taricco* pone in capo ai giudici, con i nostri principi costituzionali?

I giudici nazionali dovrebbero qui azionare i c.d. “controlimiti” alle limitazioni di sovranità cedute *ex art.* 11 Cost. per l’adesione dell’Italia all’Unione europea?

A tali domande conviene rispondere distinguendo tra due autonomi principi costituzionali presenti nel nostro ordinamento. Mantenendo, cioè, separati tra loro (a) il principio di legalità-riserva di legge dal (b) principio di irretroattività della legge penale sfavorevole; ed esaminandoli inoltre nell’ordine appena evocato<sup>19</sup>.

Ordine e collegamento che non sembrano tuttavia presi in considerazione dalle due ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, da parte della terza sezione della Corte di cassazione, della questione concernente l’ordine di esecuzione del TFUE (di cui si dirà in seguito)<sup>20</sup>.

I due principi seppure trovano la loro base normativa nella stessa disposizione: l’art. 25 Cost., debbono però essere tenuti distinti. Il primo principio (legalità-riserva di legge) attiene al piano delle fonti; il secondo canone (irretroattività) opera sul piano degli effetti nel tempo<sup>21</sup>.

Non solo hanno contenuti diversi tra loro, ma hanno anche statuti differenti di tutela nel nostro ordinamento, come vedremo a breve. Solo per fare un esempio della necessità di distinguerli, anzi sulla presa d’atto

<sup>19</sup> Cfr. per analoghe suddivisioni E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE*, cit., 10 ss.; secondo cui occorre distinguere l’aspetto della disciplina dell’interruzione della prescrizione che si ritiene imposta dall’art. 325 TFUE dall’ambito di applicazione di tale disciplina; 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, § 5, che parla dei due distinti corollari della legalità: riserva di legge e divieto di applicazione retroattiva della norma penale.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., sez. III, ud. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), ord. n. 28346, in *C.E.D. Cass.*, n. 267259; Cass., sez. III, ud. 31 marzo 2016 (dep. 1 agosto 2016), ord. n. 33538.

<sup>21</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 649 ss. Nella manualistica, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2016, 105, 149 ss.

che sono due “entità” diverse, si pensi all’art. 7 Cedu: contiene il principio di irretroattività, ma non quello di riserva di legge (perché chiaramente nei Paesi di *common law* può crearsi in via giurisprudenziale la “fattispecie criminosa”).

Proviamo ad osservare più da vicino la compatibilità degli obblighi di disapplicazione gravanti sui giudici nazionali per effetto della sentenza *Taricco* con il principio costituzionale di legalità-riserva di legge<sup>22</sup>. Chiarendo subito che a poter essere vulnerato è qui solo quest’ultimo principio, e non invece il principio di legalità-tipicità: la disapplicazione da parte del giudice non incide nel nostro caso sul catalogo dei reati estendendolo, ma solo sulla disciplina della prescrizione.

Orbene, la questione ruota intorno all’impiego dello strumento della disapplicazione europea con effetti *in malam partem*, con ricadute dunque sfavorevoli nel sistema penale. Siamo invece abituati a ragionare con una disapplicazione che ha esiti favorevoli, effetti cioè *in bonam partem*<sup>23</sup>.

Ma siamo sicuri che sia così scontata l’ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice nazionale in attuazione di una sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia che determini esiti sfavorevoli? Oppure dobbiamo confrontarsi seriamente con una evidente compromissione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge?<sup>24</sup>

Teniamo presente che le sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo hanno un valore generale, “normativo” (il principio affermato vale *erga omnes*); nel senso che innovano nella materia dove vanno ad incidere (nel nostro caso, il diritto penale sostanziale). Le possiamo considerare allora vere e proprie fonti del diritto alla stregua di quelle interne<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. le riflessioni sul tema di V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1253 ss. Sulla riserva di legge quale “controlimiti” rispetto alle limitazioni di sovranità pur coperte dagli artt. 11 e 117 Cost., cfr. le considerazioni di C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla cisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 199 ss.

<sup>23</sup> Per considerazioni al riguardo, cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE*, cit., 14 ss.; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1566 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 7 ss. E più in generale sulla dicotomia degli effetti: *in bonam partem* e *in malam partem*, si veda l’ampio studio di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 229 ss.

<sup>24</sup> Per F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, 15 ss., la “legge” che vincola il giudice (*ex art. 101, secondo comma, Cost.*) e prima ancora il cittadino, anche nella materia penale, è oggi una realtà normativa “complessa”, nella quale si integrano e si compenetrano norme nazionali e norme dell’Unione, le quali concorrono entrambe a far parte – con piena legittimazione – dell’ordinamento giuridico italiano.

<sup>25</sup> Più in generale sulla valenza di giurisprudenza-fonte che possono assumere le decisioni delle Corte supreme sovranazionali, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza*



Il principio di diritto contenuto nella sentenza pregiudiziale si impone con effetti *erga omnes*: chiunque deve sottostare alla interpretazione della Corte di giustizia. Effetti obbligatori per tutti anche se si parla di sentenza “dichiarativa”. In realtà si tratta solo della formula usata: la Corte “*dit pour droit*”. Non sembra dunque condivisibile l’accento posto dalla sentenza della III sezione della Cassazione n. 2210/2016 sulla natura dichiarativa e non creativa della interpretazione della Corte di giustizia<sup>26</sup>.

A riprova di quanto detto, basti pensare alla sentenza della Corte di giustizia “El Dridi” del 2011 in materia di incompatibilità del nostro diritto penale dell’immigrazione con la Direttiva “Rimpatri”<sup>27</sup>. Al riguardo si è ritenuta corretta la strada della revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato tramite l’applicazione analogica dell’art. 673 c.p.p., come quando il legislatore abolisce un reato modificando per sottrazione il catalogo chiuso degli illeciti penali<sup>28</sup>.

Ne consegue che il principio di riserva di legge in diritto penale non è violato dall’impiego dello strumento della disapplicazione eurounitaria con esiti favorevoli. La prassi ha ampiamente consentito tale forma di incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sul sistema delle fonti penali interne. Si pensi, ad esempio, (oltre ai reati in materia di immigrazione) alle vicende della rilevanza penale dell’esercizio abusivo di scom-

---

*penale*, cit., 92 ss. Preoccupazioni per la progressiva erosione della legalità interna per adeguarla alle esigenze della legalità UE, sono espresse da A. BERNARDI, *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, in *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, A. BERNARDI (a cura di), Napoli, 2015, XXXI ss.

<sup>26</sup> In senso critico sull’argomento della sentenza della III sezione della Corte di cassazione si è inoltre osservato che appare difficile sostenere che l’imputato potesse prevedere al momento dei fatti (tra il 2004 e il 2007) che la disciplina stabilita dal codice penale italiano in materia di prescrizione sarebbe stata dichiarata dalla Corte di giustizia nel 2015 contraria al diritto dell’Unione. Vietando appunto l’art. 7 Cedu l’applicazione all’imputato di una pena imprevedibile al momento del fatto (F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2016, § 7).

<sup>27</sup> Corte di giustizia U.E., 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11PPU. In dottrina, cfr. F. VIGANÒ, L. MASERA, *Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*; R. BARBERINI, M. CASUCCI, *La Corte di giustizia dichiara l’incompatibilità tra i reati previsti dall’art. 14, comma 5, e la direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 1615 ss.

<sup>28</sup> Sul tema, cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 214 ss. In giurisprudenza cfr., ad esempio, Cass., sez. I, ud. 29 aprile 2011 (dep. 20 maggio 2011), n. 20130, Sall, in *C.E.D. Cass.*, n. 250041, secondo cui la condotta di ingiustificata inosservanza dell’ordine di allontanamento del questore non è più prevista dalla legge come reato, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia che ha affermato l’incompatibilità della norma incriminatrice di cui all’art. 14, comma quinto-ter, d.lg. n. 286 del 1998 con la normativa comunitaria, determinando la sostanziale *abolitio criminis* della preesistente fattispecie, con la conseguente applicazione, per via di interpretazione estensiva, della previsione di cui all’art. 673 c.p.p.

messe sportive (art. 4 l. n. 401 del 1989) e dell'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui supporti contenenti audiovisivi, banche dati, software e videogiochi<sup>29</sup>.

Risolta in via di indiscussa e ripetuta prassi la questione generale dell'ammissibilità della disapplicazione da parte del giudice penale, occorre adesso verificare se sia consentito in particolare l'effetto *in malam partem* a seguito di disapplicazione della disciplina legislativa interna imposta dalla *primauté* del diritto eurounitario?<sup>30</sup>

Ebbene, ciò dipende dal rango e soprattutto dalla quotazione (o livello) del principio di legalità-riserva di legge, che attribuisce appunto al legislatore nazionale l'inserimento di una disciplina che genera effetti penali sfavorevoli nel sistema.

Esso non è assoluto né inderogabile, come risulta con tutta evidenza dalla giurisprudenza costituzionale riguardo al c.d. "sindacato sulle norme penali di favore". Dove si è individuato uno spazio assegnato al Giudice delle leggi per pronunce di incostituzionalità *in malam partem*, che non violano il principio costituzionale della riserva di legge<sup>31</sup>.

Esiste quindi un campo, un ambito in cui non c'è un monopolio assoluto del legislatore nel porre una disciplina o generare degli effetti che abbiano conseguenze *in malam partem* nel sistema (chiuso) penale.

Questo spazio viene designato con l'espressione "norme penali di favore"; norme che possono essere annullate dalla Corte costituzionali se invalide, generando così una variazione dell'ordinamento penale in senso sfavorevole (effetti o modifiche *in peius* nel sistema penale).

Il controllo di costituzionalità *in malam partem* sulle "norme penali di favore" è stato ammesso per la prima volta con la sentenza n. 148 del 1983; e poi delineato in modo chiaro con la sentenza n. 394 del 2006 (sui c.d. "falsi elettorali") in cui per la prima volta la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 3 Cost., una "disposizione incriminatrice" la quale stabiliva un trattamento penale più benevolo.

<sup>29</sup> Cfr. Corte giust., 6 novembre 2003, causa C-243/01, Gambelli; Corte giust., 6 marzo 2007, cause C-338/04 359/04 360/04, Placanica. Corte giust., 8 novembre 2007, causa C-20/05, Schwibbert.

<sup>30</sup> Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, A. BERNARDI (a cura di), Napoli, 2015, 421 ss., il quale segnala il pericolo di forme surrettizie di disapplicazione con effetti *in malam partem*. Un esito, questo, espressamente da bandire, secondo l'Autore, perché il primato del diritto UE violerebbe il "controlimito" della riserva di legge e le garanzie del singolo.

<sup>31</sup> Parla invece di "controlimito della sovranità statale in materia penale" riferendosi alla riserva di legge C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale*, cit., 203 ss.

In tali ipotesi non si ravvisa un *vulnus* al principio della riserva di legge, giacché l'effetto *in malam partem* discende dall'automatica riepansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria (cfr. C. cost., n. 394 del 2006). In pratica il perimetro generale del sistema penale non viene ampliato a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, che si limita ad annullare una previsione normativa senza incidere sulla complessiva area di illiceità penale<sup>32</sup>.

Non rientrano, invece, nella categoria di norme penali di favore, e debbono essere tenute distinte da esse, quelle previsioni normative che «delimitano» l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato» (cfr. C. cost., n. 394 del 2006). Non bisogna confondere le norme penali di favore con «gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta», nell'esercizio di scelte di politica criminale riservate in via esclusiva alla sua discrezionalità. Nella ricorrenza di tale ipotesi (elementi che concorrono alla definizione del reato), la scelta del legislatore è sottratta al sindacato della Corte costituzionale (C. cost., n. 161 del 2004).

Anche in relazione agli effetti della sentenza *Taricco*, è possibile sostenere che la complessiva area del sistema penale non è stata ampliata: in realtà le conseguenze prodottesi qui, per i reati che ledono pure gli interessi finanziari dell'Unione europea, sono costituite dal passaggio da una disciplina codicistica in materia di interruzione della prescrizione (che fissa un tetto massimo di un quarto all'aumento del termine ordinario di prescrizione in caso di interruzione) ad un altro regime previsto sempre dallo stesso codice ma meno favorevole (il regime previsto per i reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.: i procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale; illeciti penali esclusi *ex lege* dall'aumento massimo di un quarto del termine necessario a prescrivere)<sup>33</sup>.

In definitiva, valorizzando il tema delle norme penali di favore e del possibile sindacato *in malam partem* con prevalenza sulla riserva di legge, potrebbe sostenersi qui l'ammissibilità di una disapplicazione europea *in malam partem*, con effetti dunque sfavorevoli nel sistema penale. La riserva di legge non può rappresentare infatti un principio supremo, un controlimite alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., non essendo un principio assoluto e inderogabile<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 132 ss.

<sup>33</sup> Cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 10 ss.

<sup>34</sup> In senso critico sulla soluzione qui proposta, cfr. G. RICCARDI, *Obblighi di disapplica-*

E pur vero che nella giurisprudenza costituzionale è rinvenibile una importante decisione la n. 28 del 2010 (sulle cosiddette “ceneri di piriti”) da cui potrebbe desumersi che lo strumento della disapplicazione europea trovi il suo limite invalicabile negli esiti *in malam partem* ai quali essa può condurre nell’ordinamento penale italiano.

Si tratta di una decisione costituzionale in cui non si prende in realtà in considerazione il meccanismo disapplicatorio con ricadute *in malam partem*, ma il possibile effetto diretto sfavorevole del diritto europeo. Tuttavia, se si muove dalla premessa in precedenza posta – secondo cui il sistema penale è innovato dalla disapplicazione – le due situazioni sono in sostanza equiparabili<sup>35</sup>.

Nella sentenza n. 28 del 2010, la Corte costituzionale ha affermato che l’efficacia diretta di una direttiva comunitaria è ammessa solo se dalla medesima derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente; gli effetti diretti devono, invece, ritenersi esclusi se dall’applicazione della direttiva scaturisca una responsabilità penale o un suo aggravamento sanzionatorio (il riferimento sembra essere al “fatto penalmente rilevante/sanzione”).

E anche le Sezioni unite hanno sostenuto che l’obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle “decisioni quadro” non può legittimare l’integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione *in malam partem*<sup>36</sup>.

Le Sezioni unite hanno inoltre ritenuto, in tema di prodotti con marchio contraffatto, inammissibile la richiesta di trasmissione degli atti alla Corte di giustizia, in via incidentale e interpretativa, al fine di sentir dichiarare che alla legislazione nazionale è imposto l’uso delle sanzioni penali con esclusione di quelle di natura amministrativa. In quanto detto rinvio, essendo finalizzato ad una disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto europeo, si tradurrebbe in una interpreta-

---

zione in *malam partem* di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione “internazionale” e controlimiti “costituzionali”, in *Rivista AIC*, 4/2016, § 4.

<sup>35</sup> Cfr. in proposito le considerazioni di L. BIN, *La prima sentenza “postTaricco” della Cassazione*, in *Arch. pen. web*, 2016, 7 ss.; e in particolare le critiche di V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 19 ss., secondo cui siamo ben oltre l’orizzonte che la Corte di giustizia ha sempre negato: cioè l’affermazione degli effetti diretti in materia penale.

<sup>36</sup> Cass., sez. un., ud. 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Caruso, in *C.E.D. Cass.*, n. 244191; in *Cass. pen.*, 2010, 90 ss., con nota di V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*. Più in generale sulle operazioni di interpretazione conforme, cfr. R. APRATI, *Il “protocollo” dell’interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, 3902 ss.

zione *in malam partem* con conseguente punibilità di fatti non previsti come reato dallo Stato italiano al tempo della condotta<sup>37</sup>.

Questa impostazione ha comunque generato il seguente paradosso. Ancora oggi non è attribuita alcuna potestà diretta legislativa di natura punitiva penale agli organi dell'Unione, bensì soltanto l'imposizione agli Stati membri di obblighi di penalizzazione per la tutela di interessi di rilievo europeo<sup>38</sup>. Eppure le norme eurounitarie prevalendo sul diritto interno obbligano il giudice nazionale alla disapplicazione con effetti *in bonam* o *in malam partem*, innovando nell'ordinamento penale<sup>39</sup>.

#### 4. *Obblighi di disapplicazione con effetti in malam partem e principio di irretroattività*

Il secondo principio costituzionale rispetto al quale misurare la compatibilità degli obblighi di disapplicazione con effetti *in malam partem* gravanti sui giudici nazionali è il principio di irretroattività.

Tale esame è distinto dal primo (relativo al principio di legalità-riserva di legge) sebbene consequenziale, perché presuppone risolta in senso positivo la questione della possibilità (o meglio della necessità) per il giudice nazionale, a seguito della sentenza *Taricco* della Corte di Lussemburgo, di disapplicare con risvolti *contra reum* la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione.

Ora, per stabilire la compatibilità degli obblighi di disapplicazione che discendono dalla sentenza *Taricco* con il diritto fondamentale alla irretroattività della legge penale sfavorevole tutelato nella nostra Carta costituzionale, sembra opportuno procedere nel modo seguente.

In primo luogo, devono essere escluse dal discorso che segue le condotte penalmente rilevanti tenute successivamente alla sentenza *Taricco*<sup>40</sup>. I fatti di reato accaduti dopo la pronuncia della Corte di giustizia sono soggetti solo alla eventuale garanzia del principio di legalità-riserva di legge e non più a quello di irretroattività che potrebbe venire in rilievo

---

<sup>37</sup> Cass., sez. un., ud. 19 gennaio 2012 (dep. 8 giugno 2012), n. 22225, Micheli, in *C.E.D. Cass.*, n. 252454.

<sup>38</sup> Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali*, cit., 415 ss., secondo cui le direttive non potranno mai esplicare effetti «negativi», neppure per il tramite di una interpretazione conforme: perché ciò equivarrebbe a far ricadere sui singoli le conseguenze peggiorative dell'inadempimento statale nell'attuazione (o nella corretta trasposizione) dell'obbligo comunitario.

<sup>39</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit., 118 ss.

<sup>40</sup> Cfr. per lo sviluppo di tali considerazioni quanto osservato *sub* § 7 del presente scritto.

solo per i fatti antecedenti alla sentenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo. Si può dunque parlare di una “fase transitoria” e di una “fase di pieno regime” rispetto agli effetti della sentenza *Taricco*.

In secondo luogo, bisogna sottolineare come tale principio abbia contenuti e, di conseguenza, livelli di tutela distinti in ambito sovranazionale e in ambito nazionale. Non vi è in realtà coincidenza fra l'estensione e lo standard di protezione accordato dagli artt. 49 Carta dei diritti UE e 7 Cedu e quello ricavabile dall'art. 25 Cost. in materia di irretroattività<sup>41</sup>.

Non v'è dubbio infatti che, come esplicitamente affermato nella sentenza *Taricco* dalla Corte di Lussemburgo (§ 54), il diritto fondamentale garantito dall'art. 49 Carta dei diritti UE (principio di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene)<sup>42</sup> non osta alla soluzione di far operare gli effetti scaturenti dalla disapplicazione *in malam partem* anche rispetto a fatti verificatisi prima della sentenza *Taricco*.

Quest'ultimo principio copre le applicazioni retroattive delle modifiche sfavorevoli relative soltanto al binomio fattispecie/sanzione. Dunque, nessuna violazione dell'art. 49 Carta diritti UE perché i medesimi “fatti astratti” e le stesse “sanzioni” erano configurabili sia quando l'agente ha tenuto la condotta storica sia attualmente. Non rientra pertanto nel contenuto di tutela dell'art. 49 l'istituto della prescrizione.

Anche, poi, le garanzie intertemporali accordate dai principi convenzionali non si oppongono ad una disapplicazione con esiti *in malam partem*. In particolare, l'art. 7 Cedu è stato interpretato dalla Corte di Strasburgo nel senso che il termine di prescrizione prorogato può essere applicato immediatamente a “fatti ancora non prescritti”<sup>43</sup>.

La disciplina della prescrizione viene trattata dalla Corte Edu, a livello di garanzie intertemporali, come un istituto processuale valendo la regola del *tempus regit actum* (cfr. la sentenza della Corte di Strasburgo 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio)<sup>44</sup>.

Insomma, nell'ambito dei procedimenti penali pendenti (e quindi per i fatti antecedenti alla sentenza *Taricco*), secondo la Corte di Lussemburgo non viola i diritti fondamentali garantiti dall'art. 49 Carta UE e

---

<sup>41</sup> Sul tema specifico, cfr. G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria*, cit., § 3.

<sup>42</sup> Per la ricostruzione del contenuto dell'art. 49 Carta UE, cfr. C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”*, Roma, 2012, 109 ss.

<sup>43</sup> Cfr. sul tema C. cost. n. 236 del 2011, secondo cui l'istituto della prescrizione non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 § 1 Cedu.

<sup>44</sup> In senso critico, cfr. F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), Milano, 2011, 436 ss.

dall'art. 7 Cedu la disapplicazione con effetti *in malam partem*, da parte del giudice penale italiano, della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione, a patto però che i reati contestati non si siano già prescritti.

Che il reato addebitato non si debba essere già prescritto è chiarissimo non solo perché ciò viene evocato esplicitamente dalla Corte di Lussemburgo in relazione all'art. 7 Cedu (così come interpretato dalla sentenza della Corte Edu Coëme c. Belgio cit.), ma perché la Corte di Giustizia afferma che l'art. 7 Cedu «sancisce diritti corrispondenti a quelli garantiti dall'art. 49 Carta».

Il punto però che deve essere sottolineato è che quando la Corte di Giustizia *Taricco* si sofferma sul contenuto delle garanzie degli artt. 49 Carta UE e 7 Cedu lo fa non per esaurire la tutela dell'imputato, bensì per delineare appunto l'ambito di protezione che la Carta dei diritti UE e la Convenzione europea accordano a tale riguardo agli interessati (§ 54-57).

La Corte di giustizia prende, dunque, in considerazione gli artt. 49 Carta e 7 Cedu solo per "autodeterminare" il perimetro di copertura delle due disposizioni (fattispecie/sanzione con esclusione della prescrizione), e non già per circoscrivere attraverso il contenuto di tali principi l'ambito di tutela interna dei diritti fondamentali nei confronti di una disapplicazione della normativa penale con effetti sfavorevoli. E non potrebbe essere diversamente, spettando unicamente alla Corte costituzionale di delineare i tratti identitari del nostro ordinamento costituzionale (*Verfassungsidentität*).

La Grande Sezione nel § 53 della sentenza *Taricco*, pertanto, si preoccupa di precisare che se «il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali ... dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati».

E quali siano questi "diritti fondamentali" va ricavato dalla seconda parte del paragrafo 53 della decisione: occorre evitare in pratica che per i procedimenti penali in corso siano inflitte condanne che, alla luce della disciplina antecedente alla sentenza *Taricco*, non lo sarebbero state.

Questa netta presa di posizione non contrasta in realtà con l'ambito di applicazione degli artt. 49 Carta e 7 Cedu, i quali lasciano fuori dal loro perimetro operativo le modifiche sfavorevoli in materia di prescrizione.

La Grande Sezione ci ha solo voluto offrire la sua "interpretazione autentica" sul contenuto (fattispecie/sanzione) e sul campo di estensione ("fuori" la prescrizione) dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE e dalla Cedu.

Resta impregiudicata la questione per il giudice nazionale di individuare il rispetto di tutti i diritti fondamentali anche quelli interni.

Ebbene, nell'ordinamento italiano attribuiamo al principio costituzionale di irretroattività un diverso contenuto e livello di tutela rispetto a quanto avviene in sede europea o convenzionale. Questa conclusione, quanto al livello di tutela, fa leva su quanto chiaramente si è sostenuto in proposito nella giurisprudenza costituzionale: si tratta di un vero e proprio "superiore principio di civiltà", un valore assoluto che non è suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali né è derogabile in qualche modo<sup>45</sup>.

Quanto, poi, in dettaglio al contenuto del principio, lo rapportiamo in genere alle modifiche sfavorevoli del sistema penale; e non solo alla coppia concettuale: fattispecie/sanzione, come invece nel diritto eurounitario e convenzionale. Fattispecie e sanzione che in realtà non sono altro che gli elementi costitutivi della norma incriminatrice<sup>46</sup>.

In base al nostro ordinamento, insomma, qualsiasi modifica sfavorevole del sistema "chiuso" penalistico (e non solo quelle concernenti fattispecie/sanzione) non può che operare per il futuro, altrimenti si viola il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole: un allargamento e innalzamento del rango di tutela rispetto a quanto enucleabile dal diritto europeo e convenzionale<sup>47</sup>.

E dunque anche una modifica sfavorevole della disciplina della prescrizione è coperta dal superiore principio di irretroattività della legge penale. Prescrizione dell'illecito penale che, come insegna la giurisprudenza costituzionale, ha natura sostanziale (cfr. così, ad esempio, la sent. n. 393 del 2006 sulla c.d. legge *ex Cirielli*)<sup>48</sup>. Nella pronuncia costituzionale n. 393 del 2006 si è, inoltre, affermato – con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, che ha oltretutto uno statuto di garanzia meno forte di quello di irretroattività – che la garanzia del principio di applica a tutte "le norme ... che incidono sulla prescrizione del reato". Perciò non solo sul termine ordinario di prescrizione, ma pure con riferimento agli istituti della sospensione e della interruzione della prescrizione.

---

<sup>45</sup> Cfr. C. cost., n. 51 del 1985; n. 389 del 1991; n. 394 del 2006; e sulla giurisprudenza costituzionale G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, G. VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006, 77 ss.

<sup>46</sup> Il principio di irretroattività in campo penale vieta al giudice di applicare retroattivamente una legge successiva sfavorevole al reo: cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 254 ss.

<sup>47</sup> Cfr., ad esempio, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 377, secondo cui la "previa legge" richiesta dall'art. 25, comma 2, Cost. è la legge sfavorevole al reo.

<sup>48</sup> Per una chiara sintesi della questione specifica, v. F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia*, cit., 1567 ss.



Nonostante che la Corte di giustizia prenda in esame nello specifico il tema delle cause di interruzione della prescrizione e il “tetto massimo” di aumento previsto dall’art. 161 c.p. e non già in generale il tema della prescrizione, è tuttavia innegabile che la prescrizione e tutta la sua disciplina (sospensione, interruzione, decorrenza del termine) è regolata nel nostro codice penale quale causa di estinzione del reato. Attiene quindi al diritto sostanziale e non al processo penale; principi e garanzie della materia penale e non piuttosto di quella processuale.

Non si può di conseguenza accogliere l’argomento proposto dalla pronuncia della III sez. della Corte di cassazione n. 2210/2016, la quale fa discendere l’esclusione della prescrizione dalla copertura costituzionale dell’art. 25, comma 2, Cost. per effetto di quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 236 del 2011. In realtà quest’ultima decisione concerne l’esclusione dell’istituto della prescrizione dalla garanzia convenzionale della retroattività *in mitius* (art. 7 Cedu)<sup>49</sup>.

##### 5. *La reale esigenza di opporre il “controlimite” del principio di irretroattività*

La prevalenza del diritto europeo su quello interno e il conseguente obbligo di disapplicazione del giudice nazionale, trova il “limite” nel contrasto di tale disapplicazione con i principi fondamentali dell’assetto costituzionale dello Stato o con i diritti inalienabili della persona<sup>50</sup>. Al

<sup>49</sup> Cfr. altresì L. BIN, *La prima sentenza “postTaricco”*, cit., 6 ss.; E. GALLUCCI, *La difficile composizione*, cit., § 4.

<sup>50</sup> C. cost., 8 giugno 1984, n. 170 (caso “S.p.A. Granital”), secondo cui la legge di esecuzione del Trattato può essere soggetta al sindacato della Corte costituzionale, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana.

Più di recente, riveste importanza la sentenza della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 12 dicembre 2015 (n. 2 BvR 2735/14, pubblicata in *Cass. pen.*, 2016, 1748 ss., con osservazioni di N. CANESTRINI), secondo la quale le limitazioni di sovranità derivanti dalla normativa comunitaria (come introdotte dalla legge nazionale di ratifica) sono possibili solo a condizione che venga rispettato l’ordine costituzionale. E in ogni caso non sono possibili limitazioni di quei diritti inalienabili derivanti dai principi della Costituzione tedesca non soggetti a revisione o limitazione alcuna (c.d. identità costituzionale o *Verfassungsidentität*), fra i quali appunto l’art. 1 della Legge fondamentale (*Grundgesetz*) in tema di inviolabilità della dignità della persona. Il principio di inviolabilità della dignità umana costituisce appunto principio fondamentale che integra un caso di limite invalicabile, e la verifica in questione spetta al giudice costituzionale quale ultimo garante dell’identità nazionale. Secondo M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti*, cit., 18 ss., il Tribunale costituzionale federale, pur ostentando un’apparente deferenza per il diritto UE, ha contrapposto l’identità costituzionale tedesca a una sentenza della Corte di giustizia, finendo per rendere quest’ultima inoperativa.

centro di quel nucleo di cosiddetti “controlimiti” alle limitazioni di sovranità consentite dall’art. 11 Cost., vi sono quei valori e principi fondamentali della nostra Carta costituzionale che ne rappresentano l’essenza immodificabile, legati alla impossibile revisione “interna” o “esterna”<sup>51</sup>.

Come da ultimo asserito nella giurisprudenza costituzionale, il limite che segna l’apertura dell’ordinamento italiano all’ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 e 11 Cost.) è costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell’uomo. Essi rappresentano gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (C. cost. n. 238 del 2014). “Controlimiti” che comunque non sono stati mai affermati in concreto dalla Corte costituzionale italiana.

I “controlimiti” sono posti nella Carta costituzionale a salvaguardia della sovranità popolare, giacché l’art. 11 Cost. consente appunto all’“Italia” di limitare la sovranità popolare di cui all’art. 1, comma 2, Cost. La sovranità popolare può essere allora limitata ma non ceduta, in quanto essa deve essere esercitata “nelle forme e nei limiti della Costituzione” (art. 1 Cost.): soltanto in quelle forme e in quei limiti può dunque essere circoscritta<sup>52</sup>.

Col trascorrere degli anni, però, secondo alcuni, i “controlimiti” hanno subito una metamorfosi: da scudo protettivo dell’identità costituzionale a strumento di promozione della integrazione tra gli Stati e di costituzionalizzazione dell’Unione, all’insegna del principio dell’equilibrio tra le Carte e della cooperazione tra le Corti<sup>53</sup>.

La Corte di appello di Milano, a distanza di solo pochi giorni dalla pronuncia della Grande Sezione, ha individuato nel principio di legalità-irretroattività di cui all’art. 25, comma 2, Cost. il “controlimite” rispetto all’obbligo per il giudice italiano di disapplicazione del tetto massimo di un quarto all’aumento del termine ordinario di prescrizione nel caso di interruzione del suo corso. Con la conseguente applicazione in pratica della disciplina prevista dall’art. 161 c.p. per i reati di cui all’art. 51

<sup>51</sup> Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., 230 ss.; G. TE-SAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 196 ss.; R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Bologna, 2015, 245 ss.

<sup>52</sup> In tal senso, esplicitamente M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti*, cit., 6 ss. Chiarisce l’Autore che la questione dei controlimiti non rappresenta una odiosa e retriva resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare. E in questa prospettiva assume nuovo vigore anche la classica questione del *deficit* democratico delle istituzioni eurounitarie, trattandosi ancora di una questione di primaria importanza anche e soprattutto in campo penale (7 ss.).

<sup>53</sup> Così, ad esempio, A. RUGGERI, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, Torino, 2014, 319.

commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (già esclusi *ex lege* dalla sottoposizione al limite insormontabile di un quarto)<sup>54</sup>. Il parametro dell'irretroattività è stato successivamente evocato anche dalle due ordinanze della Suprema Corte, che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale (cfr. il § che segue).

Il Giudice di merito ha ritenuto dunque di non poter disapplicare le disposizioni interne (artt. 160 e 161 c.p.) nel caso esaminato, in quanto ha dubitato della compatibilità degli effetti della disapplicazione – implicanti l'operatività di un regime prescrizionale più sfavorevole – con il principio di legalità penale (art. 25, comma 2, Cost.), quale principio fondamentale di ordine costituzionale, e come tale sindacabile soltanto dalla Corte costituzionale secondo quanto da quest'ultima affermato ad esempio nella storica sentenza Granital del 1984.

Nel caso di specie – per la Corte di appello – la disapplicazione delle disposizioni di carattere sostanziale sull'interruzione della prescrizione, imposta dall'art. 325 TFUE nella interpretazione fornita dalla sentenza *Taricco*, produrrebbe la retroattività *in malam partem* della normativa nazionale che risulta da tale disapplicazione, con l'allungamento dei termini prescrizionali; e ciò implica effetti incompatibili con il principio costituzionale di legalità in materia penale.

Il Giudice territoriale milanese ha reputato pertanto necessario rimettere alla Corte costituzionale – impugnando l'ordine di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 2 l. n. 130 del 2008) nella parte in cui impone di applicare l'art. 325 §1 e 2 TFUE – la valutazione della opponibilità di un "controlimite" alle limitazioni di sovranità derivanti dall'adesione dell'Italia all'ordinamento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 11 Cost. Il principio fondamentale italiano di cui all'art. 25, comma 2, Cost. prevale dunque rispetto agli obblighi di matrice europea.

E la questione è "rilevante" nel giudizio *a quo* secondo la Corte di appello, poiché se si facesse applicazione di tali disposizioni nella fattispecie concreta, la quasi totalità dei reati risulterebbe estinta per intervenuta prescrizione con conseguenze incidenti, ancor prima che sull'esito del giudizio, sulle regole di giudizio da applicare per arrivare alla decisione.

Ora, è opportuno nondimeno chiedersi se in vicende come quella appena illustrata della Corte di appello milanese sia realmente necessario

---

<sup>54</sup> App. Milano, sez. II, 18 settembre 2015, n. 6421/14 RGA, in *Diritto penale contemporaneo*, 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 proposito, cfr. le riflessioni in parte adesive di R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, cit., 7 ss.

evocare i “controlimiti” e la conseguente questione di costituzionalità per evitare la violazione del principio costituzionale di irretroattività<sup>55</sup>.

Per davvero è imposto dalla sentenza *Taricco* al giudice italiano un obbligo di disapplicazione dalla disciplina degli atti interruttivi della prescrizione che abbia un effetto retroattivo sfavorevole, e che dunque operi nei confronti di fatti commessi prima della sentenza *Taricco* e nei confronti di atti interruttivi che siano intervenuti prima della pronuncia della Corte di giustizia?

Cosicché, la Corte di appello avrebbe fatto bene a chiamare in causa la Corte costituzionale per valutare l'eventualità di contrapporre a questa soluzione il “controlimite” rappresentato dal principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost.<sup>56</sup>.

Ebbene, non sembra indispensabile l'intervento della Corte costituzionale al fine del sindacato relativo all'esistenza di un “controlimite” all'obbligo di disapplicazione con effetti sfavorevoli in campo penale. È lo stesso giudice nazionale che deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli interessati, come scritto nella sentenza *Taricco* (§ 53): dovendosi egli assicurare che la disapplicazione delle disposizioni interne rispetti al contempo i diritti fondamentali degli interessati.

Non c'è alcuna assoluta necessità di alzare gli scudi dei “controlimiti”. È la stessa Corte di giustizia che chiede appunto ai giudici nazionali di non disapplicare il diritto interno allorché ciò conduca alla lesione un diritto fondamentale. E quindi il giudice italiano – per i fatti antecedenti alla sentenza *Taricco* – deve individuare una regola, un criterio per separare i casi cui si applica la sentenza della Grande Sezione da quelli rispetto ai quali essa non opera.

Si tratta infatti di un tipico caso di avvicendamento di leggi penali nel tempo nella disciplina di un caso concreto, rispetto al quale il sistema interno consente all'interprete, attraverso le regole che governano il diritto intertemporale, di risolvere il problema senza intaccare il principio

---

<sup>55</sup> Per M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti*, cit., 16 ss., la sentenza *Taricco* appare in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale: per violazione della certezza del diritto, lesione del principio del *nullum crimen sine lege*, alterazione del bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, cancellazione della funzione rieducativa della pena ex art. 27 Cost., violazione del principio della ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. e del principio di legalità della pena ex artt. 25 e 1 Cost.

<sup>56</sup> Cfr. in proposito F. VIGANO, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit., § 7, secondo cui il problema dell'applicazione retroattiva della disciplina della prescrizione risultante dalla sentenza *Taricco* non potrà essere eluso dalla Corte costituzionale, la quale dovrà fornire una risposta alla domanda di fondo sulla copertura costituzionale o meno della disciplina della prescrizione nel suo complesso dalla garanzia del divieto di applicazione retroattiva della legge penale più sfavorevole.

costituzionale, inderogabile, di irretroattività. E vedremo – ma unicamente per i fatti commessi prima dell’emanazione della sentenza *Taricco* (8 settembre 2015) – come occorre a tal fine distinguere tra molteplici situazioni processuali. Né d’altronde la mancata disapplicazione sfavorevole in queste ipotesi costituisce una aperta sfida al principio del primato del diritto eurounitario su cui si fonda l’ordinamento dell’Unione, come ribadito di recente dalla Grande Sezione nella sentenza Melloni<sup>57</sup>.

#### 6. *Il parametro della soggezione del giudice soltanto alla legge*

Come accennato, dopo un primo contrasto giurisprudenziale, anche la terza sezione della Cassazione ha sollevato con due ordinanze la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 l. n. 130 del 2008, che ordina l’esecuzione del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007), nella parte che impone di applicare l’art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia *Taricco* – discende l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, pure se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, scaturiscano effetti sfavorevoli per l’imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.<sup>58</sup>

La Corte di cassazione ha individuato ulteriori parametri costituzionali – oltre quello dell’art. 25, comma 2, Cost. – per chiedere alla Corte costituzionale di azionare i “controlimiti”.

L’ampliamento dei parametri è importante perché diversamente la Corte costituzionale non avrebbe potuto allargare l’oggetto del suo giudizio oltre l’irretroattività: bisogna tener presente che, in base al principio di “corrispondenza tra chiesto e pronunciato”, l’oggetto del giudizio di costituzionalità in via incidentale è strettamente limitato alle norme-parametro fissate nell’ordinanza di rimessione<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> In senso difforme dalla prospettiva qui privilegiata, cfr. V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 26 ss. V. poi al riguardo le considerazioni di F. VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, cit., 12 ss.

<sup>58</sup> Cass., sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346, cit.; Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538, cit. A tale riguardo si è espresso un giudizio favorevole, per evitare “una ennesima guerra tra Corti”, soprattutto sulla natura della prescrizione: V. MANES *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 24 ss.

<sup>59</sup> Cfr. C. cost., 20 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.*, 2013, 1637 ss.

Tra i parametri costituzionali presi in considerazione dalle due ordinanze della terza sezione della Corte di Cassazione spicca il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), che sarebbe violato qualora il giudice nazionale fosse obbligato a non applicare il diritto interno contrastante con il diritto eurounitario anche se da ciò derivassero conseguenze *in peius* per il soggetto agente.

Per la prima ordinanza della terza sezione della Suprema Corte «l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'oggetto ("frode grave"), dell'ambito di applicabilità ("la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE"), e della valutazione di ineffettività della disciplina ("in un numero considerevole di casi di frode grave"), assegna all'ordine giudiziario un potere normativo riservato al legislatore, che viola, all'evidenza, il principio fondamentale ... della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del "giudiziario" al "legislativo", e l'attribuzione alla giurisdizione di una funzione normativa in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice dia soggetto "soltanto alla legge" (art. 101, comma 2, Cost.)»<sup>60</sup>.

Nello stesso senso si è espressa poi la seconda ordinanza della Corte di cassazione, la quale ribadisce la frizione con il principio di separazione dei poteri in relazione «al "contenuto" della norma, che rimette direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione»<sup>61</sup>.

Senonché, come evidenziato dalla fondamentale sentenza costituzionale n. 230 del 2012, nell'ordinamento italiano la soggezione soltanto alla legge dei giudici (*ex art. 101, comma 2, Cost.*) implica senz'altro che la creazione giurisprudenziale di nuovo diritto sia vietata. Le decisioni dei giudici, hanno quindi effetti circoscritti al caso deciso e i precedenti giurisprudenziali non sono vincolanti.

Netta distinzione, dunque, tra creazione e applicazione del diritto: il diritto è prodotto dal legislatore e applicato dai giudici. Occorre chiaramente discernere tra l'attività di produrre un testo legislativo, e quella di decidere il significato del testo legislativo attraverso la sua interpretazione.

Ma con quanto appena asserito vanno confrontati gli esiti della sentenza *Taricco*. La pronuncia della Corte di giustizia a ben vedere non crea *ex novo* diritto, ma si limita ad estendere una disciplina (relativa alla interruzione della prescrizione) già prevista per i reati di competenza della

---

<sup>60</sup> Cass., sez. III, 30 marzo 2016, n. 28346, cit.

<sup>61</sup> Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538, cit.

Procura distrettuale ai reati in materia di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

Non si può dunque parlare di “apogeo della giurisprudenza-fonte”: qui la disciplina applicabile in tema di interruzione della prescrizione trova la sua fonte non già nella giurisprudenza, bensì nel codice penale<sup>62</sup>.

7. *La disapplicazione con effetti sfavorevoli della prescrizione in rapporto alle diverse situazioni processuali prospettabili*

Sul presupposto assodato in precedenza che, nel campo sopra delineato, grava sul giudice nazionale un obbligo di disapplicazione con effetti sfavorevoli delle disposizioni di cui agli artt. 160, ult. comma, e 161, comma 2, c.p., nella parte in cui appongono un limite massimo pari a un quarto all'aumento del termine ordinario per la prescrizione nel caso di interruzione del suo corso, bisogna tuttavia chiedersi qual è l'esatto ambito temporale di applicazione di questa sostanziale modifica *in peius* dell'ordinamento penale. E ciò, vale la pena ribadirlo, unicamente per evitare la violazione del principio costituzionale di irretroattività, da considerarsi quale principio supremo, integrante un “controlimite”; senza alcuna ricaduta sul profilo, logicamente presupposto, della riserva di legge.

Ora, a seguito della sentenza *Taricco* vi è stata in pratica l'introduzione di una nuova disciplina sull'interruzione della prescrizione in un certo settore. Si è estesa, infatti, ai casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea la disciplina relativa ai reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (ossia: i procedimenti attribuiti alla competenza della Procura distrettuale), per i quali non è fissato alcun limite di prolungamento massimo della durata iniziale della prescrizione; in luogo dell'ipotesi ordinaria che prevede in caso di interruzione un tetto massimo di un quarto del tempo necessario a prescrivere (artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, c.p.).

Questa “nuova” regolamentazione dell'interruzione della prescrizione per i reati concernenti gravi frodi in materia di Iva, per un verso – come tutte le nuove leggi penali sfavorevoli – deve operare unicamente per il futuro (art. 11 disp. prel. c.c.); e per altro verso, non può proiettare i suoi effetti sfavorevoli retroattivamente (art. 25, comma 2, Cost.). Precisandosi al riguardo che è “nuova legge”, ai fini del fenomeno della successione di leggi, anche quella già vigente ma che al momento della commissione del fatto non si applicava; e che diviene applicabile alla vicenda

<sup>62</sup> Per interessanti considerazioni in senso contrario, cfr. G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria*, cit., § 8.

da giudicare solo successivamente, a seguito dell'impiego dello strumento disapplicatorio.

Quanto a quest'ultima evenienza, non si deve però andare alla ricerca di un preciso momento temporale a partire dal quale sia applicabile il *novum* che scaturisce dalla sentenza *Taricco*, al fine di evitare così una proibita applicazione retroattiva della nuova disciplina in materia di prescrizione. Bisogna, invece, istituire una relazione diacronica tra due eventi: la data della pronuncia della sentenza della Corte di Lussemburgo ( $t^1$ ) → e l'atto interruttivo ( $t^2$ ).

Le condotte tipiche integrate dopo la pronuncia della Grande Sezione prescindono logicamente dalla necessaria relazione temporale tra il dato costituito dalla citata decisione (l'evento anteriore,  $t^1$ ) e l'atto interruttivo (l'evento posteriore,  $t^2$ ), che salvaguardia il principio di irretroattività sfavorevole. Tali condotte tipiche sono infatti, dal punto di vista temporale, "oltre" questo rapporto diacronico, e perciò non ha senso porsi il problema per esse del rispetto del principio costituzionale di irretroattività.

Orbene, sembrano individuabili due diverse macro-situazioni processuali<sup>63</sup>.

(a) La prima macro-situazione processuale concerne appunto le condotte penalmente rilevanti tenute dopo la data della sentenza *Taricco* (8 settembre 2015).

A tali ipotesi, in cui la condotta tipica è successiva alla decisione della Grande Sezione, si applica, come detto, indiscutibilmente la disciplina della prescrizione senza il tetto che la limita all'aumento di un quarto del tempo ordinario in presenza di atti interruttivi. Il giudice interno dovrà qui disapplicare la normativa interna che non permette di dare piena efficacia all'art. 325 § 1 e 2 TFUE, anche se ciò ha effetti sfavorevoli nel sistema penale nazionale.

(b) La seconda macro-situazione processuale riguarda una serie di ipotesi, per fatti commessi prima della sentenza *Taricco*, in cui è preclusa la disapplicazione: perché altrimenti si violerebbe il principio costituzionale di legalità-irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost.

Per evitare che vi sia una applicazione retroattiva della nuova disciplina sfavorevole in materia di interruzione della prescrizione, occorre stabilire una "relazione cronologica" tra il giorno in cui è stata resa la sentenza *Taricco* ( $t^1$ ) e il momento in cui si è verificato l'atto interruttivo della prescrizione ( $t^2$ ).

---

<sup>63</sup> Per la distinzione tra varie situazioni processuali, cfr. E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 12 ss.



La pronuncia della Corte di Lussemburgo incide invero sulla disciplina degli atti interruttivi della prescrizione, disciplina esterna al piano del binomio fattispecie/sanzione. Pertanto non interessando il *novum* né la fattispecie tipica e nemmeno il trattamento sanzionatorio, non è possibile prendere come punto di riferimento della relazione cronologica (insieme alla data della sentenza *Taricco*) la condotta storica penalmente rilevante. E questo perché la nuova disciplina per effetto della fonte-giurisprudenziale costituita dalla pronuncia della Grande Sezione non attiene ad un elemento della norma incriminatrice in senso stretto (fattispecie/sanzione), bensì ad una sopravvenienza di diritto penale sostanziale che concerne l'estinzione del reato.

Lo “spartitempo” non è qui rappresentato dalla condotta tipica: nel senso che non sembra corretto sostenere che, se quest'ultima sia precedente alla sentenza *Taricco*, non operi nei suoi confronti l'innovazione normativa derivante dall'obbligo di disapplicazione con esito sfavorevole della disposizione di diritto interno contrastante con il diritto primario dell'Unione. Si tratta, invece, di prendere in considerazione una relazione tra due momenti temporali in successione diacronica tra loro: la data di pronuncia della sentenza della Grande Sezione ( $t^1$ ) e la data di verificazione dell'atto interruttivo della prescrizione ( $t^2$ ).

( $b_1$ ) Nel novero delle ipotesi in cui è preclusa al giudice penale la disapplicazione della disciplina dell'interruzione della prescrizione, va innanzitutto collocato il caso nel quale la prescrizione è stata dichiarata dal magistrato prima della sentenza *Taricco*: il reato in questi procedimenti si è già definitivamente estinto.

In tal senso si è espressa esattamente la pronuncia della III sezione della Cassazione n. 2210/2016, secondo cui non è possibile la «revoca della dichiarazione di estinzione del reato già intervenuta, perché il soggetto al quale l'autorità giurisdizionale abbia dichiarato estinto il reato acquisisce un diritto soggettivo che prevale sulle istanze punitive dello Stato». Nel caso di specie – ha chiarito la III sezione della Cassazione – «il contrasto con la norma del Trattato non incide sui periodi di imposta 2003 e 2004 già dichiarati estinti per prescrizione nei due gradi di merito. Si tratta, in sostanza, di un errore del giudice che ha ommesso di rilevare il già sussistente (anche se non ancora esplicitato dalla Corte di giustizia U.E.) contrasto col principio europeo, ma la sua statuizione è ormai divenuta irrevocabile».

( $b_2$ ) Vengono, poi, in considerazione le ipotesi in cui la prescrizione è stata maturata dall'imputato prima della sentenza *Taricco*, ma essa non è ancora stata dichiarata. Si tratta anche qui di un “diritto quesito” e non può di certo operare, in ambito penale, il meccanismo della disapplica-

zione della disciplina dell'interruzione della prescrizione con effetti *in malam partem*. Il divieto di retroattività si risolve innanzitutto nel rispetto dei "diritti quesiti"<sup>64</sup>, essendo storicamente stretta la connessione tra irretroattività della legge e "diritti acquisiti": secondo la definizione di "diritto acquisito" come quello che è entrato a far parte del patrimonio dell'individuo<sup>65</sup>. L'imputato ha già conquistato un diritto a essere lasciato in pace dalla giurisdizione penale, che non può essere rimesso in discussione per effetto dal *novum* normativo scaturito dalla decisione della Grande Sezione *Taricco*<sup>66</sup>.

Dunque, non è condivisibile la pronuncia della III sezione della Corte di cassazione n. 2210/2016<sup>67</sup>. In tale sentenza, decisa il 17 settembre 2015, la suprema Corte ha applicato i principi discendenti dalla sentenza della Corte di giustizia non dichiarando la prescrizione già maturata fin dal 16 gennaio 2015<sup>68</sup>. In questo senso si è poi orientata anche Cass., sez. III, 31 marzo 2016, n. 33538/16 cit., secondo cui la disapplicazione sfavorevole opera anche per i reati la cui prescrizione è maturata prima della sentenza *Taricco*, perché la pronuncia della Corte di Lussemburgo è meramente dichiarativa del diritto dell'Unione che era già pienamente in vigore al momento del fatto penalmente illecito.

Mentre appare corretta la soluzione prospettata dalla pronuncia della IV sezione della Corte di cassazione n. 7914/2016. In quest'ultima decisione – sulla scorta anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale nell'ambito della causa *Taricco* che ha esplicitamente fatto riferimento ai "casi in cui non è ancora intervenuta la prescrizione" – si è affermato che sussiste «una sorta di "diritto quesito" dell'imputato all'estinzione del reato per il quale fosse già intervenuta il termine di prescrizione, diritto che non appare pregiudicabile per effetto di una forma atipica di *ius superveniens* come quella introdotta dalla Corte lussemburghese». E pertanto bisogna reputare ragionevole sostenere che la disapplicazione della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione possa intervenire sol-

<sup>64</sup> In tal senso G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Torino, 2006, 44 ss.

<sup>65</sup> Ampia ricostruzione del tema, in A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, vol. I, P. RESCIGNO (diretto da), Torino, 1999, 472, il quale sottolinea come si è costruito inizialmente il principio di irretroattività sulla base della teoria dei diritti acquisiti. E più in generale, si veda P. ROUBIER, *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Paris, 1960, 95 ss.

<sup>66</sup> Testualmente così F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit., § 9.

<sup>67</sup> In senso critico, cfr. le considerazioni di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco*, cit., § 9.

<sup>68</sup> Cfr., in senso critico, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 12 ss.

tanto rispetto a fatti non ancora prescritti alla data di pubblicazione della sentenza *Taricco*.

Qualora il reato sia già estinto, anche se non è ancora stata dichiarata formalmente la prescrizione, l'imputato ha acquisito un vero e proprio diritto, che prevale sull'obbligo di disapplicazione europea, ad una decisione che dichiari l'avvenuta prescrizione del reato. Da notare che diversamente si violerebbe anche l'art. 7 Cedu (nella interpretazione della Corte Edu), che permette l'applicazione retroattiva di un termini di prescrizione più lungo soltanto allorché i fatti addebitati all'imputato non siano ancora prescritti.

(*b*<sub>3</sub>) Si pensi, inoltre, alle ipotesi in cui la prescrizione non è ancora maturata alla data dell'8 settembre 2015, dove però l'atto interruttivo si sia verificato anteriormente alla sentenza *Taricco*<sup>69</sup>.

Ebbene, tutte le prescrizioni di reati che sarebbero maturate in base ad atti interruttivi che sono precedenti alla decisione della Grande Sezione (e ovviamente per fatti *ante* sentenza *Taricco*), per il raggiungimento del tetto di aumento massimo di un quarto della durata iniziale del termine di prescrizione stabilito dall'art. 161 c.p., devono essere comunque dichiarate dal giudice nazionale.

Gli effetti dell'atto interruttivo (o degli atti interruttivi) sono qui assoggettati ancora alla disciplina pre-*Taricco*, giacché tale disciplina, in quanto più favorevole di quella successiva (ponendo un limite assoluto alla durata della prescrizione dopo la sua interruzione, anziché consentire, come adesso, l'inizio di un nuovo periodo intero di prescrizione dopo ogni atto interruttivo), continua ad operare *ex art. 2*, comma 4, c.p.

E soprattutto perché ciò permette di evitare il contrasto con la garanzia irrinunciabile e mai derogabile posta dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: violazione del principio che si avrebbe facendo operare il nuovo assetto normativo scaturito dalla sentenza *Taricco* nei confronti di atti interruttivi della prescrizione già intervenuti.

## 8. *Riflessioni finali*

Una brevissima notazione conclusiva non tanto sulle conseguenze giuridiche della sentenza *Taricco*, ma piuttosto sulle "cattive suggestioni" che essa può generare: influenze nefaste che vanno assolutamente respinte e stigmatizzate.

---

<sup>69</sup> Cfr. ancora E. LUPPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 13 ss.

La sentenza *Taricco* non la definirei né una decisione “eversiva” né “pericolosa” e neanche “sbagliata”, ma soltanto la “prima” sentenza (forse un “tantino approssimativa”) che ha imposto un obbligo ai giudici penali nazionali di disapplicare il diritto interno con esiti *in malam partem*: mantenendo però – come accennato in precedenza – tutte le garanzie a tutela dei diritti fondamentali dell’imputato.

Bisogna tuttavia evitare che – per un verso – la decisione sia presa come *passerpartout* dalla giurisprudenza, quale luogo argomentativo per ovviare alle difficoltà poste dalla prescrizione; e – per altro verso – che la rottura dell’argine apra la via all’inondazione incontrollata, da parte dei giudici interni, della Corte di Lussemburgo di questioni disapplicatorie con effetti *in malam partem*<sup>70</sup>.

Esempio della prima paventata evenienza (cioè la sentenza *Taricco* come argomento buono-per-ogni-stagione), può individuarsi nella recente decisione della II sezione penale della Cassazione ad avviso della quale il delitto di strage di cui all’art. 422 c.p. rientra nei crimini contro l’umanità che offendono interessi transnazionali per cui, ai sensi dell’art. 7 § 2 Cedu, non opererebbero le garanzie del principio di legalità convenzionale (irretroattività della legge penale sfavorevole e retroattività della *lex mitior*)<sup>71</sup>.

In particolare – secondo la Corte di cassazione – il delitto di strage non soggiacerebbe alla regola sull’applicazione della norma più favorevole in materia di prescrizione in caso di successione di norme nel tempo, restando così imprescrittibile il reato di strage anche per i fatti commessi anteriormente alla modifica intervenuta con la legge n. 251 del 2005.

Con furia iconoclasta la II sezione della Cassazione arriva infine ad affermare che per «i delitti come quello di strage oggetto di accertamento nel presente giudizio, la declaratoria di prescrizione si profilerebbe altresì in contrasto con quell’orientamento recentemente espresso dalla Cedu (!) nel caso *Taricco* secondo cui il giudice nazionale è addirittura chiamato a disapplicare le disposizioni normative in tema di prescrizione che possano comportare interpretazioni pregiudizievoli per gli interessi dell’Unione»<sup>72</sup>.

Francamente tale generalizzazione, supportata da una evidente confusione tra le diverse Corti sovranazionali, anche per il convinto europeista dovrebbe essere troppo!

<sup>70</sup> Cfr. in proposito le preoccupate considerazioni di S. MANACORDA, *Le garanzie penali nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 3504 ss.

<sup>71</sup> Cass., sez. II, ud. 11 febbraio 2016 (dep. 12 aprile 2016), n. 15107, in *C.E.D. Cass.*, n. 266396.

<sup>72</sup> Cass., sez. II, 11 febbraio 2016, n. 15107, cit.

Quanto alla seconda nefasta conseguenza da scongiurare collegata alla Grande Sezione *Taricco* – ossia l'integrale crollo della diga che "conteneva" le questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia con esiti sfavorevoli, al fine di evitare una indiscriminata rimessione alla Corte di Lussemburgo – viene in rilievo l'ordinanza del g.i.p. del Tribunale di Varese del 30 ottobre 2015, che ha sollecitato un intervento *in malam partem* della Corte di giustizia<sup>73</sup>.

Il g.i.p. del Tribunale di Varese ha domandato in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo di stabilire la compatibilità con il diritto europeo del reato di omesso versamento di Iva *ex art. 10-ter* d.lg. n. 74 del 2000 (come riformulato dal d.lg. n. 158 del 2015). Si tratta nel dettaglio di tre questioni interpretative oggetto di rinvio pregiudiziale, le quali investono direttamente l'ampliamento dell'ambito di applicazione del delitto di cui all'*art. 10-ter* cit. e l'inasprimento del suo trattamento sanzionatorio; e quindi il binomio fattispecie/sanzione e non più come prima, nella vicenda *Taricco*, l'estinzione del reato.

Si verrebbe così ampliare il perimetro del penalmente rilevante, sovrapponendosi alle scelte di politica criminale che spettano al nostro legislatore parlamentare. Si toccherebbe in pratica il perimetro generale del sistema penale, a differenza della disapplicazione *in malam partem* del caso *Taricco*, che non estende l'area complessiva dell'ordinamento penale ma opera solo modifiche al suo interno.

In definitiva, è evidente che l'accoglimento di una delle questioni proposte dal g.i.p. di Varese, sulla scorta dell'incompatibilità del delitto di omesso versamento Iva con il diritto eurounitario, aprirebbe la strada alla disapplicazione delle norme penali interne con esito sfavorevole: qui davvero – a differenza che nel caso della sentenza *Taricco* – con una intollerabile violazione del principio costituzionale di legalità-riserva di legge<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> G.i.p. Trib. Varese, ord. 30 ottobre 2015, n. 588, giud. Sala, in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*.

<sup>74</sup> In tal senso cfr. altresì L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE*, cit., § 7.

GIUSEPPE MARTINICO\*

LA GIURISPRUDENZA DELLA DISOBEDIENZA.  
IL RUOLO DEI CONFLITTI  
NEL RAPPORTO FRA LA CORTE COSTITUZIONALE  
E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Introduzione. La nuova stagione dei conflitti. – 2. Disobbedienza funzionale e disobbedienza civile. – 3. «I respectfully disagree»: i germi della disobbedienza. – 3.1. Un diverso tipo di bilanciamento. – 3.2. Un diverso quadro fattuale. – 3.3. L'uso di concetti polisemici. – 3.4. L'esautività del parametro interno. – 3.5. Distinzione fra giurisprudenza consolidata e non consolidata della Corte EDU. – 5. Uno sguardo al diritto comparato. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione. La nuova stagione dei conflitti*

Recentemente BAQUERO CRUZ, finissimo giurista e profondo conoscitore del diritto dell'Unione europea (UE), ha collegato i numerosi fenomeni di «resistenza» (è sua l'espressione<sup>1</sup>) dinanzi al primato del diritto dell'UE alla diffusione del concetto di «eterarchia», tanto caro ai sostenitori del pluralismo costituzionale<sup>2</sup>. Nel farlo, forse trascura il ruolo che tradizionalmente i conflitti hanno avuto nello sviluppo del diritto europeo (fin dagli anni '70 e, quindi, ben prima della nascita di tale «movimento

---

\* Desidero ringraziare Paolo Addis, Leandro Mancano, Leonardo Pierdominici, Marta Simoncini e Angioletta Sperti per i loro commenti. Scritto ultimato in data 20 luglio 2016.

<sup>1</sup> «Regarding that interplay in the earlier years of integration, I think there is a tendency to distort and exaggerate the role played by the European Court of Justice, in a fictional 'narrative' which looks for an 'original sin' in the judicial interpretation of the law. This 'narrative', unsurprisingly, becomes part of the conceptual matrix underlying the resistance to the primacy of Union law. The proponents of this view see the Court in ambiguously heroic terms, as having 'created', in a series of 'bold' decisions, direct effect, supremacy and all the rest, 'transforming' the Communities into something which no-one had envisaged, 6 and thus betraying the 'real intentions' of the founding fathers», J. BAQUERO CRUZ, *Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union*, in *European Law Journal*, 2016, 356, 360.

<sup>2</sup> In generale, sul concetto di eterarchia in questo ambito si veda: D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, 2009, 326.

teorico»<sup>3</sup>) e sembra avere una concezione prevalentemente negativa dei conflitti<sup>4</sup>. Tale concezione finisce paradossalmente per avvicinare quello che lui chiama il ritorno al «diritto dell'integrazione»<sup>5</sup> al pluralismo costituzionale che, in alcune sue versioni normative, altro non fa se non auspicare la neutralizzazione dei conflitti, come ben sottolinea AVBELJ<sup>6</sup>.

L'Italia non rappresenta un'eccezione a questo *trend* di resistenza giudiziale. In effetti, è in atto una vera e propria riscoperta<sup>7</sup> della c.d. «dottrina dei controlimiti», in seguito alla nota sentenza *Taricco* della Corte di giustizia<sup>8</sup> (su cui si vedano i contributi in questo volume) e, prima ancora, alla famosa pronuncia n. 238/2014<sup>9</sup> della Corte costituzio-

<sup>3</sup> «Constitutional pluralism is a theory, or movement, or idea, for some perhaps even an ideal, about the relationship between the legal system of the European Union and those of its Member States», J. BAQUERO CRUZ, *Another Look*, cit., 356 e J. BAQUERO CRUZ, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, in *EUI Working Papers, RSCAS*, 2007/13, 2007, [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6760/RSCAS\\_2007\\_13.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6760/RSCAS_2007_13.pdf?sequence=1).

<sup>4</sup> Si compari, però, con quanto scritto in altre opere: J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.), *Constitutional Pluralism*, cit., 249.

<sup>5</sup> Il riferimento, ovviamente, è a P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972.

<sup>6</sup> A proposito del pensiero di KUMM (M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 262) ad esempio: «The best fit universal constitutionalism is concerned exactly with what socioteological constitutionalism considers exceptional: it aims at providing a normative jurisprudential account of constitutional conflicts, which should contribute to the coherence of the European legal order as a whole. Its constitutional perspective, from which these conflicts should be assessed and resolved, is universal in a double sense. In terms of scope where the focus should be always on all the layers of the integration that are holistically treated as one common whole, as well as in terms of substantive quality where this common whole is believed to be based on values that are not just nominally universal, but whose content is essentially homogeneous as well. It is this presumption of one European legal practice and of universality and homogeneity of values across the European integration that sets the best fit universal constitutionalism apparently worlds apart from the epistemic meta-constitutionalism», M. AVBELJ, *Questioning EU Constitutionalisms*, in *German Law Journal*, 2008, 1.

<sup>7</sup> R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i «Controlimiti» 2.0*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2016, [http://www.federalismi.it/nv14/articolo\\_documento.cfm?Artid=31459](http://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=31459).

<sup>8</sup> CGUE, C-105/14, *Taricco*.

<sup>9</sup> Corte Cost., sentenza 238/2014 che ha avuto anche un certo eco all'estero. Si vedano, ad esempio, i commenti di C.J. TAMS, *Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court*, in *EJIL: Talk!*, 2014, <http://www.ejiltalk.org/let-the-games-continue-immunity-for-war-crimes-before-the-italian-supreme-court/>; T. SCHILLING, *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, in *EJIL: Talk!*, 2014, <http://www.ejiltalk.org/the-dust-has-not-yet-settled-the-italian-constitutional-court-disagrees-with-the-international-court-of-justice-sort-of/>; F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 2014, <http://verfassungsblog.de/know-wrong-just-cant-right-first-impressions-judgment-238-2014-italian-constitutional-court/>.

nale. Specialmente quest'ultima ha mostrato l'applicabilità della dottrina dei controlimiti anche al di fuori delle relazioni fra diritto nazionale e diritto dell'UE e, più in generale, la tendenza delle Corti nazionali (costituzionali o supreme) a dissentire, anche in maniera clamorosa, rispetto a quanto deciso dalle Corti europee (non solo quella di giustizia). Anche tenendo conto di questo si cercherà di ragionare sul ruolo che i conflitti (minacciati o reali) possono avere nel rapporto fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).

Ovviamente anche qui vale qui il *caveat* ricordato in altra sede da PADULA, secondo cui «in questo lavoro si usa l'espressione «controlimiti» che viene normalmente utilizzata con riferimento ai rapporti fra ordinamento statale e UE, pur nella consapevolezza che, secondo la Corte costituzionale, solo l'UE implica una limitazione di sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost»<sup>10</sup>. La dottrina italiana, del resto, ha utilizzato la formula «controlimiti» facendo riferimento ad alcune pronunce di Corti costituzionali straniere relative alla CEDU<sup>11</sup>.

In questo senso, si tratta di un contributo inevitabilmente diverso da quelli contenuti in questo volume, ma con cui si vuole riflettere sulla continuità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tale ambito. Vi sono, tuttavia, dei punti di contatto: in contesti dove la differenza di «trattamento» fra diritto dell'UE e diritto della CEDU è molto meno marcata, ad esempio, la dottrina discorre da tempo dell'applicabilità delle tecniche concepite per limitare il primato del diritto sovranazionale anche al diritto della Convenzione e alla giurisprudenza del suo interprete<sup>12</sup>. La stessa terminologia impiegata nella sentenza n. 49/2015<sup>13</sup> dalla Consulta, del resto, richiama gli scenari evocati dai teorici del «pluralismo costituzionale», formula che si riferisce, nella sua versione più semplice, ad una situazione caratterizzata dalla coesistenza di diversi poli costituzionali, ognuno dei quali reclama autorità e superiorità sugli altri. In

---

<sup>10</sup> C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i «controlimiti» alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2014, <http://www.federalismi.it/document/09122014143023.pdf>.

<sup>11</sup> F. PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale e la teoria «selettiva» dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/107.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/107.pdf); A. GUAZZAROTTI, *RUSSIA. La Russia, la CEDU e i controlimiti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/guazzarotti.pdf>.

<sup>12</sup> Per una rassegna comparata: G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham-Northampton, 2012.

<sup>13</sup> Corte cost., sentenza n. 49/2015.



quest'ottica, che concepisce le corti dei diversi poli come interagenti ma distinguibili, acquisiscono significato le parole della nostra Corte costituzionale a proposito del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»<sup>14</sup>. Detto in altre parole, le Corti costituzionali si concepiscono «in sistema» e non negano le necessità di interagire con quelle europee (in questo vale ancora quanto scritto anni fa da DELMAS MARTY, a proposito dell'«isolement impossible»<sup>15</sup>), ma pretendono di mantenere il loro punto di vista, che è quello dei garanti della Costituzione nazionale. La convergenza assiologica, il fatto che le diverse carte del sistema finiscano per garantire diritti simili, non esclude il disaccordo perché gli interpreti tendono a leggere le singole questioni partendo dalla loro Costituzione, così come fa la Corte di giustizia UE con i propri Trattati o la Corte EDU con la Convenzione. Questo spiega perché le Corti costituzionali nazionali negli anni abbiano sottolineato come ci possano essere differenze nel tipo di bilanciamento operato dai giudici nel multilivello. Si tornerà su questo punto più avanti. Dovendo affrontare temi tanto ampi la riflessione verrà sviluppata utilizzando come «perno» la sentenza n. 49/2015, da molti descritta come punto di svolta nella giurisprudenza della Consulta. Si tratta, del resto, di una pronuncia che è stata richiamata anche dalla sentenza *Parrillo* della Corte EDU (sia nel testo della decisione che in una delle opinioni separate<sup>16</sup>). Chi scrive non crede che la n. 49 debba es-

---

<sup>14</sup> Corte cost., sentenza n. 49/2015. Si vedano anche: Corte cost., sentenze n. 102 e 200/2016 sul *ne bis in idem*.

<sup>15</sup> M DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Parigi, 2006, 39.

<sup>16</sup> Corte EDU, *Parrillo* ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015: «A tale proposito la Corte osserva che, in una recente sentenza (n. 49, depositata in data 26 marzo 2015) in cui essa ha analizzato, inter alia, la posizione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico interno, la Corte costituzionale ha precisato che i tribunali ordinari erano tenuti a conformarsi alla giurisprudenza della Corte soltanto se essa era «consolidata» o espressa in una «sentenza pilota» (par. 100). Più interessante il richiamo nella opinione parzialmente concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedovalso: «Il nostro unico motivo per decidere infine di associarci alla decisione della maggioranza che ha rigettato tale eccezione nella presente causa è lo sviluppo avvenuto nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, avente la forma della sentenza n. 49 depositata il 26 marzo 2015. In tale sentenza la Corte costituzionale ha analizzato, inter alia, la collocazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico interno, indicando a tale proposito che i tribunali ordinari sono obbligati a conformarsi alla giurisprudenza della Corte solo quando essa è «consolidata» o espressa in una «sentenza pilota». Quando sorge una nuova questione, come accade innegabilmente nel caso di specie, la posizione adottata dalla Corte costituzionale comporta che non si possa ritenere che un potenziale ricorrente sia obbligato ad adire i tribunali interni prima di presentare ricorso alla Corte. Ciò detto, osserviamo che la motivazione della sentenza, dalla quale dobbiamo parzialmente discostarci per le ragioni suesposte, fa riferimento

sere vista come un ritorno al passato o una contraddizione ma che, anzi, sentenze come questa (perché quella sentenza va e può essere contestualizzata in una vera e propria *giurisprudenza della disobbedienza*<sup>17</sup>) siano la diretta conseguenza dell'apertura mostrata dalla Corte costituzionale al sistema della CEDU. In altre parole, tali pronunce sono il «prezzo» del successo di un meccanismo capace di esercitare «pressione» sugli Stati, partecipando, così, a quella che si potrebbe chiamare la funzione costituzionale svolta da attori non statali nel c.d. «scenario multilivello».

È l'idea, fra gli altri, anche di MADURO<sup>18</sup>, che si fonda sull'intuizione secondo cui il costituzionalismo *tout court* debba essere distinto da quella versione storica che è il costituzionalismo nazionale, almeno concettualmente; in questo modo si riconosce anche a soggetti non statali la possibilità di partecipare a quell'opera di limitazione<sup>19</sup> e di «forgiatura» del potere (la costituzione come «forma del poder»<sup>20</sup>), che rappresenta, poi, l'essenza del costituzionalismo<sup>21</sup>.

Vale la pena qui chiarire un altro punto su cui si tornerà in sede di trattazione: i controlimiti e i conflitti in generale non devono essere concepiti in chiave meramente difensiva/oppositiva, al contrario, come in Italia ha sottolineato anche PANUNZIO<sup>22</sup>, possono fungere da incentivo per cooperare.

---

alla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale italiana (si veda il paragrafo 100 della presente sentenza), e che tale riferimento dà alla sentenza un carattere eclettico. Vediamo in ciò un'apertura rispetto alla giurisprudenza tradizionale» (par. 8-9). Su questo si veda G. SORRENTI, *Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a Corte edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo)*, in *Consulta OnLine 2015*, <http://www.giurcost.org/studi/STUDINEW2015-IIIQ.html>.

<sup>17</sup> G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 303.

<sup>18</sup> M. POAIRES MADURO, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.), *Constitutional pluralism in the European Union and beyond*, Oxford, 2012, 67.

<sup>19</sup> Nelle parole di Luciani: «Il costituzionalismo vede nel potere (oltre che l'indirizzatario delle proprie pretese fondative) sia l'oggetto che il soggetto delle proprie pretese garantiste, nel senso che il potere, per un verso, è un nemico dal quale difendersi erigendo garanzie a protezione dei diritti; per l'altro è il soggetto che a quelle garanzie consente di esistere e di funzionare, tanto è vero che dove non vi è potere non vi è rimedio alle «ingiustizie», M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, 2006, [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo\\_irenico/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html) (poi pubblicato anche in *Giur. cost.*, 2006, 1661).

<sup>20</sup> F. RUBIO LLORENTE, *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1997.

<sup>21</sup> Si tratta, in fondo, di una conseguenza della fine del monopolio statale del potere, senza che a ciò segua un necessario arretramento in termini di protezione dei diritti fondamentali.

<sup>22</sup> «Come potrebbe essere impiegata quell'arma? Nei casi più delicati, di atti comunicati che pongono problemi di conformità alla garanzia dei diritti fondamentali, di rispetto di

Il saggio sarà diviso in tre parti: nella prima si richiamerà il concetto di disobbedienza funzionale e si ricorderanno alcune delle strategie argomentative utilizzate dalla nostra Corte costituzionale e rilevanti a questo proposito. Nella seconda parte si cercherà di «contestualizzare»<sup>23</sup> la sentenza n. 49, tentando di relativizzare la sua portata «rivoluzionaria». Infine nella terza, si cercherà di ricondurre questa giurisprudenza a una tendenza più generale, enfatizzando soprattutto la portata, anche positiva, che questi fenomeni di disobbedienza possono avere.

## 2. *Disobbedienza funzionale e disobbedienza civile*

Senza pretesa di esaustività, conviene qui riprendere per grandi linee un'idea espressa altrove<sup>24</sup>, cercando di chiarire: 1) che cosa si debba intendere per disobbedienza «funzionale»; 2) come inquadrare, da un punto di vista giuridico, questi atti di disobbedienza giudiziale senza che ciò comporti la radicale discussione della legittimità<sup>25</sup> del sistema della CEDU (e del suo interprete).

---

altri 'controlimiti' costituzionali e dei confini delle competenze comunitarie stabilite nei Trattati istitutivi (e domani nel Trattato costituzionale); in questi casi, se una corte costituzionale, anziché decidere subito se quell'atto ha superato i suddetti limiti, chiedesse prima alla Corte di Lussemburgo, utilizzando il rinvio pregiudiziale, di pronunciarsi sulla interpretazione e validità dell'atto in questione alla stregua dei Trattati, con ciò non rimetterebbe esclusivamente a quest'ultima Corte la definitiva soluzione della questione spogliandosi di ogni potere. Infatti a quella corte costituzionale rimarrebbe sempre come *extrema ratio* – di fronte ad una decisione della Corte di Lussemburgo ritenuta in contrasto con i Trattati istitutivi e, comunque, con i 'controlimiti' – la possibilità di applicare, appunto, la dottrina dei controlimiti: cioè, essa potrebbe invalidare in parte qua la norma del Trattato su cui si fonda l'atto comunitario lesivo, impedendo l'operatività del medesimo e della stessa sentenza resa dalla Corte di Lussemburgo a seguito del rinvio pregiudiziale. In tal modo, la stessa dottrina italiana dei controlimiti – e delle corrispondenti 'riserve di sovranità' di altri Paesi – potrebbe acquistare una valenza più effettiva, perché nei 'giochi di potere' l'equilibrio tra le parti non si fonda sull'impiego concreto delle armi di cui esse di-spongono, ma piuttosto (e tanto più quanto l'arma è 'potente') sul timore che l'arma possa essere impiegata»: S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 1, 29.

<sup>23</sup> Per un approccio simile si veda. G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/12/sorrenti.pdf>.

<sup>24</sup> G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme)*, cit.

<sup>25</sup> Sul concetto di legittimità si rinvia a PORTINARO: «Si attribuisce legittimità a un ordinamento politico quando in base ad argomenti giuridici e morali lo si ritiene degno d'essere riconosciuto all'interno (dai consociati) e/o all'esterno (da ordinamenti egualmente sovrani)», P.P. PORTINARO, *Legittimità* (voce), in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, 1996, [http://www.treccani.it/enciclopedia/legittimita\\_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/legittimita_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/).

La formula «disobbedienza funzionale» è stata utilizzata soprattutto dagli studiosi interessati alla teoria (e psicologia) delle organizzazioni o agli studi manageriali, per cui questo concetto rinvia a «a response to explicit or implicit instructions from above that are interpreted as requiring one to engage in some unsavory practice»<sup>26</sup>. L'aggettivo «unsavory» non dice molto sulle ragioni del dissenso, ma dalla letteratura richiamata ci si accorge quasi immediatamente che si tratta di un concetto solo superficialmente legato a quello ben più nobile e studiato di disobbedienza civile<sup>27</sup>. Applicandola al nostro contesto si potrebbe dire che un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire («declines to follow») la soluzione derivata dalla giurisprudenza della Corte EDU, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU ad una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento<sup>28</sup> o perché fondata su una erronea ricostruzione del «consenso»<sup>29</sup>). Atti di disobbedienza funzionale danno origine a disaccordi interpretativi (conflitti) e si caratterizzano per i seguenti elementi: apertura, distinzione fra interpretazione e argomentazione, funzionalità e dialogo.

Il concetto di disobbedienza funzionale preso in considerazione in questo saggio recupera alcune delle caratteristiche della disobbedienza civile, nello specifico il controverso rapporto fra disobbedienza e fedeltà al diritto<sup>30</sup>. Prendendo spunto da RAWLS, per esempio, la disobbedienza

<sup>26</sup> P. BRIEF, R.T. BUTTRAM, J.M. DUKERICH, *Collective Corruption in the Corporate World: Towards a Process Model*, in M.E. TURNER (ed.), *Groups at Work: Theory and Research*, Lawrence Erlbaum Associates, NJ, 2001, 471, 492.

<sup>27</sup> Ci si riferisce ovviamente a: H.D. THOREAU, *Disobbedienza civile*, Bari, 1968; H. ARENDT, *Crises of the Republic: Lying in Politics, Civil Disobedience, On Violence, Thoughts on Politics and Revolution*, 1972, New York, 201 e ss.; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, 2003, 319 e ss.

<sup>28</sup> Sul margine di apprezzamento si veda: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Cambridge, 2002; Y. SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, 907; BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics* 1998/1999, 843; M.R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1999, 638; I. DE LA RASILLA DEL MORAL, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, 611; G. LETZAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, 705.

<sup>29</sup> K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1730.

<sup>30</sup> Su cui M.R. HALL, *Guilty but Civilly Disobedient: Reconciling Civil Disobedience and the Rule of Law*, in *Cardozo Law Review*, 2007, 2083.

civile non implica la negazione radicale del diritto che si sta infrangendo, dal momento che:

«It expresses disobedience to law within the limits of fidelity to law, although it is at the outer edge thereof. The law is broken, but fidelity to law is expressed by the public and nonviolent nature of the act, by the willingness to accept the legal consequences of one's conduct»<sup>31</sup>.

In altre parole, secondo RAWLS, una delle caratteristiche della disobbedienza civile è l'accettazione della sanzione<sup>32</sup>, che discende dalla fedeltà all'ordinamento. Ciò fa sì che la disobbedienza civile sia puntuale e non sistemica, «designed only for the special case of a nearly just society, one that is well – ordered for the most part but in which some serious violations of justice nevertheless do occur»<sup>33</sup>.

Anche la disobbedienza funzionale presenta caratteristiche simili; quest'ultima, infatti, mette in discussione «the interpreted instructions» e ciò porta a «discussions with the authority figure thought to have issued the orders and/or to acts of insubordination»<sup>34</sup>. Da questo passaggio ricaviamo due elementi importanti: 1) la natura specifica e qualificata della disobbedienza, relativa alle particolari istruzioni ricevute e 2) il riconoscimento dell'autorità in capo al soggetto che rilascia tali istruzioni. Ciò rende l'episodio di disobbedienza funzionale puntuale e non sistemico. Vi sono, però, come anticipato delle differenze importanti fra disobbedienza funzionale e civile. Nella definizione che dà RAWLS, la disobbedienza trova la sua fonte nel «sense of justice»<sup>35</sup>, concetto che implica il rinvio ad un sistema normativo diverso da quello giuridico (per esempio, quello morale) mentre questo tipo di rinvio non è necessariamente parte dell'idea di disobbedienza funzionale. Altra differenza importante riguarda la natura del soggetto: qualche anno fa, per giustificare l'applicazione del concetto di disobbedienza al comportamento dei giudici nazionali, BAQUERO CRUZ ricorreva al concetto di disobbedienza istituzionale, superando la problematica – per altro non condivisa da tutti i teorici della disobbedienza civile – della natura individuale o meno dell'atto<sup>36</sup>. Il

<sup>31</sup> J. RAWLS, *A Theory*, cit., 322.

<sup>32</sup> Punto peraltro non sempre condiviso da altri importanti autori. Per una rassegna si veda M.J. FALCÓN Y TELLA, *Civil Disobedience*, Leiden-Boston, 2004, 40-41.

<sup>33</sup> J. RAWLS, *A Theory*, cit., 319.

<sup>34</sup> P. BRIEF, R.T. BUTTRAM, J.M. DUKERICH, *Collective Corruption*, cit., 492.

<sup>35</sup> J. RAWLS, *A Theory*, cit., 320.

<sup>36</sup> «Critics would argue, in sum, that institutions and individuals are in a very different position with regard to the political and legal systems. Individuals often find themselves in a position of weakness, of subjection: they are subjects. Disobedience may sometimes be their last desperate resort. Institutions, in contrast, are often in a privileged position: they are

concetto di disobbedienza funzionale è, invece, concepito per le organizzazioni e, quindi, presenta anche carattere super-individuale. Dopo avere cercato di definire in maniera sommaria le necessarie premesse, conviene ora qualificare cosa intendere per disobbedienza funzionale nel nostro ambito, facendo riferimento ad alcuni dei suoi elementi costitutivi.

a) *Apertura*. Nella decisione del giudice disobbediente l'interpretazione del dato normativo interno non avviene solo alla luce del testo costituzionale nazionale ma facendo espresso riferimento agli strumenti di diritto internazionale. Questa scelta risulta comprensibile alla luce di diversi fattori. A volte il giudice nazionale trova la fonte dell'obbligo di interpretazione conforme in disposizioni costituzionali (art. 16 della Costituzione portoghese<sup>37</sup>, art. 10.2 della Costituzione spagnola<sup>38</sup>, art. 20 della Costituzione rumena<sup>39</sup>, art. 5 della Costituzione bulgara<sup>40</sup>). In altri casi l'obbligo di interpretazione conforme è frutto di acquisizioni giurisprudenziali, specie in contesti caratterizzati da disposizioni costituzionali più «neutre» verso gli accordi internazionali in materia di diritti umani (l'Italia è un buon caso, anche dopo la riforma che ha portato al nuovo art. 117 della Costituzione, non avendo nel nostro testo costituzionale, come noto, una disposizione analoga a quella dell'art. 10.2 spagnolo, per esempio). Da ultimo, tale apertura al possibile valore aggiunto – in sede inter-

---

vested with special responsibilities and the power to decide. It is that power and those responsibilities that would bar the possibility of institutional disobedience. J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism*, cit., 262-263.

<sup>37</sup> Art. 16: «1. The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as may be laid down by law and in the applicable rules of international law. 2. The provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed in accordance with the Universal Declaration of Human Rights».

<sup>38</sup> Art. 10: «(2) The norms relative to basic rights and liberties which are recognized by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements on those matters ratified by Spain». Su questa previsione costituzionale si veda: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999.

<sup>39</sup> Art. 20: «Constitutional provisions concerning the citizens' rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to.

Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence, unless the Constitution or national laws comprise more favourable provisions».

<sup>40</sup> Art. 5: «4. Any international instruments which have been ratified by the constitutionally established procedure, promulgated, and come into force with respect to the Republic of Bulgaria, shall be considered part of the domestic legislation of the country. They shall supersede any domestic legislation stipulating otherwise».

pretativa – offerto dal dato esterno può essere offerta da disposizioni di rango formalmente primario<sup>41</sup>, come nel caso della sezione 3 dello *Human Rights Act*<sup>42</sup>.

*b) Distinzione fra interpretazione e argomentazione.* Il fatto che il giudice nazionale prenda le mosse dalla lettura integrata del dato interno alla luce di quello esterno non lo obbliga, proprio per la natura «procedurale» dell'interpretazione conforme, a concludere come la Corte di Strasburgo ha fatto nel caso richiamato. Il giudice, dopo aver letto il dato normativo interno alla luce della CEDU (o dei *Convention Rights* nel caso del Regno Unito) può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, motivando il proprio dissenso, dando quindi argomenti<sup>43</sup> per una diversa lettura del dato convenzionale alla luce, per esempio, delle particolarità del contesto nazionale.

*c) Funzionalità.* Come anticipato, questi atti di disobbedienza non devono essere visti come ritorno al passato, come nostalgiche torsioni verso la sovranità che fu, ma sono, appunto, comportamenti tendenti ad un obiettivo concreto: indurre a un ripensamento giurisprudenziale. Tali atti sono, infatti, funzionali alla *miglior interpretazione possibile* del testo delle Convenzioni (quella più aderente ad una lettura «pluralista» e non «egemonica»<sup>44</sup>).

*d) Dialogo.* Questi atti di disobbedienza innescano fenomeni di *dialogo*. Qui si potrebbe aprire un vero e proprio «vaso di Pandora», tanto è contestata la validità scientifica di tale concetto. Per evitare di riaprire discussioni meramente teoriche, basti in questa sede ricordare che esiste

---

<sup>41</sup> Formalmente perché è nota la giurisprudenza che qualifica come di rango «costituzionale» lo *Human Rights Act*, per esempio: *Thoburn v. Sunderland City Council* [2002] 1 CMLR 50.

<sup>42</sup> Sect. 3 (Interpretation of legislation): «(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility».

<sup>43</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>44</sup> M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* Parigi, 2006 e M. DELMAS MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in *Astrid online*, 2004, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

dottrina che ha seriamente definito cosa intendere per dialogo<sup>45</sup>. Rinviando a questa scrupolosa letteratura – e condividendo, allo stesso tempo, lo scetticismo di Maestri del diritto che hanno giustamente espresso dubbi con riferimento all’abuso del concetto<sup>46</sup> – si definisce dialogo proprio questo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità ed accettati dai rispettivi interlocutori<sup>47</sup>).

### 3. «*I respectfully disagree*»: i germi della disobbedienza

Per inquadrare le tensioni emerse negli ultimi anni fra la nostra Corte costituzionale e la Corte EDU conviene prendere le mosse da una relazione presentata dall’*ex* Presidente della Corte costituzionale, prof. Franco Gallo, a Bruxelles nel 2012<sup>48</sup>.

Nel testo presentato in quell’occasione, il prof. Gallo chiariva immediatamente il valore aggiunto (quello che la stessa Corte costituzionale descrive come il «plus di tutela»<sup>49</sup>) offerto dalla CEDU; tuttavia, in apertura di relazione l’*ex* Presidente Gallo si soffermava anche sulle difficoltà di *judicial transplant* (utilizzava proprio la formula inglese) di alcune delle soluzioni prospettate a Strasburgo e sulle differenze esistenti fra la Corte costituzionale e la Corte EDU.

Tali differenze venivano riassunte in quattro punti: il «differente rilievo del caso»<sup>50</sup>, la diversità di «tecniche argomentative e di strategia di legittimazione» (formalismo della Corte costituzionale *versus* approccio «sostanzialista» della Corte EDU), le diversità inerenti alla «esternazione

<sup>45</sup> A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 118 e ss.

<sup>46</sup> G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>47</sup> A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights*, cit., 118 e ss.

<sup>48</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, Bruxelles, 24 maggio 2012, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/RI\\_BRUXELLES\\_2012\\_GALLO.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf).

<sup>49</sup> «Il risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali», Corte cost., sentenza n. 317/2009.

<sup>50</sup> «Il caso esprime, perciò, solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l’incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l’unica direzione di senso del dictum. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide pro futuro», F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit. Subito dopo l’*ex* Presidente Gallo chiariva che questa differenza in parte sfuma nel caso delle sentenze pilota.



del processo formativo della decisione» (l'assenza/presenza di *dissenting* e *concurring opinion*) e la questione dell'«uso del metodo comparativo» (ancora poco usato dalla nostra Corte<sup>51</sup> – salvo alcune recenti eccezioni<sup>52</sup> – e, invece, molto impiegato dalla Corte di Strasburgo).

Le differenze ricordate dall'*ex* Presidente Gallo sono utili a tratteggiare una vera e propria lista di tecniche attraverso cui la Corte costituzionale italiana (ma lo stesso vale per altre Corti costituzionali) esprime il proprio dissenso. È necessario chiarire che si tratta di un dissenso motivato e puntuale che dà origine ad un tipo particolare di disobbedienza. In altre parole, si tratta un tipo di disobbedienza «qualificata» e «puntuale», ovvero dovuta a ragioni particolari e non, quindi, fine a sé stessa (vedremo a cosa, in questo senso, è «funzionale»). Infatti, nella seconda parte della relazione presentata a Bruxelles, venivano ricordati sia casi di convergenza fra Roma e Strasburgo (il caso *Dorigo*<sup>53</sup>, le sentenze gemelle<sup>54</sup>) sia casi di divergenza interpretativa, variamente giustificati, proprio alla luce delle differenze prima richiamate.

Prima di passare all'analisi di queste «tecniche di disobbedienza», vale la pena di chiarire altri due punti: 1) si tratta di dinamiche evincibili dall'analisi di alcune sentenze ma non vi è alcuna pretesa di esaustività, potendo le corti dissentire anche in altri modi. 2) Non tutti i casi riportati dall'*ex* Presidente Gallo sono definibili come disobbedienze funzionali ma vale, comunque, la pena di ricordarli proprio per la neutralità delle tecniche utilizzate: nulla vieta, cioè, che uno stesso modo di procedere possa essere usato anche in (più recenti, ad esempio) decisioni della stessa Corte mosse dall'intento di arricchire (e non semplicemente di contrastare) la giurisprudenza della Corte EDU.

### 3. «*I respectfully disagree*»: i germi della disobbedienza

Un primo modo, per esempio, per giustificare l'allontanamento dalla soluzione ad un caso simile già deciso a Strasburgo è quello che fa perno sul diverso modo di ricostruire e operare il bilanciamento. L'esem-

---

<sup>51</sup> Almeno in maniera espressa. Si vedano però i casi richiamati da L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni Costituzionali*, 1987, 901; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, 983 s.; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, 2006, [http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/giurisprudenza\\_comparazione/index.html](http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/giurisprudenza_comparazione/index.html).

<sup>52</sup> Per esempio si veda: Corte cost., sentenza n. 10/2015.

<sup>53</sup> Corte cost., sentenza n. 113/2011.

<sup>54</sup> Corte cost., sentenze 348 e 349/2007.

pio che l'ex Presidente Gallo fa è quello relativo alla giurisprudenza sull'insindacabilità delle opinioni dei parlamentari:

«Questo diverso apprezzamento del nesso funzionale può essere parzialmente spiegato alla luce degli interessi da contemperare nelle diverse sedi di giudizio in cui le due Corti rendono le pronunce sulla insindacabilità delle opinioni del parlamentare: per la Corte costituzionale, la sede è il conflitto di attribuzione fra poteri, in cui è preminente l'interesse oggettivo all'integrità delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato in conflitto e non l'interesse della parte privata offesa; per la Corte EDU, la sede è il giudizio specificamente rivolto alla tutela dell'interesse soggettivo di una parte, che lamenta la violazione di un proprio diritto fondamentale»<sup>55</sup>.

Come vedremo la stessa tecnica viene utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca e, nell'ultima parte del capitolo, verranno ricordati alcuni esempi che hanno portato ad una progressiva convergenza fra interpreti in materia di diritti fondamentali.

### 3.2. *Un diverso quadro fattuale*

Fra le altre tecniche di disobbedienza possiamo ricordare quella facente perno sulla distinzione fra il quadro fattuale e giuridico della causa pendente dinanzi alla Corte costituzionale e quello che ha dato origine ad una precedente pronuncia della Corte di Strasburgo.

Secondo questo modo di procedere, dopo aver richiamato la pronuncia della Corte EDU (vale anche qui la distinzione fra interpretazione e argomentazione), la Corte costituzionale si affretta a chiarire che, in realtà, la propria giurisprudenza risponde allo spirito di quella di Strasburgo ma che la non esatta corrispondenza del quadro fattuale comporta la necessità di staccarsi parzialmente dalle conclusioni del giudice EDU. Si tratta di un modo di argomentare fondato sul già richiamato «differente rilievo del caso» nei due giudizi; un buon esempio è quello relativo alla questione della estensione del principio di retroattività delle leggi penali: nella 236/2011, infatti, la nostra Corte ha ricordato come la sentenza *Scoppola*<sup>56</sup> «ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio (...) resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

<sup>56</sup> Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in causa n. 10249/03.

<sup>57</sup> Corte cost., sentenza n. 236/2011.

Proprio ricordando la 236/11 l'ex Presidente Gallo, sempre nel corso della relazione del 2012, ribadiva la competenza della Corte costituzionale italiana «a trarre dalla puntualità della casistica giurisprudenziale i principi atti ad essere trasposti nell'ordinamento giuridico nazionale»<sup>58</sup>.

Queste parole ci riportano alla metafora del *judicial transplant*<sup>59</sup>: come è noto, infatti, i contesti giuridici che ricevono un trapianto giuridico non sempre reagiscono nel modo previsto; a volte i trapianti in questione possono produrre «legal irritants»<sup>60</sup>. È compito della Corte costituzionale evitare questo tipo di conseguenze, tenendo conto delle ragioni del «sistema»<sup>61</sup> di ricezione del principio proveniente da Strasburgo.

### 3.3. *L'uso di concetti polisemici*

Un'altra tecnica di disobbedienza usata dalla Corte costituzionale italiana consiste nell'uso di concetti «polisemici»: è il caso di nozioni quali «pubblica utilità» o «pubblico interesse», che vengono, non a caso, ricordati dall'ex Presidente Gallo nella sua relazione a proposito delle divergenze relative alle leggi di interpretazione autentica.

Conviene riportare l'intero passaggio e sottolineare il riferimento al dialogo inteso anche come dialettica fra interlocutori che non hanno necessariamente posizioni di partenza (e di arrivo) coincidenti:

«La perentorietà con cui le ragioni di interesse pubblico che motivano il ricorso all'interpretazione autentica sono state ritenute insussistenti – in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311 del 2009 – pone un problema interpretativo circa le nozioni di «pubblica utilità» e «interesse pubblico» assunte dalla Corte EDU e circa le diverse conseguenze che essa fa derivare dalla insussistenza dell'una o dell'altra [...] E ciò senza tener conto che almeno per il diritto italiano, anche dal punto di vista lessicale, i termini «utilità» e «interesse» non sono antitetici e sono comunque resi omogenei dal loro carattere 'pubblico', e cioè dalla riferibilità di entrambi a una valutazione eminentemente politica meglio apprezzabile dall'autorità nazionale. È sulla soluzione di questo dubbio interpretativo che in futuro si dipanerà probabilmente il dialogo fra le Corti in tema di retroattività delle leggi e affidamento»<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

<sup>59</sup> Sul problema dei trapianti giuridici si vedano A. WATSON, *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, Philadelphia, 1993; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 111.

<sup>60</sup> Per riprendere l'espressione di G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 1998, 11.

<sup>61</sup> Corte cost., sentenza n. 264/12 e sentenza n. 85/13.

<sup>62</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

### 3.4. *L'eshaustività del parametro interno*

Un'ultima notazione meritano dei casi non richiamati (perché più recenti) nella relazione, in cui la Consulta ha deciso di risolvere la questione alla luce del solo dato costituzionale interno, non utilizzando quindi la CEDU come norma interposta.

Si tratta, ad esempio, delle decisioni n. 278/2013<sup>63</sup> e 162/2014<sup>64</sup>. Pur condividendo i dubbi di molti illustri commentatori<sup>65</sup>, credo sia necessario sottolineare qui una differenza che li distingue dai casi di *disobbedienza cattiva*: nelle decisioni 278/2013 e 162/2014 la Corte riconosce espressamente nella Corte di Strasburgo un interlocutore, perché cita la sua giurisprudenza (*Godelli*<sup>66</sup> e *S.H. c. Austria*<sup>67</sup>). Secondo lo schema argomentativo seguito dalla Consulta nel momento in cui «è sufficiente» il parametro interno per raggiungere il risultato di espellere una norma dall'ordinamento – nell'ottica di quello che è stato chiamato il «garantismo competitivo»<sup>68</sup> – non vi è bisogno di utilizzare la CEDU per integrare il parametro.

Quest'ultima osservazione ci riporta all'idea presentata in apertura di relazione dall'*ex* Presidente Gallo che, citando la decisione n. 317/09, scriveva di un «plus di tutela» offerto dalla CEDU. Anche in questi casi, comunque, sarebbe errato parlare di un totale ritorno indietro o di una contraddizione rispetto all'apertura delle sentenze gemelle del 2007.

Il fatto che la Corte costituzionale non sia tornata indietro è dimostrato proprio dall'attenzione alla giurisprudenza della Corte EDU: se la Consulta avesse davvero deciso di contraddirsi non avrebbe nemmeno citato gli argomenti della Corte di Strasburgo, piuttosto avrebbe fatto

---

<sup>63</sup> Corte cost., sentenza n. 278/2013.

<sup>64</sup> Corte cost., decisione n. 162/2014.

<sup>65</sup> A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al 'dialogo' con la Corte Edu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2014/0023\\_nota\\_162\\_2014\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0023_nota_162_2014_ruggeri.pdf); A. CIERVO, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, 2014, <https://diritti-cedu.unipg.it/>; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta OnLine*, 2014, <http://www.giurcost.org/studi/sorrenti3.pdf>; E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2013, [http://www.osservatorioaic.it/download/0Wv6GCHm\\_ubC5eWPyrNDoI6M\\_B8D2yYbl9zEuJ8s-zk/contributo-frontoni.pdf](http://www.osservatorioaic.it/download/0Wv6GCHm_ubC5eWPyrNDoI6M_B8D2yYbl9zEuJ8s-zk/contributo-frontoni.pdf).

<sup>66</sup> Corte EDU, *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012.

<sup>67</sup> Corte EDU *S.H. e altri c. Austria del 3 novembre 2011*.

<sup>68</sup> G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*, cit.

precedere la scelta di affidarsi al solo parametro nazionale da un *legal reasoning* tutto basato di argomenti di diritto interno. Questo punto è cruciale perché per esempio aiuta a distinguere il caso italiano da veri casi di totale chiusura verso il diritto internazionale dei diritti umani.

Alcuni casi di questo tipo sono rinvenibili, per esempio, nelle decisioni della Corte suprema russa (almeno stando ad un importante studio del 2004<sup>69</sup>, ma lo scenario non sembra essere molto cambiato anche alla luce di lavori più recenti pubblicati nel 2013<sup>70</sup>), in cui i riferimenti alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU sono sporadici. Interessante è anche il dibattito suscitato da una pronuncia emessa dalla Corte costituzionale russa nel 2015<sup>71</sup>, in cui quest'ultima ha richiamato alcune sentenze straniere (fra cui anche la n. 238/2014 della nostra Corte costituzionale) e che è stata commentata in modo ambivalente: mentre alcuni autori hanno visto nella stessa un uso strumentale di questi precedenti stranieri<sup>72</sup>, altri autori hanno sottolineato le analogie fra il ragionamento della Corte russa e quello di altre Corti supreme o costituzionali<sup>73</sup>. Più recentemente, nel maggio 2016, a seguito di una importante novità normativa, introdotta nel dicembre del 2015, che ha dato alla Corte costituzionale russa la possibilità di pronunciarsi sull'eventualità di non dare esecuzione agli obblighi derivanti da decisioni della Corte EDU<sup>74</sup>, nel caso in cui vi sia una violazione della Costituzione, la stessa Corte ha con-

---

<sup>69</sup> A.L. BURKOV, *Implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Russian Courts*, in *Russian Law: Theory and Practice*, 2006, 68, 69; A. NUBBERGER, *The Reception of the European Convention on Human Rights in Europe*, in A. STONE SWEET, H. KELLER (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008, 603, 622.

<sup>70</sup> A.L. BURKOV, *How to Improve the Results of a Reluctant Player: The Case of Russia and the European Convention on Human Rights*, in S. FLOGAITIS, T. ZWART, J. FRASER (eds.), *The European Court Of Human Rights And Its Discontents Turning Criticism into Strength*, Cheltenham-Northampton, 2013, 147, 150-151.

<sup>71</sup> Corte cost. russa, sent. n. 21-P/2015 del 14 luglio 2015.

<sup>72</sup> A. GUAZZAROTTI, RUSSIA. *La Russia, la CEDU e i controlimiti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/guazzarotti.pdf>.

<sup>73</sup> M. SMIRNOVA, *Russian Constitutional Court Affirms Russian Constitution's Supremacy over ECtHR Decisions*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 2015, <https://ukconstitutionallaw.org/2015/07/17/maria-smirnova-russian-constitutional-court-affirms-russian-constitutions-supremacy-over-ecthr-decisions/>: si veda anche A. DI GREGORIO, *(Ancora) sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea per i diritti umani in Russia. I contrasti tra i due ordinamenti e il ruolo della Corte costituzionale della FdR*, in *DIPEO*, 2015, <http://users2.unimi.it/dirpubbesteuropa/2015/07/ancora-sullesecuzione-delle-sentenze-della-corte-europea-per-i-diritti-umani-in-russia-i-contrast-i-tra-i-due-ordinamenti-e-il-ruolo-della-corte-costituzionale-della-fdr/>.

<sup>74</sup> E di altre corti e tribunali internazionali, dato che formula utilizzata fa riferimento a corti o tribunali internazionali per la tutela dei diritti e delle libertà dell'uomo.

cluso che la decisione della Corte EDU *Anchugov e Gladkov c. Russia*<sup>75</sup> fosse «impossible to enforce»<sup>76</sup>. Se, da un lato, in quest'ultimo caso sembra venire meno una delle caratteristiche della disobbedienza funzionale ricordate in apertura – l'accettazione della sanzione<sup>77</sup> – la decisione della Corte russa lascia aperti degli spiragli, come hanno riconosciuto alcuni commentatori<sup>78</sup>. Inoltre, il segretario generale del Consiglio d'Europa, Thorbjørn Jagland, ha osservato che «[the] judgment of the Constitutional Court suggests that there is a way to resolve the issue through a change of legislation which would alleviate the existing restrictions on the right to vote»<sup>79</sup>. Sulla base di quanto riportato da altri colleghi, invece, vi sarebbero almeno tre ragioni per dubitare della riconducibilità di questa decisione al concetto di disobbedienza funzionale: il richiamo

---

<sup>75</sup> Corte EDU, *Anchugov e Gladkov c. Russia*, ric. n. 11157/04 e 15162/2005, decisione del 4 luglio 2013.

<sup>76</sup> «The April 19 decision was the Constitutional Court's first on the enforceability of the ECtHR's judgments, since the Court's mandate was broadened by the December 2015 Amendments to the Federal constitutional law on the Constitutional Court of Russian Federation ('Amendments'). The Amendments concretized operative passages of the Constitutional Court's own July 14, 2015 judgment No 21-P that expressly recognized the Constitution's superiority over international treaties, and suggested a procedural mechanism empowering the Constitutional Court with the authority to determine whether a Strasbourg decision is incompatible with the Constitution, and is not to be implemented.», I. NUZOV, *Russia's Constitutional Court Declares Judgment of the European Court «Impossible» to Enforce*, in *I-CONNECT, Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 2016, <http://www.iconnectblog.com/2016/05/russias-constitutional-court-declares-judgment-of-the-european-court-impossible-to-enforce/>. Sulla riforma operata in Russia si veda il Parere della Commissione di Venezia, *Interim Opinion on the amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session*, 2016, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)016-e) e *Final Opinion on the amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session*, 2016, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282016%29016-e>.

<sup>77</sup> Come notava anche la Commissione di Venezia nel parere menzionato: «A possible declaration of unenforceability of a judgment of the European Court of Human Rights violates Article 46 of the European Convention on Human Rights, which is an unequivocal legal obligation and includes the obligation for the State to abide by the interpretation and the application of the Convention made by the Court in cases brought against it. The interpretation of ECHR by the Court, as reflected in its decisions/judgments, is as compulsory for the States parties as the decisions/judgments themselves and the ECHR per se. The freedom of choice as to the execution of judgments refers to the manner of execution, which is not absolute. The State has to execute; only the modality of execution may be at States' discretion, although even this discretion is not unfettered», *Interim Opinion*, cit.

<sup>78</sup> I. NUZOV, *Russia's Constitutional Court Declares*, cit.

<sup>79</sup> *News. Secretary General comments on Russian Constitutional Court judgment today*, 2016, <http://www.coe.int/en/web/secretary-general/-/secretary-general-comments-on-russian-constitutional-court-judgment-today>.

tutt'altro che accurato alle rilevanti fonti internazionalistiche<sup>80</sup>, l'apparente inesistenza di competenze simili in capo ad altre corti dei Paesi del Consiglio d'Europa e, soprattutto, la natura persistente e strutturale dei fenomeni di resistenza all'autorità della CEDU<sup>81</sup>.

### 3.5. *Distinzione fra giurisprudenza consolidata e non consolidata della Corte EDU*

Già nella sentenza n. 311/2009, la Corte costituzionale aveva sottolineato che «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea»<sup>82</sup>. Si tratta di un passaggio noto, basato su alcune problematiche distinzioni: alla (implicita) contrapposizione fra sostanza e forma della giurisprudenza europea si accompagna quella fra giurisprudenza consolidata e non della stessa Corte EDU. La sentenza n. 49/2015 ha, però, indubbiamente sviluppato quanto era stato accennato nella pronuncia del 2009, chiarendo che:

«Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla “giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente” (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), “in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza” (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di ap-

<sup>80</sup> N. CHAEVA *The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anbugov and Gladkov*, in *EJIL: Talk!*, 2016, <http://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/>. Dopo la menzionata decisione della Corte costituzionale russa la Commissione di Venezia ha pubblicato un altro Parere (*Final Opinion on the on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU-OJ\(2016\)002rev-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU-OJ(2016)002rev-f)).

<sup>81</sup> «A natural parallel can be made with the UK's stance on prisoner voting and the UK's continued failure to implement *Hirst v. UK*. However, even if this matter raised concerns as to the UK's membership of the CoE, it was strictly concerned with prisoner voting. More importantly, there have been no legal acts or mechanisms enforcing or finalising the UK's defiance of ECtHR judgements. The UK's position is merely political and is thus able to evolve. Russia's position on compliance with ECtHR judgements is radically different, as the open defiance of the binding nature of ECtHR judgements has become structural. Although the judgement of the Constitutional Court concerns the prisoners' right to vote, this issue has served as a good excuse for Russian authorities to put into practice the new law giving competence to the Constitutional Court with regard to ECtHR judgements generally.», N. CHAEVA *The Russian Constitutional Court*, cit.

<sup>82</sup> Corte cost. sentenza n. 311/2009.

prezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

È, pertanto, solo un «diritto consolidato», generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»<sup>83</sup>.

Questo passaggio ha dato origine a molte critiche. Fra le più autorevoli ricordiamo quella di Zagrebelsky, che ha contestato il fondamento della distinzione, ritrovato dalla nostra Consulta nell'art. 28 della CEDU, sostenendo che «la formula di *jurisprudence bien établie*, contenuta nell'art. 28/1 lett. b) della Convenzione e ricordata dalla Corte costituzionale, indica solo la condizione per l'adozione della procedura davanti ad un Comitato di tre giudici, che pronunciano una sentenza definitiva (escludendo quindi che sia ammissibile un ricorso alla Grande Chambre). Essa si riferisce ai casi ripetitivi, come ad esempio quelli relativi alla irragionevole durata delle procedure nazionali»<sup>84</sup>.

Nel voler distinguere fra giurisprudenza consolidata e non, la nostra Corte – ma, come vedremo, non è la sola nel panorama comparato – ha inteso distinguere il «peso» dei precedenti europei, attribuendo così effetti diversi a seconda della natura consolidata o meno della *case law* della Corte EDU. Come noto, infatti, «solo nel caso in cui si trovi in presenza di un 'diritto consolidato' o di una 'sentenza pilota', il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di 'ogni strumento ermeneutico a sua disposizione', ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)»<sup>85</sup>.

Infine, risulta ambiguo, e si tornerà su questo punto nella prossima sezione, l'accostamento delle «sentenze pilota» alla «giurisprudenza consolidata». L'accostamento è stato criticato perché improprio in quanto «le «sentenze pilota» (che hanno variegata natura e struttura) non presentano una particolare forza vincolante»<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 49/2015.

<sup>84</sup> V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio Costituzionale AIC, 2015, <http://www.osservatorioaic.it/download/20rFZFJ4SfxtOPnG6-JvyZ-gixkjIbfIbFQsTJbX4Bo/zagrebelsky-22015-.pdf>.

<sup>85</sup> Corte Cost., sentenza n. 49/2015.

<sup>86</sup> V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.



#### 4. *La sentenza n. 49/2015 «in contesto»*

Come si è ricordato in apertura, la sentenza n. 49 ha suscitato molte critiche; c'è chi l'ha definita una «controriforma»<sup>87</sup>, enfatizzando soprattutto gli elementi di rottura con le c.d. sentenze gemelle del 2007, o un «cattivo esempio» che, si spera, non faccia scuola<sup>88</sup>.

Chi scrive è convinto che sia, però, necessario leggere la sentenza n. 49/2015 in contesto, sia diacronicamente (tenendo conto, quindi, di continuità e discontinuità con il passato, anche e soprattutto alla luce di quanto scritto nella già richiamata relazione dell'*ex* Presidente Gallo), sia sincronicamente (alla luce, cioè, di quanto sostenuto da altre Corti costituzionali e supreme in Europa). Non si vuole qui difendere la Consulta o negare che la 49 sia ricca (anche) di passaggi infelici e ambiguità, tuttavia, alcune delle critiche mosse mi sembrano parzialmente superabili alla luce di una lettura che tenga conto di alcuni importanti fattori. Innanzitutto è solo parzialmente produttivo l'approccio «statico» che tende a cristallizzare nelle sentenze del 2007 la vera «riforma», tralasciando gli importanti mutamenti occorsi con riferimento al sistema CEDU dal 2007 a oggi. In secondo luogo, va ricordato quello che già nel 2009, nel commentare le sentenze n. 311 e 317/2009, Pollicino scriveva a proposito delle c.d. sentenze gemelle del 2007:

«Nelle decisioni del 2007 tutte le «energie argomentative» dei giudici costituzionali si erano concentrate nel dotare del massimo di persuasività possibile la tesi dell'impossibile accostamento tra il trattamento giudiziale riservato da parte dei giudici comuni, rispettivamente, al diritto comunitario ed al diritto CEDU. E, per ottenere questo obiettivo, non si poteva non puntare, come si è cercato di argomentare altrove, su argomentazioni caratteristiche del campo di gioco proprio della teoria delle fonti. Il che, peraltro, non ha impedito alla Corte di fare delle incursioni, per forza di cose minime, nel diverso campo, più attiguo di quanto si possa pensare, della teoria dell'interpretazione»<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIUDU*, 2015, [http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/1\\_paragrafo\\_1\\_ITA\\_e\\_CEDU\\_3\\_2015.pdf](http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/1_paragrafo_1_ITA_e_CEDU_3_2015.pdf).

<sup>88</sup> «Nessuno Stato europeo ha finora assunto una simile posizione, ma il (cattivo) esempio italiano potrebbe fare scuola, in un periodo in cui si appanna l'ideale di unificazione europea, di cui la Convenzione è stata storicamente il primo concreto momento», V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.

<sup>89</sup> O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c. 1, Cost. e bilanciamento «bidirezionale»: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*,

Si tratta di un punto centrale che ci ricorda come le risposte che i giudici danno dipendono dalla questione giuridica sottoposta e in quel caso la Consulta doveva affrontare lo spinoso problema dell'emersione di un controllo di convenzionalità diffuso. Indubbiamente le sentenze n. 348 e 349/2007 hanno rappresentato un punto di svolta, ma il momento innovativo non si è concluso in quei due tasselli giurisprudenziali che vanno letti, come in un ideale mosaico, tenendo conto degli sviluppi e aggiustamenti che la Consulta ha operato successivamente, ritornando «su quelle incursioni, ampliandone la portata fino a riassetare l'equilibrio complessivo dei rapporti tra diritto CEDU e diritto interno»<sup>90</sup>. Il contesto europeo è cambiato molto dal 2007: è entrato in vigore il Protocollo n. 14, è stata adottata la famosa Dichiarazione di Brighton, sono stati adottati i noti Protocolli n. 15 e 16 – e quest'ultimo ha, nel ragionamento della Consulta, un ruolo importante. Tutte queste innovazioni rispondono all'esigenza di coinvolgere gli operatori nazionali, dato che gli Stati, come ricordato del resto anche dal Protocollo n. 15, «in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto». Se allarghiamo lo sguardo ci rendiamo conto che nel 2009 è anche entrato in vigore il Trattato di Lisbona, il cui art. 6.3 TUE ha dato anche modo al Tribunale di Bolzano di interrogare la Corte di giustizia dell'UE sulle sorti del controllo di convenzionalità diffuso in Italia<sup>91</sup>. Se, da un lato, era fisiologico aspettarsi dei riassetamenti all'indomani delle sentenze gemelle – la migliore dottrina aveva subito sollevato alcuni interrogativi<sup>92</sup> – questi ulteriori fattori devono far riflettere e dubitare di approcci «statici» o «rigidi», che scorgono nelle 349 e 348 i modelli «puri» da cui non distaccarsi.

Con questo non si vuole negare che vi siano anche discontinuità; è noto, del resto, che la Corte costituzionale è tornata sul problema del

---

2009, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0031\\_nota\\_311\\_317\\_2009\\_pollicino.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0031_nota_311_317_2009_pollicino.pdf).

<sup>90</sup> O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento*, cit.

<sup>91</sup> CGUE, C-571/10, *Kamberaj*, in cui la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 6.3 TUE «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale» (par. 61-62). Di conseguenza: «Il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa» (par. 63).

<sup>92</sup> M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 203.

vincolo alla giurisprudenza CEDU. Un vincolo, questo, che era da subito apparso come pericoloso se interpretato in maniera eccessivamente rigida<sup>93</sup>. Si pensi a quanto sostenuto dalla Consulta nelle già ricordate decisioni n. 311 e 317 del 2009<sup>94</sup>. La Corte, come abbiamo visto, ha già altre volte disobbedito e lo ha fatto citando la giurisprudenza della Corte EDU e argomentando tale dissenso, almeno nei casi ricordati.

Se poi guardiamo ai quesiti sollevati dai giudici *a quibus*, ci rendiamo conto di quanto difficile fosse la posizione della Consulta, sospesa fra due ordinanze molto diverse fra loro, come ha ricordato Viganò:

«Mentre il Tribunale di Teramo chiede alla Corte costituzionale di superare il diritto vivente della Cassazione, e di adeguare così l'ordinamento italiano agli standard fissati dai giudici europei, la terza sezione della Cassazione chiede di cristallizzare quel medesimo diritto vivente, 'blindandolo' con il crisma della soluzione costituzionalmente necessaria a fronte dell'invadenza dei giudici di Strasburgo»<sup>95</sup>.

Chi scrive ritiene che gran parte di quanto riportato nella sentenza n. 49 sia soprattutto rivolto alla Corte di Cassazione – avrebbe senso, così, il riferimento al Protocollo n. 16, che toccherà le giurisdizioni nazionali superiori – che, piuttosto che superare il proprio diritto vivente, era pronta ad attivare il conflitto fra Corti. In questo senso, come ricordato da REPETTO, il ragionamento della Consulta «appare rivolto a ricercare una composizione tra gli orientamenti che i giudici *a quibus* avevano invece ricostruito in termini più marcatamente contrappositivi»<sup>96</sup>, mostrando come una lettura allo stesso tempo convenzionalmente e costituzionalmente conforme fosse possibile in quella sede. Indubbiamente la 49 è una sentenza frutto di una situazione di disagio – per altro diffuso anche fra altre Corti costituzionali e supreme – perché una delle conseguenze della genuina apertura del 2007 è stata il ritrovarsi a dover fare i conti con una giurisprudenza complessa e folta di cui essa non è l'interprete autentico, con il difficile compito di scorgere e dopo adattare (ecco che il riferimento all'immagine del *transplant* utilizzata dall'*ex* Presidente Gallo, nella relazione tenuta a Bruxelles, è illuminante<sup>97</sup>) al proprio con-

<sup>93</sup> Su queste e altre problematiche si veda: E. LAMARQUE, *Il vincolo delle leggi statali e regionali*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano, 2010, 178.

<sup>94</sup> Corte cost., sentenze n. 311 e 317/2009.

<sup>95</sup> F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, cit.

<sup>96</sup> G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU «consolidato»: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 2015, <http://www.rivistaaic.it/download/FpxPElxG6jta8dnDix5YlyJUMIUvd8SCCoMtbxkpU8/3-2015-repetto.pdf>.

<sup>97</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

testo il precedente europeo rilevante. Proprio la possibilità che le più alte giurisdizioni nazionali chiedano direttamente un parere (non vincolante) alla Corte di Strasburgo in caso di dubbio, allora – se e quando il Protocollo entrerà in vigore – risulta salvifica per la nostra Corte costituzionale. Certo, si dirà, il Protocollo 16 riguarderà soltanto le giurisdizioni superiori, non giudici come il Tribunale di Teramo. Ciò è indubbio, ma vale la pena ricordare come il principale interlocutore della Consulta nella 49 fosse la Cassazione, colpevole, fra l'altro, della formulazione di un quesito problematico, come rilevato da attenta dottrina<sup>98</sup>. Questa eccessiva attenzione nei confronti della Cassazione ha portato la Corte costituzionale ad una sentenza ambigua, in cui è stato forse anche il timore di sbagliare a suggerire la via dell'interpretazione conforme «sostenibile», in grado, cioè, di tenere insieme una lettura costituzionalmente e convenzionalmente guidata.

---

<sup>98</sup> «Così formulata, la questione si presta peraltro a qualche dubbio preliminare di ammissibilità, sotto il profilo della formulazione stessa del *petitum*. Il giudice remittente chiede alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001 «così come interpretato dalla Corte EDU» in Varvara, quando invece la Corte EDU non ha mai inteso interpretare una norma di legge italiana, non essendo tra l'altro suo compito farlo. La Corte EDU ha piuttosto il compito di interpretare e applicare le (sole) norme della Convenzione e dei suoi protocolli al caso di specie sottopostole dal ricorrente; e nel farlo essa si limita a prendere atto dell'interpretazione data alle norme interne dai giudici nazionali, valutando poi se tale interpretazione sia compatibile con gli obblighi convenzionali. Il che è proprio ciò che avvenuto in Varvara, ove la Corte EDU ha ritenuto che il 'diritto vivente' italiano (e più in particolare l'interpretazione fornita dalla Cassazione italiana all'art. 44, che consente l'adozione della confisca anche nel contesto di una pronuncia di proscioglimento per prescrizione) fosse in contrasto con gli artt. 7 e 1 prot. 1 CEDU. Per spingere la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti' – *rectius*, ad affermare con effetto *erga omnes* nell'ordinamento italiano che gli obblighi derivanti dalle citate disposizioni convenzionali, così come interpretati dalla Corte EDU, producono un risultato contrario alla Costituzione italiana – la terza sezione della Corte di cassazione avrebbe forse dovuto sollevare, piuttosto, questione di legittimità costituzionale degli stessi articoli 7 e 1 prot. 1 CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Varvara, nonché dell'art. 46 CEDU (dal quale discende, come è noto, la forza obbligatoria delle statuizioni della Corte per lo Stato soccombente) – disposizioni tutte incorporate nell'ordinamento italiano in forza della clausola di «piena e intera esecuzione» di cui legge n. 848/1955 – nella parte in cui da tali disposizioni discende il divieto per il giudice penale italiano di procedere alla confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva con una sentenza dichiarativa della prescrizione, che abbia tuttavia accertato il fatto di reato ai sensi dell'art. 44 co. 2 d.P.R. n. 380/2001. Il quesito avrebbe avuto così anche formalmente ad oggetto il problema su cui la Cassazione intende chiamare in causa la Consulta: e cioè la compatibilità del divieto enucleato dalla Corte EDU in Varvara con l'insieme dei principi costituzionali evocati dalla stessa Cassazione quale parametri del giudizio di legittimità», F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3128-confisca\\_urbanistica\\_e\\_prescrizione\\_a\\_strasburgo\\_il\\_re\\_nudo\\_a\\_proposito\\_di\\_cass\\_pen\\_sez\\_iii\\_ord\\_30\\_aprile\\_2014/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3128-confisca_urbanistica_e_prescrizione_a_strasburgo_il_re_nudo_a_proposito_di_cass_pen_sez_iii_ord_30_aprile_2014/).

Un'altra critica che è stata fatta alla Corte consiste nell'aver equiparato «giurisprudenza consolidata» e «sentenza pilota»<sup>99</sup> ma, anche qui, è difficile capire cosa davvero avessero in mente i giudici costituzionali. Una lettura in contesto, alla luce di quanto detto dal Presidente emerito Gallo nella più volte citata relazione di Bruxelles, ci suggerisce un'interpretazione diversa: piuttosto che scorgere nelle sentenza pilota un esempio di giurisprudenza consolidata, la Consulta voleva probabilmente sostenere che, per ragioni diverse, anche le sentenze pilota presentano una efficacia particolare (il Presidente emerito Gallo le ricordava per sottolineare il parziale superamento di quelle differenze strutturali menzionate fra Corte EDU e Corte costituzionale italiana<sup>100</sup>) che le rende in qualche modo utilizzabili al di là della situazione che le ha originate, grazie alla possibilità di «estendere in talune ipotesi la *ratio decidendi* della propria decisione»<sup>101</sup>. Detto in altro modo, la Corte costituzionale forse non voleva dire che le sentenze pilota nascono da giurisprudenza costante, quanto sottolineare come esse presentino degli effetti particolari (al di là della correttezza di tale ricostruzione). La Consulta è stata anche criticata per avere «bacchettato» la Corte di Cassazione in quanto il quesito posto da quest'ultima «presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU»<sup>102</sup>.

Questo passaggio è stato visto come particolarmente aggressivo ma, in realtà, si possono trovare affermazioni del tutto simili anche nella stessa giurisprudenza della Corte EDU. Per esempio, nella decisione *Hutchinson*, espressamente si dice che «in the circumstances of this case where, following the Grand Chamber's judgment in which it expressed doubts about the clarity of domestic law, the national court has specifically addressed those doubts and set out an unequivocal statement of the legal

<sup>99</sup> Per esempio, R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit. «I casi delle c.d. sentenze pilota, d'altra parte, non nascono dall'esistenza di una giurisprudenza costante e consolidata della Corte stessa, ma dalla ripetitività dei casi che vengono al cospetto di quel Giudice, tanto da indurlo ad adottare una decisione».

<sup>100</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

<sup>101</sup> «Attraverso la descritta procedura la Corte EDU – pur rimanendo prevalentemente giudice del «caso» – può estendere in talune ipotesi la *ratio decidendi* della propria decisione, da un lato, segnalando i rimedi che lo Stato dovrebbe adottare.

Per ovviare alla violazione dei diritti fondamentali o per evitare che tale violazione continui a determinarsi in futuro; dall'altro lato, operando scopertamente come lawmaker nell'arena dei poteri pubblici europei», F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

<sup>102</sup> Corte Cost. sentenza n. 49/2015.

position, the Court must accept the national court's interpretation of domestic law»<sup>103</sup>. Come dire, quello contenuto nella 49 era un passaggio dovuto a ricordare alla Cassazione la divisione del lavoro fra Corte costituzionale e Corte EDU.

Oltretutto, e questo vale anche per il riferimento all'oggetto della questione di costituzionalità (non l'art. 44, comma, 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, ma la legge 4 agosto 1955, n. 848), si tratta di un ragionamento che può essere spiegato alla luce della nota finzione dualista adottata dalla Consulta.

Proprio l'ottica dualista e l'astratta distinzione di ruoli ha portato la Consulta a insistere sul predominio assiologico, funzionalizzando, dal proprio punto di vista, l'interpretazione conforme a Convenzione a quella conforme a Costituzione e cercando, alla luce del principio pluralista che ispira la CEDU, di avanzare una diversa interpretazione, partecipando così al dialogo con la Corte di Strasburgo. La Consulta vede nella Corte EDU un alleato (perché può apportare con le sue pronunce quel «valore aggiunto» di cui si è già detto<sup>104</sup>), ma si percepisce come altro dal suo interlocutore (e qui si torna a quanto scritto in apertura sulla prospettiva del pluralismo costituzionale), perché guardiano di un ordinamento che ha molto a che vedere – assiologicamente parlando – con quello della CEDU, ma che presenta anche una identità propria.

Sono due, comunque, i principali motivi che hanno portato la dottrina a criticare la sentenza n. 49 e su cui è difficile non essere d'accordo: il problema del «vincolo» alla giurisprudenza non consolidata e la natura degli indicatori forniti dalla Corte costituzionale per orientare i giudici italiani nel ginepraio giurisprudenziale della Corte EDU. Anche qui, tuttavia, è importante evitare conclusioni estreme. Per quanto riguarda gli indicatori, è indubbiamente vero che essi rischiano di confondere il giudice comune. Come è stato giustamente scritto si tratta di criteri «scarsamente intellegibili e suscettibili di critica»<sup>105</sup>; va, però, ricordato che i rapporti fra Corti europee e nazionali si sono spesso alimentati di linee guida come queste<sup>106</sup> e, in questo senso, probabilmente la Corte costitu-

---

<sup>103</sup> Corte EDU, *Hutchinson v. the UK* (ric. n. 57592/08) del 3 febbraio 2015.

<sup>104</sup> Corte cost., sentenza n. 317/2009.

<sup>105</sup> G. SORRENTI, *Sul triplice*, cit.; Si vedano anche le critiche di D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota\\_49\\_2015\\_tega.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota_49_2015_tega.pdf).

<sup>106</sup> Allo stesso tempo, il rapporto fra Corti si è spesso alimentato di *test* altrettanto ambigui, basti ricordare qui cosa la dottrina scrisse all'indomani di CILFIT (Corte giust, C-283/81, Cilfit Srl e Lanificio Di Gavardo Spa, *Racc.*, 3415) e dei criteri individuati dalla Corte

zionale non mancherà di intervenire per ritoccarle progressivamente. Più interessante è il problema del vincolo. A tal proposito la Corte costituzionale così scriveva:

«Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una «sentenza pilota» in senso stretto [...] Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un «diritto consolidato» o di una «sentenza pilota», il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)»<sup>107</sup>.

Una delle ragioni per cui è necessario contestualizzare, anche in chiave sincronica, la 49 deriva proprio dal beneficio che l’interprete in casi come questo può trarre dalle giurisprudenze di altri ordinamenti. Molti commentatori hanno fatto discendere da passaggi come quelli appena riportati l’assenza, in mancanza di giurisprudenza consolidata, di vincoli o «obblighi» per il giudice comune nel rapportarsi alla giurisprudenza della Corte EDU. Si è scritto che, in questo modo, si sarebbe «definitivamente depotenziato il ruolo della Corte di Strasburgo, resa assai vulnerabile, in fase ascendente, fino al punto di non potere costituire un punto di riferimento valido sul piano ermeneutico per i giudici comuni in assenza di decisioni consolidate relative a fattispecie identiche che si pongono al giudice interno e parimenti contratta, in fase discendente, attraverso un uso esasperato e non sempre ortodosso, del margine di apprezzamento»<sup>108</sup>. Probabilmente queste conclusioni discendono da alcuni passaggi oggettivamente infelici della sentenza, come il seguente,

---

di Lussemburgo. Ovviamente, il parallelismo con CILFIT è relativo: in CILFIT era la stessa Corte di giustizia a dare ai giudici nazionali delle linee guida per distinguere all’interno della propria giurisprudenza, qui, invece, abbiamo una corte nazionale che pretende di fornire dei criteri utili alla lettura della giurisprudenza della Corte EDU. Su CILFIT e sulle critiche che causò si vedano: P. CRAIG, *The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto Frost*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO *The past and the future of EU law. The Classics of EU law on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, 185. D. EDWARD, *CILFIT and Foto Frost in their Historical and Procedural Context*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO *The past and the future*, cit., 173.

<sup>107</sup> Corte Cost., sentenza n. 49/2015.

<sup>108</sup> R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit.

da cui sembrerebbe potersi desumere, *a contrario*, l'astratta possibilità di ignorare l'interpretazione della Corte di Strasburgo in assenza di giurisprudenza consolidata:

«Tuttavia, sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost. [...] Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione»<sup>109</sup>.

Tuttavia, mi pare che la ricostruzione più appropriata sia un'altra che tenga conto della distinzione, particolarmente nota nel Regno Unito, tra «to be bound» (essere vincolato) e «to take into account» (prendere in considerazione). Come vedremo nella prossima sezione, l'assenza di vincolo non conduce a rendere inutilizzabile, per il giudice comune, la giurisprudenza non consolidata della Corte EDU, né, tanto meno, questa cessa di essere un punto di riferimento dal punto di vista ermeneutico. Il giudice comunque dovrà, in ogni caso, tenere in considerazione questa *case law*, dovrà cercare di dare un'interpretazione «aperta» (alla luce della CEDU) del proprio diritto

In questo la distinzione fra interpretazione e argomentazione è cruciale nelle dinamiche di disobbedienza funzionale, come vedremo fra poco. Oltretutto, la Corte costituzionale nella stessa sentenza n. 49 dimostra di non ignorare la giurisprudenza non consolidata della Corte EDU, facendo i conti con la stessa e giungendo ad una interpretazione doppiamente conforme.

Quest'ultimo argomento mi pare decisivo.

## 5. *Uno sguardo al diritto comparato*

Prima di procedere oltre si ritiene necessario prendere posizione sulla natura dell'obbligo di interpretazione conforme<sup>110</sup>: come il diritto

<sup>109</sup> Corte cost., sentenza n. 49/2015.

<sup>110</sup> Per due diverse visioni dell'interpretazione conforme (con riferimento al diritto europeo) si vedano: LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, l'interpretazione 'conforme a'*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2007, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=8314>; A. RUGGERI,



comparato dimostra, l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU – e alla giurisprudenza della Corte EDU – è di natura procedurale<sup>111</sup> o, detto in altre parole, non si tratta di un obbligo di risultato ma di mezzo<sup>112</sup>.

Affermare il contrario avrebbe come risultato (paradossale) quello di ammettere che il giudice nazionale sia obbligato a «trovare» un'interpretazione conforme anche a costo di andare contro la lettera della disposizione nazionale (o contro la giurisprudenza consolidata dell'interprete supremo della Convenzione). Del resto i diversi sistemi nazionali *aprendosi* al diritto della CEDU hanno anche ideato la sanzione all'eventuale impossibilità di concludere per una lettura armonica fra testo nazionale e disposizione convenzionale, vuoi riconoscendo l'opzione della disapplicazione «diffusa» (Olanda *ex art. 94 della Grondwet*<sup>113</sup>, Francia *ex art. 55 della Costituzione*<sup>114</sup>), vuoi attraverso il coinvolgimento della Corte costituzionale, come nel disegno delle sentenze gemelle del 2007<sup>115</sup>.

Si tratta di un elemento che mi pare chiarissimo fin dalle sentenze 348 e 349 del 2007: come si ricordava nella relazione dell'*ex* Presidente Gallo<sup>116</sup>, il giudice nazionale deve interpretare la normativa interna in modo conforme alla CEDU «a pena di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, qualora detto tentativo non sia reso impossibile dal vincolo testuale dalla *littera legis* e non si sia formato un diritto

---

*Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed «euro-peizzazione») della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, 2010, <http://archivio.rivistaaic.it/rivista/2010/00/RUGGERI01.pdf>. Per una visione d'insieme: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006 e A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011.

<sup>111</sup> Espressamente si veda: E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, 2011, [http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato\\_corsi.aspx?File\\_id\\_allegato=847](http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=847).

<sup>112</sup> A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Interpretazione comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur. it.*, 2010, 1983.

<sup>113</sup> Art. 94: «Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions».

<sup>114</sup> Art. 55: «I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, appena pubblicati, un'efficacia superiore a quella delle leggi, con la riserva, per ciascun accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte contraente».

<sup>115</sup> Per una rassegna comparata: G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction*, cit.; G. MARTINICO, *Is The European Convention Going To Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR And EU Law Before National Courts*, in *European Journal of International Law*, 2012, 401.

<sup>116</sup> F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

vivente di segno contrario all'interpretazione che si conforma alla CEDU»<sup>117</sup>.

Conferme della natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme si ritrovano, come anticipato, nel diritto comparato: ad esempio in una famosa ordinanza del 2004 della Corte costituzionale tedesca<sup>118</sup>, all'indomani della pronuncia *Görgülü c. Germania*, n. 74969/01 della Corte EDU<sup>119</sup> e, soprattutto, nella sezione 3 dello *Human Rights Act* del 1998, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme avviene «so far as it is possible to do so».

Come noto, negli ultimi anni i giudici nazionali del Regno Unito sono stati protagonisti di accesi scambi con la Corte EDU ed in questo senso non sembrano essere servite – a prima vista almeno – le disposizioni dello *Human Rights Act* del 1998 che dovevano, in teoria, alimentare dinamiche giudiziali di tipo cooperativo. Ci si sta riferendo, ovviamente, alla famosa sezione 2 che stabilisce quanto segue:

«A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any-

(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights,

(b) opinion of the Commission given in a report adopted under Article 31 of the Convention,

(c) decision of the Commission in connection with Article 26 or 27(2) of the Convention, or

(d) decision of the Committee of Ministers taken under Article 46 of the Convention,

whenever made or given, so far as, in the opinion of the court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which that question has arisen».

<sup>117</sup> L'ex Presidente Gallo citava le seguenti decisioni a sostegno: Corte cost. n. 257, 236, 187, 181 e 113 del 2011, 93 del 2010, 311 e 239 del 2009, 39 del 2008, 349 e 348 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011.

<sup>118</sup> 2 BvR 1481/04. Un cittadino turco, ma residente in Germania, si era visto negare l'affidamento del figlio, nato al di fuori del matrimonio, che era stato dato in adozione dalla madre subito dopo la nascita. Il padre presentava senza successo un ricorso diretto al Tribunale costituzionale tedesco, quindi provava la strada del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che riteneva che le decisioni dei giudici tedeschi (che avevano negato l'affidamento, anche temporaneo, del figlio, e la possibilità di vederlo) si fondassero su una violazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU). Sulla base di quanto deciso dalla Corte EDU, il giudice di prima istanza riconosceva in via provvisoria l'affidamento al ricorrente, ma la Corte d'Appello lo sospendeva sostenendo di non essere vincolata dalla pronuncia della Corte di Strasburgo. In seguito a tale decisione della Corte d'Appello, il ricorrente presentava un nuovo ricorso al Tribunale costituzionale tedesco. Su questa decisione si veda: F. PALERMO, *Il Tribunale*, cit.

<sup>119</sup> Corte EDU, *Görgülü c. Germania*, del 26 febbraio 2004.

L'ambigua formula «take into account» (che alcuni distinguono dall'essere vincolati, «be bound»<sup>120</sup>) è stata oggetto di varie interpretazioni, che differiscono per il margine riconosciuto al giudice nazionale di andare oltre («outpace») o di discostarsi («depart») da un precedente della Corte europea<sup>121</sup>. Una prima conferma dell'utilità della comparazione ci viene da quanto sostenuto da Lord Bingham nel caso *R (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator*<sup>122</sup>: «While [Strasbourg] ... case law is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court».

Anche se Lord Bingham in seguito aggiungeva che «the duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less»<sup>123</sup>, si può notare subito come anche nel Regno Unito si distingua fra giurisprudenza costante e non costante della Corte EDU. Per la definizione del contenuto della sezione 2 sono importantissimi due famosi casi decisi fra il 2009 ed il 2010 dalla Corte Suprema.

La prima decisione a cui si fa riferimento è il famoso caso *Horncastle*<sup>124</sup>, in cui la Corte suprema ha chiarito la necessità di distinguere fra il

---

<sup>120</sup> «Should the Supreme Court follow clear and constant Strasbourg jurisprudence even where it disagrees with it? The second and third camps would clearly say yes, with some exceptions, while reiterating that judges are not bound by Strasbourg», H. FENWICK, *What's Wrong with s. 2 of the Human Rights Act?*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 2012, *What's Wrong with s. 2 of the Human Rights Act?*

<sup>121</sup> Sulle possibili letture del concetto di «take into account» si veda: H. FENWICK, *What's Wrong with*, cit.

<sup>122</sup> House of Lords, *R (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323, 350, par. 20.

<sup>123</sup> «This reflects the fact that the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less», House of Lords, *R (Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323, 350, par. 20. Su queste tematiche si veda P. MARTINO, «Now it is our time to speak»: *i giudici supremi del Regno Unito e il dialogo rivelatore*, in P. MARTINO (a cura di), *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, Rimini, 2014, 83, 108.

<sup>124</sup> UK Supreme Court, *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14.

mero obbligo (procedurale) di «take into account» la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la possibilità, per i giudici nazionali, di discostarsi dalla soluzione avanzata dalla Corte europea, dando argomenti che permettano alla stessa Corte di Strasburgo di riconsiderare la propria decisione:

«[t]he requirement to 'take into account' the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case»<sup>125</sup>.

Analizzando questo famosissimo passaggio si possono trarre alcune interessanti riflessioni: la Corte suprema inizia il proprio ragionamento adempiendo all'obbligo procedurale previsto dalla sezione 2 dello HRA ma, allo stesso tempo, si premura di distinguere fra interpretazione dei *Convention rights* (che deve, appunto, avvenire alla luce della giurisprudenza di Strasburgo) ed applicazione del principio stabilito dall'interprete della Convenzione al caso concreto. Quando la Corte di Strasburgo avrà dimostrato di non avere sufficientemente apprezzato le peculiarità del contesto interno, la Corte suprema potrà decidere – spiegando le proprie ragioni – di non seguire la soluzione adottata dalla Corte EDU. Si tratta, a ben vedere, di una forma di disobbedienza funzionale ad una miglior interpretazione del dato convenzionale, come si affretta a chiarire la stessa Corte suprema, in quanto volta al raggiungimento di uno scambio di argomenti (la Corte del Regno Unito utilizza espressamente il termine «dialogo»<sup>126</sup>), finalizzato ad una interpretazione più «pluralista», e quindi meno «egemonica», della Convenzione (per recuperare le categorie di Delmas Marty<sup>127</sup>). Si possono quindi identificare due grandi argo-

<sup>125</sup> UK Supreme Court, *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14.

<sup>126</sup> Si veda: C. MURPHY, *Human Rights Law and the Perils of Explicit Judicial Dialogue*, in *Jean Monnet Working Paper* 10/12, 2012, <http://jeanmonnetprogram.org/paper/human-rights-law-and-the-challenges-of-explicit-judicial-dialogue/>. Si veda anche: BRATZA, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, 505 s.; S. LAMBRECHT, *Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2014, 407.

<sup>127</sup> M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, cit.

menti adottati a sostegno di atti di disobbedienza funzionale: una non corretta lettura del dato interno (che può, a sua volta, sfociare sia nella ricostruzione errata del consenso a livello statale sia nella negazione del margine di apprezzamento) oppure una interpretazione del dato convenzionale che produce risultati irragionevoli una volta «trapiantata» in ambito statale.

In entrambi i casi si tratta di reazioni volte a suscitare un adeguamento dell'interpretazione della Convenzione, essendo il principio pluralista (su cui si innesta anche la nota dottrina del margine di apprezzamento) un pilastro del sistema della CEDU<sup>128</sup>.

Nella seconda decisione cui prima si faceva riferimento la stessa Corte suprema andava oltre, utilizzando alcune espressioni che potrebbero richiamare alla memoria la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa saga *Solange*<sup>129</sup>:

«This Court is not bound to follow every decision of the ECtHR. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue ... which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber ... Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reason-

<sup>128</sup> Di nuovo il riferimento è a: M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, cit.

<sup>129</sup> Ci si riferisce alla famosa saga iniziata con la nota decisione *Solange I*, in cui il giudice tedesco si dichiarava competente a sorvegliare il processo di integrazione europea «as long as the integration process has not progressed so far that Community law receives a catalogue of fundamental rights decided on by a parliament and of settled validity, which is adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law» (BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*). I pilastri su cui si fondava l'assunto della Corte costituzionale tedesca erano l'assenza di un catalogo di diritti e di un parlamento democraticamente eletto, elementi questi riconducibili all'essenza della più famosa definizione di Costituzione (separazione dei poteri e protezione dei diritti) in Europa, quella contenuta nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Era evidente in quelle parole una presa di posizione circa la superiorità del modello costituzionale statale sul processo integrativo, come le considerazioni fatte dalla Corte tedesca sul deficit democratico sovranazionale dimostrano: «The Community still lacks a democratically legitimated parliament directly elected by general suffrage which possesses legislative powers and to which the Community organs empowered to legislate are fully responsible on a political level». *Solange I* rappresentava, del resto, una reazione a distanza alla pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, in *Racc.*, 1970, 1125 – in cui la Corte di giustizia non aveva ammesso deroghe (nemmeno dettate dai principi costituzionali nazionali) all'uniforme applicazione del principio del primato: le Corti costituzionali nazionali hanno risposto ponendo il veto dei diritti fondamentali (si pensi anche alla sentenza 183/1973 della Corte costituzionale italiana).

ing does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line»<sup>130</sup>.

In *Manchester City Council* la Corte Suprema sembra andare oltre il caso italiano, insinuando, a ben vedere, la possibilità di non dare seguito alla giurisprudenza della Corte EDU, anche in casi di giurisprudenza chiara e costante, nel caso in cui quest'ultima (lo si evince in negativo dal testo riportato) non fosse coerente con alcuni «fundamental substantive or procedural aspect of our law».

Al di là delle differenze esistenti fra le due pronunce, rimane il nucleo comune rappresentato dal riferimento esplicito all'idea di dialogo e dalla distinzione fra «interpretazione» ed «argomentazione»<sup>131</sup>.

Si tratta di decisioni che si innestano in un contesto articolato, in cui non sono mancate esplicite accuse contro il giudice di Strasburgo, reo di essere andato al di là del proprio mandato; basti qui, ad esempio, ricordare le polemiche seguite alla decisione *Hirst*<sup>132</sup> (che avrebbe messo in discussione la stessa idea di supremazia parlamentare) o richiamare le famose parole di Lord Hoffmann nel corso della *Judicial Studies Board Annual Lecture* del 2009<sup>133</sup>.

Come noto, anche alla luce di questi fenomeni, è iniziato un complesso processo di ripensamento della stessa funzione della Corte europea dei diritti dell'uomo e della sua relazione con i giudici nazionali, che ha portato alla stesura del Protocollo n. 15, documento che introduce un

<sup>130</sup> UK Supreme Court, *Manchester City Council v. Pinnock* [2010] UKSC 45.

<sup>131</sup> Su questa distinzione, fra gli altri, si veda: R. ALEXI, *Interpretazione giuridica* (voce), in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996, [http://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-giuridica\\_%28Enciclopedia\\_delle\\_scienze\\_sociali%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-giuridica_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/).

<sup>132</sup> Corte EDU, *Hirst v. the United Kingdom (No 2)* [2005] ECHR 681.

<sup>133</sup> «The fact that the 10 original Member States of the Council of Europe subscribed to a statement of human rights in the same terms did not mean that they had agreed to uniformity of the application of those abstract rights in each of their countries, still less in the 47 states which now belong. The situation is quite different from that of the European Economic Community, in which the Member States agreed that it was in their economic interest to have uniform laws on particular matters which were specified as being within European competence. On such matters, the European institutions, including the Court of Justice in Luxembourg, were given a mandate to unify the laws of Europe. The Strasbourg court, on the other hand, has no mandate to unify the laws of Europe on the many subjects which may arguably touch upon human rights... The proposition that the Convention is a «living instrument» is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by 'European public order'», LORD HOFFMANN, *Judicial Studies Board Annual Lecture, The Universality of Human Rights*, 2009, <http://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/bij/BIIJ2013/hoffmann.pdf>.

esplicito riferimento al concetto di margine di apprezzamento e di sussidiarietà.

Sarebbe un errore pensare che si tratti di fenomeni limitati al contesto inglese: rileggendo con attenzione le parole utilizzate dalla Corte suprema non possono che venire in mente quelle usate anche dalla nostra Corte costituzionale nella decisione 49, specialmente nella parte in cui la Consulta rivendicava il ruolo di interlocutrice per una migliore interpretazione del testo convenzionale, utilizzando la metafora del dialogo<sup>134</sup>:

«È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali»<sup>135</sup>.

Casi interessanti, che dimostrano l'emersione di analoghe tecniche di disobbedienza nella giurisprudenza di altri Paesi, vengono anche dalla Germania, basti pensare alla già menzionata ordinanza del 2004 della Corte costituzionale tedesca<sup>136</sup>, all'indomani della pronuncia *Görgülü c.*

---

<sup>134</sup> «È, pertanto, solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo.

Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera», Corte cost., sentenza n. 49/2015.

<sup>135</sup> Corte cost., sentenza n. 49/2015.

<sup>136</sup> 2 BvR 1481/04.

Germania, n. 74969/01 della Corte EDU<sup>137</sup>, in cui, per esempio, la Corte costituzionale distingue fra il proprio tipo di bilanciamento e quello realizzato dalla Corte di Strasburgo. Si tratta di una ordinanza nota anche in Italia e, come ricordava PALERMO, nel suo commento ai par. 57 e ss. dell'ordinanza, il diverso modo di costruire e operare il bilanciamento è dovuto innanzitutto alla «struttura del processo davanti alla Corte di Strasburgo, in cui le parti sono diverse e meno numerose rispetto al processo nazionale, non essendo rappresentati tutti i titolari dei diritti oggetto di valutazione bilanciata ma solo (almeno come parti principali) il ricorrente contro lo Stato. Ciò può condurre a un eccesso di semplificazione nel bilanciamento dei diritti davanti alla Corte europea, dovuto alla mancata rappresentanza processuale di tutti gli interessi in gioco»<sup>138</sup>, specialmente per una serie di ambiti richiamati dalla Corte costituzionale tedesca attraverso quella che è stata chiamata una «teoria selettiva dei controlimiti»<sup>139</sup>. Questa ordinanza va letta alla luce della saga *Hannover*<sup>140</sup> e del caso *Axel Springer*<sup>141</sup>, in cui giudici tedeschi e Corte di Strasburgo si erano confrontati a distanza, scambiandosi argomenti sul diverso modo di intendere il concetto di «personaggio pubblico» e sul differente modo di bilanciare libertà di stampa e riservatezza<sup>142</sup>.

Del resto, come la dottrina ha più volte sottolineato<sup>143</sup>, non è la prima volta che la nostra Corte costituzionale cerca di esercitare una fun-

<sup>137</sup> Corte EDU, Görgülü c. Germania, del 26 febbraio 2004.

<sup>138</sup> PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

<sup>139</sup> PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

<sup>140</sup> In quell'occasione i due giudici avevano dato interpretazioni profondamente diverse del diritto alla riservatezza e del diritto alla personalità, sconfessandosi a vicenda. Il Tribunale costituzionale tedesco approfittava allora dell'ordinanza qui richiamata per chiarire i rapporti di forza. Per la prima volta (e, non a caso forse, in un terreno lontano dal consueto) il Tribunale tedesco specificava quali fossero gli ambiti *off limits*: il diritto degli stranieri, il diritto di famiglia e il diritto della personalità. Corte EDU, *von Hannover v. Germany I* ric. n. 59320/00, decisione del 24 giugno 2004; *von Hannover v. Germany II* ric. n. 40660/08 e 60641/08, decisione del 7 febbraio 2012; *von Hannover v. Germany III* ric. n. 8772/10, decisione del 19 settembre 2013.

<sup>141</sup> Corte EDU, *Axel Springer* ric. n. 39954/08, decisione del 7 gennaio 2012.

<sup>142</sup> Sulle interazioni giudiziali (anche dialogiche) fra giudici tedeschi e Corte EDU in questa saga si veda: CENTRE FOR JUDICIAL COOPERATION, *Judicial Interaction Techniques. Their Potential and Use in European Fundamental Rights Adjudication*, 2014, <http://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/JUDCOOPdeliverables/FinalHandbookUseofJudicialInteractionTechniquesinthefieldofEFRs.pdf>.

<sup>143</sup> A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, 2012, <http://www.diritticomparati.it/2012/12/la-consulta-rimette-abilmente-a-punto-la-strategia-dei-suoi-rapporti-con-la-corte-edu-e-indossando-l.html>.



zione «critica» in senso proprio, tentando di valorizzare il «limite»<sup>144</sup>, il confine fra essa e la Corte EDU e rivendicando, allo stesso tempo, un ruolo nel sistema «complesso» del diritto europeo<sup>145</sup>. Queste riflessioni ci riportano agli studi sull'organizzazione ricordati in apertura e all'importanza che la dialettica fra ordine e disordine ha con riferimento a ciò:

«Organization without disorder leads to a sterile, homogenous system where no change and innovation is possible. Complete disorder without order precludes organization»<sup>146</sup>.

Si tratta quindi di responsabilizzare a pieno il ruolo dei giudici nazionali, specie delle Corti supreme e costituzionali senza garantire loro, però, la possibilità di celare posizioni retrograde e sovraniste dietro il pretesto di una dialettica di facciata.

Si tratta, al contrario, di disaccordi interpretativi che a volte effettivamente riescono ad indurre un ripensamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: basti comparare le già citate *Hannover I* e *Hannover II*<sup>147</sup>, oppure ricordare il recente caso *Hutchinson*<sup>148</sup> in materia di ergastolo.

## 6. Conclusioni

In questo contributo si è cercato di esplorare la funzione che i conflitti e la disobbedienza possono svolgere nel rapporto fra la Corte costi-

<sup>144</sup> In qualche modo coerentemente con l'insegnamento kantiano: ci si riferisce alle nozioni di limite (*Grenze*) e di linea di confine (*Grenzlinie*). Su questo si veda: A. GENTILE, *Ai confini della ragione. La nozione di limite nella filosofia trascendentale di Kant*, Roma, 2004.

<sup>145</sup> Per ragioni di spazio sia permesso rinviare a: G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Abingdon, 2012.

<sup>146</sup> A. MONTUORI, *Foreword: Edgar Morin's path of complexity*, I-XLIV, XXXIV, 2008, [http://www.intelligence-complexite.org/fr/bibliotheque/bibliotheque-du-ric/ouvrage/on-complexity.html?tx\\_mcxapc\\_pi1%5Baction%5D=ouvrageDetail&cHash=c3c1c4b7e5af7c38bfd2840c667af785](http://www.intelligence-complexite.org/fr/bibliotheque/bibliotheque-du-ric/ouvrage/on-complexity.html?tx_mcxapc_pi1%5Baction%5D=ouvrageDetail&cHash=c3c1c4b7e5af7c38bfd2840c667af785).

<sup>147</sup> Come notato anche da A. PETERS, *The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline*, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2341611](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2341611): «In the follow up case von Hannover No. 2, the ECtHR conceded to some of these arguments. First, it pointed out that national courts enjoyed a margin of appreciation on balancing the particular rights involved in the case. Second, the Court established that it could reconsider this balancing only in cases where the balancing that had resulted was artificial and arbitrary».

<sup>148</sup> Corte EDU, *Hutchinson v. the UK* (ric. n. 57592/08) del 3 febbraio 2015. La Court of Appeal, all'indomani della nota decisione *Vinter* della Corte EDU (Corte EDU, *Vinter* e altri c. Regno Unito (ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10), aveva espresso il proprio dissenso ricostruendo in maniera corretta il dato normativo interno.

tuzionale e la Corte EDU, tentando di leggere in contesto la decisione n. 49/2015. Come si è tentato di dimostrare, questa sentenza può essere letta alla luce di un quadro più ampio, in cui vari giudici nazionali interagiscono su base regolare con Carte e Corti formalmente appartenenti ad ordinamenti esterni ma, in realtà, parte del complesso normativo che sono tenuti a prendere in considerazione («to take into account») e, nei limiti del possibile, ad applicare<sup>149</sup>.

Definendo quindi «procedurale»<sup>150</sup> l'obbligo di interpretazione conforme non si intende sminuire assolutamente l'incombenza spettante al giudice statale; al contrario, si tratta proprio di rendere riconoscibile e trasparente (nei limiti dati dall'assenza – talvolta – di opinioni dissenzienti o concorrenti) il percorso argomentativo seguito dal giudice che, rendendo *pubbliche* le scelte di seguire o di non seguire una certa interpretazione, si espone, così, ad un vero e proprio controllo. È questa l'idea di chi vede nel dialogo fra giudici appartenenti a livelli diversi una concretizzazione del principio del *checks and balances*<sup>151</sup>.

Per distinguere fra casi di disobbedienza «funzionale» e «non»<sup>152</sup>, sarà necessario allora prestare attenzione al *legal reasoning* delle corti nazionali e questo mi riconduce al punto relativo alla natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme. Anche qui il diritto comparato ci offre soluzioni: nella più volte richiamata ordinanza post- *Görgülü* il Tribunale costituzionale tedesco ricordava come la *Legge fondamentale* (art. 23 e 24), riconoscendo un *favor* alle disposizioni internazionali e sovranazionali, sia un testo «aperto». Ciò comporta l'obbligo per il giudice tedesco di tenere in debito conto la normativa e la giurisprudenza CEDU e dunque di interpretare le norme interne in maniera conforme ad esse,

<sup>149</sup> Del resto, come dimostra anche la sentenza n. 84 del 2016 della Corte cost., la 49 non ha rotto i ponti fra Roma e Strasburgo; vale la pena allora di aspettare e vedere come si evolveranno i rapporti fra interpreti. Su questa sentenza si veda: E. CHIEREGATO, *La resistenza del divieto di donazione di embrioni alla ricerca scientifica tra margine di apprezzamento europeo e deferenza al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, [http://www.forum-costituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/nota\\_84\\_2016\\_chieregato.pdf](http://www.forum-costituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/nota_84_2016_chieregato.pdf).

Ovviamente non sono mancate nemmeno tensioni all'indomani della 49. Si possono citare, ad esempio, le sentenze della Corte costituzionale n. 102 e 200/2016 in cui la 49 è stata richiamata.

<sup>150</sup> E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme alla CEDU*, cit.

<sup>151</sup> A. TORRES PÉREZ, *The Dual System of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism*, in E. CLOOTS, G. DE BAERE, S. SOTTIAUX (eds.), *Federalism in the European Union*, Oxford, 2012, 110, 124. Si veda anche: L. FRIEDMAN, *The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2000, 93, <http://hastingsconlawquarterly.org/archives/V28/I1/friedman.pdf>.

<sup>152</sup> Per alcuni esempi di disobbedienza non funzionale si permetta di rinviare a G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme)*, cit., 303.

ma solo quando l'interpretazione sia metodologicamente sostenibile, con tanto di obbligo di motivazione in caso di elusione di interpretazione conforme (motivazione sindacabile dalla Corte costituzionale tedesca<sup>153</sup>).

In conclusione, è inevitabile che al progressivo coinvolgimento dei giudici nazionali, operato grazie ai più recenti Protocolli alla Convenzione, corrisponda la possibilità per loro di svolgere una funzione «critica», inducendo la Corte di Strasburgo a ripensare decisioni che vengono percepite come non basate su adeguate ricostruzioni o non fondate su un esatto apprezzamento del dato interno. In questo caso il conflitto interpretativo può agire come motore per l'evoluzione del sistema integrato piuttosto che come causa di rottura della continuità inter-ordinamentale<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> F. PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

<sup>154</sup> Non si tratta di esaltare i conflitti *tout court* ma solo di riconoscerne la possibile funzione sistemica, coerentemente con quelle letture che scorgono nel conflitto elementi talvolta positivi. J. KNIGHT, *Institutions and social conflict*, Cambridge, 1992; Si pensi alla nozione di «pluralismo agonistico»: C. MOUFFE, *The Return of the Political*, Verso, Londra, 1993; C. MOUFFE, *The Democratic Paradox*, Verso, Londra, 2000; C. MOUFFE, *On the Political*, Abingdon, 2005. In italiano si veda la traduzione *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007. Si veda, ovviamente, anche: R. DAHRENDORF, *Toward a Theory of Social Conflict*, in *the Journal of Conflict Resolution*, 1958, 170.

LORENZO PICOTTI

RIFLESSIONI SUL CASO *TARICCO*:  
DALLA «VIRTUOSA INDIGNAZIONE»  
AL RILANCIO DEL DIRITTO PENALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa: esigenza di riflessioni giuridiche pacate e non di «virtuose indignazioni». – 2. I fatti e le prassi nazionali da cui nasce la pronuncia della Corte europea. – 3. Obbligo di «effettiva» tutela penale degli interessi finanziari europei *versus* disciplina italiana della prescrizione. – 4. Le disposizioni da disapplicare in materia di interruzione dei termini di prescrizione del reato. – 5. Sugli asseriti «controlimiti». – 6. Gli effetti pratici e «prevedibili» della disapplicazione. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa: esigenza di riflessioni giuridiche pacate e non di «virtuose indignazioni»*

La forte e talora incontrollata reazione, suscitata nel mondo forense ed accademico italiano dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul caso *Taricco*<sup>1</sup>, che ha visto una chiamata a raccolta di penalisti e giuristi, in un composito schieramento unito dall'indignazione resa «virtuosa» dal richiamo alle garanzie fondamentali del nostro diritto penale, ed in specie al principio di legalità, da difendere quasi sia un connotato «d'identità» esclusivo del nostro sistema nazionale, acuisce l'esi-

---

<sup>1</sup> Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione), sentenza 8 settembre 2015, C-105/14 (d'ora in poi: CGUE 2015 *Taricco*), pronunciata – in via di interpretazione pregiudiziale *ex art.* 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi: TFUE) – sulla domanda proposta dal Giudice per l'udienza preliminare, dr. Alberto Boetti, Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, nel procedimento penale a carico di *Taricco Ivo* ed altri, imputati di aver costituito ed organizzato un'associazione a delinquere (art. 416 c.p.) allo scopo di commettere vari delitti in materia di I.V.A. (*ex artt.* 2 ed 8 d.lgs. 74/2000), effettivamente realizzati sottraendo al fisco svariati milioni di euro nel corso degli esercizi fiscali dal 2005 al 2009, mediante operazioni fraudolente d'importazione fittizia di champagne, note come «frodi carosello» (basate sull'emissione di fatture per operazioni inesistenti da parte di società costituite od utilizzate appositamente a detto scopo: c.d. «cartiere»). La stessa Corte di Giustizia riassume nei §§ 18-20 il fatto descritto nell'ordinanza di remissione, che può integralmente leggersi, con commento di F. ROSSI DEL POZZO del 7 febbraio 2014, in [www.penale-contemporaneo.it/upload/1391714331rinvio\\_pregiudiziale\\_Cuneo.pdf](http://www.penale-contemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf).

genza di più pacate riflessioni, che muovendo da una disincantata presa d'atto dei fatti (§ 2) e dal necessario inquadramento storico e sistematico dell'annoso tema degli obblighi di tutela penale degli interessi finanziari europei (§ 3), consentano di ricondurre le valutazioni sull'oggetto concreto della pronuncia (§ 4) e sugli invocati «controlimiti» di rango costituzionale interno, che dovrebbero paralizzarne gli effetti (§ 5), ad un ambito di analisi più equilibrato, che evidenzi le conseguenze effettive delle statuizioni dei giudici europei (§ 6) e superi i toni, talora da giudizio universale, che appaiono spesso più «eversivi» di quanto viene accusata d'essere stata la sentenza della Grande sezione della Corte: sentenza che al contrario rappresenta una tappa significativa di rilancio del diritto penale europeo (§ 7).

## 2. *I fatti e le prassi nazionali da cui nasce la pronuncia della Corte europea*

Stabilendo che la disciplina italiana della prescrizione, applicabile alle gravi frodi all'I.V.A. che pregiudicano seriamente (anche) gli interessi finanziari dell'Unione (oltre a quelli pubblici nazionali), perché impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi mentre, in altre ipotesi, reati analoghi che ledono interessi finanziari soltanto nazionali, sono soggetti ad un termine di prescrizione ben più lungo<sup>2</sup>, la Corte di giustizia non ha affermato nulla di straordinario o fantasioso, essendosi limitata ad un'*oggettiva* constatazione dei fatti, che qualsiasi penalista italiano, sufficientemente informato della normativa e delle prassi nazionali, non può non condividere, se non muova da posizioni preconcette.

È dunque necessario partire *realisticamente* da questi fatti, per valutare se gli obblighi di tutela penale, gravanti sullo Stato italiano, si possano dire adempiuti o meno, di fronte alle (purtroppo frequenti) frodi tributarie ed associazioni delittuose ad esse finalizzate, che non vengono concretamente sanzionate per il maturare dei termini di prescrizione.

## 3. *Obbligo di «effettiva» tutela penale degli interessi finanziari europei versus disciplina italiana della prescrizione*

Il primo passaggio logico per una corretta analisi giuridica è di verificare se a carico dello Stato italiano esista l'obbligo di tutelare *penal-*

<sup>2</sup> CGUE 2015 Taricco, § 58.

*mente* – con sanzioni «*effettive*, proporzionate e dissuasive»<sup>3</sup> – gli interessi finanziari europei.

Ebbene: dell'esistenza di tale obbligo, non solo espressamente previsto dai Trattati europei ratificati dall'Italia, quantomeno a partire dal 1992, ma già prima da essi ricavato dalla giurisprudenza *vincolante* della Corte di Giustizia della Comunità europea, fin dalla «storica» sentenza del 1989 sul caso del c.d. mais greco<sup>4</sup>, non si può dubitare. Come non si può dubitare che il suo contenuto comporti, fin da sempre, un «obbligo di risultato» che discende dai canoni basilari non solo del diritto europeo, ma anche di quello internazionale in genere, in cui è pacifico il principio secondo cui, per valutare se un determinato obbligo od obiettivo (di fonte europea o sovranazionale) sia stato adempiuto o raggiunto – di fronte alla pluralità degli ordinamenti interessati ed alla necessità di rispettarne le peculiarità interne – si deve guardare non tanto alle formulazioni normative astratte od alle modalità concrete di organizzazione o scelta dei mezzi, quanto *al risultato* pratico raggiunto, da verificare, dunque, alla stregua della *prassi applicativa*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Corsivo aggiunto alla locuzione ricorrente nelle sentenze della Corte di Giustizia e nel diritto europeo, come subito si dirà.

<sup>4</sup> CGCE, 21 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Repubblica ellenica, pubblicata anche in *Cass. pen.*, 1992, m. 904, 1654 ss. (con nota di L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*), in specie § 23: «l'art. 5 del Trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario» (corsivo agg.).

<sup>5</sup> Non costituisce dunque un *novum* «eversivo» l'inequivoca affermazione contenuta al riguardo nella sentenza CGUE 2015 Taricco, § 51: «Tali disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un *obbligo di risultato* preciso e non accompagnato da alcuna condizione» (corsivo agg.). Fin dalla sentenza del 1989 la Corte aveva infatti stabilito che gli Stati «devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza, e che *in ogni caso* conferiscano alla sanzione stessa un *carattere di effettività*, di proporzionalità e di capacità dissuasiva» (CGCE 1989 Repubblica ellenica, § 24, corsivi agg.). Il principio è conforme ad una costante giurisprudenza, che vale anche al di fuori dell'ambito penale, secondo cui «è necessario considerare la *contenuto* e le finalità dei regimi giuridici piuttosto che i loro aspetti formali e le loro modalità. Soltanto un'analisi focalizzata sul contenuto e non sull'aspetto formale di tali regimi giuridici consentirà di stabilire se la loro *applicazione effettiva*» è conforme o meno al diritto comunitario (CGCE, 26 giugno 2001, C-212/9, § 28, corsivi agg.; conforme CGCE, 15 maggio 2008, C-276/07, § 29). Nella legislazione europea basti ricordare la tradizionale definizione, riprodotta nell'attuale art. 288 TFUE, dei vincoli nascenti da una direttiva: «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il *risultato* da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi» (corsivo agg.), non distante da quella relativa ai vincoli già nascenti dalle decisioni quadro, previste come strumenti di armonizzazione del diritto penale nell'ambito del terzo pilastro, *ex art.* 34, par. 2, lett. *b*) del Trattato sull'Unione europea, prima della riforma di

Risultato che deve essere assicurato già dal giudice nazionale, se raggiungibile con la *disapplicazione* diretta delle norme interne contrastanti con quelle europee, cui è tenuto in forza della *primazia* di queste ultime, che vale anche nel diritto penale<sup>6</sup>.

Sotto il primo profilo, basti aggiungere che l'art. 325 TFUE, oggetto della sentenza interpretativa della Corte, nasce dalla parziale riformulazione (operata dal Trattato di Lisbona del 2007) del precedente art. 280 del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), a sua volta derivato (con le modifiche portate dal Trattato di Amsterdam del 2007) dall'art. 209 A TCE, che era stato introdotto dal Trattato di Maastricht del 1992 nel *primo* pilastro comunitario, per adeguarlo ai principi enunciati dalla Corte stessa nella menzionata sentenza sul caso del mais greco, anziché nel *terzo*, dedicato alla più generica «Cooperazione giudiziaria e di Polizia in materia penale», nel cui ambito vi era comunque l'espressa menzione anche della lotta alla «frode», fra i settori in cui doveva svilupparsi<sup>7</sup>.

---

Lisbona. In dottrina, nella sterminata letteratura, basti rinviare per quella italiana a A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, 381 ss., in specie 433; nonché, per la sua proiezione anche sulla disciplina processuale, alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, a F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, n. 3, 18 ss., in specie 23 ss. Per l'importanza generale del principio di effettività anche nell'ordinamento interno, considerato peraltro in un significato non del tutto coincidente, si veda il «classico» contributo di C. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

<sup>6</sup> L'*obbligo di disapplicazione* diretta, da parte del giudice nazionale, delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario ed europeo è stato affermato da molto tempo dalla Corte di Giustizia, quale corollario immediato della sua «primazia», fin dalla famosa sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, Simmenthal, §§ 21 e 24, cui ha fatto seguito una costante giurisprudenza. Ad essa si sono adeguate anche le Corti costituzionali nazionali (per l'Italia cfr. la fondamentale sentenza della Corte cost. 18 dicembre 1973, n. 183, in specie § 7, che sulla base degli artt. 10 e 11 Cost. ha riconosciuto la legittimità delle limitazioni di sovranità discendenti dai Trattati e l'efficacia diretta delle norme derivate, seppur emanate con procedure legislative e da organi diversi da quelli previsti dalla Costituzione stessa; Id. 5 giugno 1984, n. 170, sui cui riflessi per il diritto penale cfr. già G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, 255 ss.). È altrettanto pacifico che il principio operi anche nel campo del diritto penale, come affermato in specie da CGUE 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., § 72 (ed ivi giurisprudenza citata), richiamata espressamente da CGUE 2015, Taricco, § 49. In quel caso la mancata disapplicazione era stata motivata per l'effetto sfavorevole, sullo stesso contenuto precettivo e sanzionatorio della norma penale, che non poteva discendere da una mera direttiva (§§ 71, 73, 74).

<sup>7</sup> Cfr. al riguardo l'art. 29, par. 2, Trattato sull'Unione europea (d'ora in poi: TUE), nella formulazione *ante* Lisbona. Su tale evoluzione delle norme primarie europee in materia di obbligo di tutela *penale* degli interessi finanziari europei, fino al Trattato di Amsterdam del 1997, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta con-*

Quanto, poi, al corollario rappresentato dall'*effettività* del «risultato» da garantire anche sul piano delle sanzioni *penali* da applicare, perché tale obbligo di tutela potesse (e possa) dirsi adempiuto, basti dire che esso è stato esplicitamente affermato fin dalla citata sentenza sul caso del mais greco, trattandosi di un corollario ricavato dallo stesso obbligo primario di «*cooperazione leale*» degli Stati membri con la Comunità (ed ora con l'Unione), di cui all'originario art. 5 TCE (divenuto poi art. 10 TCE ed oggi trasfuso nell'art. 4, par. 3 TUE). Ed è proprio su questo principio *basilare* che si è *fondato* il primo nucleo e la stessa idea di un diritto penale europeo, che implica la messa a disposizione delle «risorse penali» degli Stati membri per garantire il *raggiungimento* degli interessi ed obiettivi della Comunità<sup>8</sup>.

Del resto, quest'obbligo è stato – con il suo corollario – *specificamente* affermato nel campo del contrasto alle c.d. frodi comunitarie anche da una fondamentale norma di diritto derivato: vale a dire dall'art. 2, par. 1 della «Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee» (d'ora in poi: Convenzione PIF), approvata dal Consiglio dell'Unione in data 26 luglio 1995, da tempo ratificata dall'Italia<sup>9</sup>, secondo cui: «Ogni Stato membro prende le *misure necessarie* [non solo legislative: corsivo agg.] affinché le condotte di cui all'articolo 1 [che integrano la frode che lede gli interessi finanziari europei, NdA] nonché la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all'articolo 1, paragrafo 1, siano passibili di sanzioni *effettive*, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di *frode grave*, pene

---

*tro le frodi comunitarie e possibile «base giuridica» del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, in G. GRASSO (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali* (Atti del seminario di Catania, 19-20 giugno 1998), Milano, 2000, 357 ss. Sulla portata dell'attuale art. 325 TFUE, quale «base giuridica» di una *specificata* competenza penale europea, che si distingue da quelle generali di cui agli artt. 82 e 83 ss. TFUE, cfr. invece L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (cur.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 66 ss.; nonché *infra*, note 17 e 18.

<sup>8</sup> Nell'ampia letteratura in materia si veda l'efficace quadro offerto da A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, Torino, 2004, in specie 25 s., con ricchi richiami; in ambito europeo cfr. la sintesi di U. SIEBER, *Einführung. Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts*, in ID. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Baden Baden, 2011, 67 ss., 81 ss.; nonché H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln etc., 2001.

<sup>9</sup> Con legge 29 settembre 2000 n. 300, sulla cui attuazione, in realtà *non* «effettiva e piena», come previsto dal suo art. 1, sia consentito rinviare ulteriormente a L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 615 ss.



privative della libertà personale che possono comportare l'estradizione [corsivi agg.]»<sup>10</sup>.

L'esistenza dell'obbligo è d'altro canto stata riconosciuta anche dal legislatore nazionale, già prima della ratifica della Convenzione PIF, mediante molteplici interventi che, pur non senza ritardi e contraddizioni, hanno via via introdotto fin dagli anni '60 *nuove* fattispecie penali, sanzionate con pene (almeno edittalmente) «proporzionate e dissuasive», oltre che «equivalenti» a quelle stabilite per reati che puniscono offese ad analoghi interessi nazionali<sup>11</sup>.

E non può neppure essere messa in discussione la «legittimità» costituzionale dell'obbligo medesimo, e dei suoi corollari, in quanto non solo sono pienamente coerenti con il dettato degli artt. 10 e 11 Cost.<sup>12</sup>, ma – dopo la riforma costituzionale del 2001 – sono anche perfettamente corrispondenti all'inequivoca formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. che riconosce i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e gli «obblighi internazionali»<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Sulla nozione *giuridica* di «frode grave» – contenuta nella stessa norma della Convenzione PIF – si tornerà *infra* § 6.

<sup>11</sup> Si pensi in particolare – oltre ad alcune norme della legislazione speciale, quali l'art. 9 decreto legge 21 novembre 1967, n. 1051, che puniva l'ipotesi peculiare dell'«indebita percezione» dell'integrazione di prezzo dell'olio d'oliva, e l'art. 2 legge 23 dicembre 1986, n. 898, concernente le indebite percezioni di erogazioni a carico del Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia, ora soppresso – agli artt. 640-*bis*, 316-*bis*, 316-*ter* c.p. introdotti a partire dagli anni '90. Per un'analisi critica e gli essenziali riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare ancora a L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit. Sui controversi rapporti fra tali fattispecie *adde* (con riguardo all'applicazione a frodi «interne») Cass., sez. un., 16 dicembre 2010 (dep. 25 febbraio 2011), Pres. Lupo, Rel. Fiale, ric. Pizzuto, n. 7537/11, con nota di V. VALENTINI, *Le Sezioni Unite consacrano la primazia dell'art. 316-ter c.p.: un epilogo consapevole?*, in *Cass. pen.*, 2007, 4526 ss. ed ivi ulteriori richiami.

<sup>12</sup> Basti il rinvio alla menzionata sentenza Corte cost. 18 dicembre 1973, n. 183, *supra* nota 6.

<sup>13</sup> Corsivi aggiunti. L'ampia rilevanza riconosciuta, anche in ambito penale, alla nuova formulazione dell'art. 117 Cost., introdotta dall'art. 2 legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, sia da parte della Corte costituzionale, sia da parte della Corte di Cassazione, trova riscontro nel gran numero di pronunce dei supremi collegi che vi fanno riferimento (si vedano esemplarmente le ultime Relazioni di inaugurazione degli anni giudiziari e sulla giurisprudenza penale della Corte di Cassazione, reperibili al sito della Corte). La controversia relativa alla legittimità costituzionale di obblighi di tutela penale di fonte europea può del resto dirsi superata, dopo la riforma portata dal Trattato di Lisbona, alla luce della procedura legislativa imposta per l'adozione delle fonti da cui possono derivare detti obblighi, caratterizzata dalla codificazione del Parlamento europeo e del Consiglio e presidiata da garanzie di trasparenza e controllo preventivo da parte degli Stati membri, che devono altresì attuarle, conservando un certo margine di discrezionalità, oltre che giudiziario successivo da parte della Corte di Giustizia (cfr. artt. 82 ss. TFUE): per cui sono venute meno le riserve sulla «democraticità» delle fonti europee, come riconosciuto da G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze*

Se l'obbligo di tutela penale in questione è dunque da molto tempo recepito nel *diritto vivente* italiano, con norme penali conosciute, applicate e «prevedibili» da parte di ciascun consociato, non ci si può neppure attendere sulla pretesa natura «artificiale» dei predetti reati (e dei relativi interessi protetti), che sono assolutamente simili ed, anzi, coincidono con quelli che tutelano analoghi interessi nazionali, sia nel caso di «frodi» relative alle uscite del bilancio (artt. 316-*bis*, 316-*ter*, 640-*bis* c.p.), sia nel caso di «frodi» relative alle entrate, come risulta dagli stessi casi in esame, che riguardano reati tributari che offendono – contemporaneamente ed in pari misura – interessi finanziari europei ed interessi finanziari nazionali<sup>14</sup>.

Né può dubitarsi – sul piano sostanziale – dell'oggettiva rilevanza e «meritevolezza» di tutela penale di siffatti interessi, riducendone il contenuto al loro profilo «meramente» economico<sup>15</sup>. Inerendo, infatti, al bilancio dell'Unione (e già prima della Comunità) europea, ne condividono la peculiare importanza di strumento delle sue politiche, come dimostra la ricordata storia del riconoscimento *giuridico penale* – a livello europeo ed interno – della *necessità* di un'efficace ed equivalente protezione in tutti gli Stati membri, che si sviluppa parallelamente all'incontrovertibile ruolo centrale che le risorse europee hanno via via assunto negli anni, per gli stessi Stati membri ed i loro cittadini. Il bilancio dell'Unione è oggi l'autonomo ed indispensabile strumento di *tutte* le sue «politiche», finalizzate al perseguimento di obiettivi che sarebbero altrimenti messi com-

---

*penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2307 ss., in particolare 2333 ss., in cui opportunamente sottolinea che «il rispetto del principio di legalità non deve essere esaminato in un'ottica, per così dire, *statocentrica*». Con spunti critici cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; nonché C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, con ulteriori richiami.

<sup>14</sup> L'«assimilazione» fra tutela di interessi nazionali ed europei è evidente nei reati di natura tributaria, in specie concernenti l'I.V.A. (come sono le frodi in esame), ma più in generale le imposizioni fiscali e doganali, da cui si ricava la quota di prelievo per il bilancio europeo. In argomento basti rinviare a CGUE, 26 febbraio 2013, C-617/10, Fransson, §§ 24 ss., ed in specie ai §§ 26-28, anche per il significativo richiamo all'art. 325 TFUE ed ai relativi obblighi di tutela mediante efficaci strumenti sanzionatori.

<sup>15</sup> Così nella sua aspra, ma non condivisibile critica alla Corte di Giustizia, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in C. PAONESSA, L. ZILLETTI (cur.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 93 ss., 100, in cui sembra condividere la posizione di quella parte della dottrina italiana, secondo la quale il «peccato originale» del diritto penale europeo sarebbe proprio di essere sorto per tutelare interessi finanziari: cfr. in specie S. MOCCIA, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del Corpus Juris europeo*, in G. BARTONE (cur.), *Diritto penale europeo*, Padova, 2001, 33 ss.

plessivamente in discussione e che gli Stati, da soli, non potrebbero raggiungere. Si badi: obiettivi che abbracciano – ben oltre l'originaria creazione e regolazione del «mercato comune» – un'estesa fascia di diritti ed interessi, anche fondamentali, da garantire ai cittadini europei, che vanno dalla sicurezza all'ambiente, dalla libera circolazione allo sviluppo sostenibile, al progresso tecnologico, alla protezione dei dati e delle comunicazioni, ecc. (cfr. per un'enunciazione generale l'art. 3 TUE)<sup>16</sup>.

Per questo, la collocazione dell'art. 325 TFUE nell'apposito Capo VI (dedicato esclusivamente alla «lotta alla frode») del Titolo II della Parte Sesta, che contiene le disposizioni finanziarie e sulle *istituzioni* europee e, dunque, anche sul bilancio dell'Unione, lungi da sminuirne il rango, ne dimostra lo *speciale* rilievo: tanto da meritare una disposizione *ad hoc*, derivata da quella precedente di *primo* pilastro (l'art. 280 TCE<sup>17</sup>), immediatamente *precettiva* per gli Stati membri e per le stesse istituzioni europee, rispetto alle più ampie e generali competenze penali dell'Unione, concorrenti con quelle degli Stati, che sono state riconosciute – queste sì innovativamente in termini espliciti – dal Trattato di Lisbona nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, cui è dedicato invece l'intero Titolo V della Parte Terza, che si occupa delle «politiche» europee.

Con gli artt. 82, 83 e ss. TFUE (collocati nel Capo IV di detto Titolo, concernente la «cooperazione» in materia penale, quale eredità dell'abrogato *terzo* pilastro) si è infatti voluta introdurre un'esplicita, ma diversa «base giuridica» di portata *generale*, per sviluppare la politica criminale europea, che si articola in base a programmi quinquennali ed alle priorità stabilite a livello politico dagli organi di governo e legislativi dell'Unione, compresa l'istituzione della Procura europea, prevista ma non imposta dall'art. 86 TFUE. Con l'art. 325 TFUE – ancor più chiaramente di quanto stabilito dall'art. 280 TCE<sup>18</sup> – si è invece assicurata un'imme-

<sup>16</sup> R. SICURELLA, «Eppur si muove!»: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Per un rilancio*, cit., 191 ss.; e già prima del Trattato di Lisbona, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, con ampi richiami anche alla dottrina europea.

<sup>17</sup> Sulla cui valenza di «base giuridica» per l'introduzione di norme anche *penali* europee, ed in specie di quelle previste nel progetto detto «Corpus Juris», cfr. L. PICOTTI, *Potestà penale*, cit.; nella dottrina europea già K. TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17, 12-13; nonché più ampiamente Id., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Roxin - FS*, Berlin, 2001, 1401 ss., 1406 ss.; in senso conforme E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in G. GRASSO, *La lotta contro la frode*, cit., 24-26.

<sup>18</sup> In argomento sia consentito rinviare ancora a L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO,

diata e *cogente* protezione anche *penale* delle risorse finanziarie europee, come la Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato proprio nella sentenza in esame, riconoscendogli il rango di norma di applicazione diretta (anche) a questi fini<sup>19</sup>.

Insomma: l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia dell'art. 325 TFUE, che ne ha precisato la portata e l'estensione, evidenziandone soprattutto le *conseguenze* sulla disciplina interna della prescrizione, muove da dati di fatto e di diritto difficilmente contestabili ed è perfettamente conforme alla *primaria* competenza istituzionale della Corte stessa, stabilita dall'attuale art. 267 TFUE<sup>20</sup>.

Per cui si tratta di una sentenza e di una norma del trattato che non costituiscono alcuna anomala creazione od estensione «eversiva» di principi od obblighi sconosciuti od estranei al diritto europeo ed a quello italiano<sup>21</sup>. Vi è stata soltanto una chiara e precisa enunciazione delle *ricadute* concrete, forse dure da «digerire», ma che devono avere, sull'ordinamento interno, principi e corollari che hanno percorso tutta la lunga evoluzione del diritto penale europeo, nel cui ambito la protezione degli interessi finanziari fa storicamente parte dell'*acquis communautaire*, discendendo dall'*obbligo primario* di cooperazione leale di ogni Stato membro

---

L. PICOTTI, R. SICURELLA (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 207 ss., ed ivi il rilievo che, nel par. 4 dell'art. 325 TFUE, è stato soppresso l'ultimo inciso che compariva nel corrispondente par. 4 dell'art. 280 TCE, secondo cui le misure da adottare per la protezione degli interessi finanziari europei non dovevano riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri».

<sup>19</sup> Cfr. CGUE 2015 Taricco, § 52, secondo cui: «In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente (v. in tal senso, in particolare, sentenza ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, punto 73 e giurisprudenza ivi citata)».

<sup>20</sup> Con la medesima formulazione del precedente art. 234 TCE, la norma stabilisce che «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; (...)».

<sup>21</sup> Stupisce quindi l'affermazione che si tratterebbe non solo di principi «nuovi», ma addirittura di «una vera e propria 'sovversione di sistema'» (così V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it* (6.5.2016), 7 ss., 15). Parla inopinatamente di sentenza che «soverte incautamente mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia» anche R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?* in *www.penalecontemporaneo.it* (4.7.2016), 1 ss. Viceversa sottolinea che, alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale, «la sentenza Taricco non sorprende e non deve suscitare reazioni di allarme» A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'unione ed il diritto penale nazionale*, in *www.penalecontemporaneo.it* (30.3.2016).

con l'Unione, che si distingue dalle più generali competenze penali europee attribuite dal Trattato di Lisbona *ex artt.* 82 ss. TFUE<sup>22</sup>.

Il problema, che tanto ha sollevato l'indignazione del mondo giuridico nazionale, nasce perché il *risultato* per i concreti effetti *in malam partem* che comporta, da raggiungere nella prassi applicativa non è altrimenti assicurato dal nostro sistema penale<sup>23</sup> ed, anzi, appare spesso (come nei casi emersi) irraggiungibile: da un lato per la complessità delle indagini su detti reati, ben evidenziata dall'ordinanza del Tribunale di Cuneo che ha posto la questione di interpretazione pregiudiziale alla Corte europea<sup>24</sup>; dall'altro, per la disciplina della prescrizione o, meglio, di quella sua parte concernente gli effetti dell'interruzione sul relativo termine massimo, di cui si dirà nel prossimo paragrafo, e su cui si appunta la Corte.

Nessuno, però, può negare che definire un processo penale, avente ad oggetto delitti di frode tributaria per migliaia o milioni di euro, ed anche associazioni a delinquere finalizzate a commetterle, con una declaratoria di «*non doversi procedere*» per intervenuta estinzione determinata dal decorso del termine di prescrizione, tanto più dopo indagini che hanno supportato una richiesta di rinvio a giudizio, rappresenti un *palese inadempimento* del predetto «obbligo di risultato» da parte dello Stato

---

<sup>22</sup> Sul «ruolo particolare» della tutela degli interessi finanziari europei alla stregua dell'art. 325 TFUE cfr. anche G. GRASSO, *Il Trattato*, cit., 2347 ss., che pur ritiene che la norma non consentirebbe interventi sanzionatori diretti di natura penale; in senso affermativo, invece, sia consentito ancora il rinvio a L. PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit.

<sup>23</sup> Segnalavo le gravi manchevolezze della nostra prassi interna, anche per il passato ricorso a provvedimenti di clemenza (talora quasi in coincidenza con l'introduzione di nuove norme), oltre che per il frequente effetto estintivo della prescrizione, rilevabile nelle stesse pronunce della Corte di Cassazione, in L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit., *passim*. Al rilevante numero di «frodi comunitarie» commesse nel nostro Paese, spesso intrecciate con corruzioni, da un lato, e riciclaggio, dall'altro, specie nei contesti di criminalità organizzata, non corrisponde del resto un altrettanto elevato numero di casi scoperti o denunciati, in confronto ad altri Paesi con minori tassi di criminalità, quali Francia, Germania, Paesi Bassi: al riguardo si vedano i rapporti annuali di OLAF, con relative tabelle statistiche, reperibili al sito <http://ec.europa.eu/anti-fraud>, in cui si sottolinea che circa l'80% del bilancio europeo è in concreto gestito tramite gli stessi Stati membri: per cui è evidente la loro grande responsabilità, sia nella gestione stessa, che nella tutela effettiva delle risorse comuni.

<sup>24</sup> Trib. Cuneo, ord. 17 gennaio 2014, cit. Non dissimili sono i presupposti da cui muove anche una successiva articolata ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea, pronunciata dal G.U.P. presso il Trib. Di Varese, est. Stefano Sala, 30 ottobre 2015, n. 588/2015, che richiamando i principi della sentenza Taricco, sottopone però diverse questioni interpretative, concernenti le soglie di rilevanza penale, l'effetto di non punibilità conseguibile con un tardivo pagamento dell'imposta e la esenzione da pena per la mera omissione o ritardo – entrando sostanzialmente nel merito di scelte di politica criminale del legislatore nazionale – leggibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) con commento critico di L. ZOLI, *La disciplina dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia UE* (16.4.2016).

italiano. Risultato che non è raggiunto né raggiungibile neppure in ipotesi in cui siano state pronunciate sentenze di condanna nei primi gradi di giudizio, come riscontrato proprio nei processi in cui la Corte d'appello di Milano e la Corte di Cassazione hanno sollevato le questioni di legittimità costituzionale che si esamineranno (*infra* § 5).

4. *Le disposizioni da disapplicare in materia di interruzione dei termini di prescrizione del reato*

Le disposizioni interne che hanno *impedito* l'effettiva doverosa applicazione delle sanzioni penali previste per i casi *de quibus* dall'ordinamento italiano, non sono tanto quelle che prevedono l'istituto della prescrizione (art. 157 ss. c.p.), ben conosciuto in tutti gli Stati europei quale espressione del diritto fondamentale ad un giudizio che si concluda in tempi «ragionevoli» (*ex* art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: d'ora in poi CEDU): rispetto ad esso, anche l'interesse all'esercizio dell'azione punitiva da parte dello Stato, pur di non minor rilievo, soccombe o si attenua con il decorso del tempo. E neppure vengono in gioco le norme che stabiliscono i termini generali dopo i quali «matura» la prescrizione. Investite dalla questione interpretativa, oggetto del caso Taricco, sono soltanto quelle disposizioni che prevedono, innanzitutto, che «la prescrizione interrotta *comincia nuovamente* a decorrere dal giorno dell'interruzione» (art. 160, comma 3 c.p.; corsivo agg.), pur se siano intervenuti dunque atti processuali, e perfino provvedimenti giudiziari, comprese sentenze di condanna (art. 160, commi 1 e 2 c.p.), che dimostrano il *concreto* interesse punitivo dello Stato ed il *tempestivo* esercizio dell'azione penale, e perfino la sua apparente fondatezza, accertata addirittura in pronunce giudiziali (seppur non ancora irrevocabili). Per cui non può certo parlarsi di un intervenuto «oblio» (pubblico) o di uno scemato interesse alla persecuzione penale, per il tempo trascorso, essendovi piuttosto un'attesa fondata per l'esito definitivo dell'accertamento giudiziario.

In secondo luogo, ed in modo perfino assorbente, viene in rilievo – per l'effetto *impeditivo* all'applicazione concreta delle sanzioni penali stabilite dalla legge od anche già irrogate dal giudice, seppur non ancora irrevocabilmente – quella disposizione *ulteriore*, secondo cui non solo il termine di prescrizione interrotto da tali provvedimenti ed atti processuali *decorre «nuovamente»* e quindi *non* resta «sospeso» fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (come ragionevolmente si verifica nella gran parte degli ordinamenti stranieri, ed anche nel nostro, per quanto riguarda il diritto civile, il diritto amministrativo e la stessa re-

sponsabilità degli enti per i reati commessi da loro soggetti apicali o subordinati), ma è stabilito addirittura un limite ulteriore, *ben più breve*, dato che «in nessun caso l'interruzione (...) può comportare l'aumento di più di *un quarto* del tempo necessario a prescrivere» (art. 161, secondo comma, c.p.; corsivo agg.). Limite peraltro non generalmente applicato, perché espressamente escluso per un *determinato* ma ampio novero di reati<sup>25</sup>, tra cui non rientrano però quelli oggetto della pronuncia della Corte europea, pur se alcuni riguardano materie simili, come quelli che offendono interessi finanziari soltanto nazionali (cfr. *infra* § 6).

Viene dunque in preminente rilievo la stessa «ragionevolezza» di questa disciplina, in specie la durata massima di *questo ulteriore limite* al prolungamento del termine di prescrizione, pur *dopo* atti o provvedimenti interruttivi, che è assai *più breve* di quello base, nonostante la significatività degli atti interruttivi già intervenuti (comprendenti perfino sentenze di condanna), e che oltretutto si dimostra «variabile» in relazione a singole tipologie di reati, e comunque storicamente *mutevole*, come si evince dalla recente evoluzione legislativa e dai disegni di legge di riforma in materia, da lungo tempo in discussione<sup>26</sup>.

Questo limite al termine prescrizione post-interruzione è stato in effetti *dimezzato* (ad «*un quarto*») nel 2005, dalla controversa riforma introdotta dalla legge c.d. *ex Cirielli*<sup>27</sup>, rispetto all'originaria disciplina co-

<sup>25</sup> Si tratta di quelli individuati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (per i quali «le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente»), vale a dire, rispettivamente: «delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152»; nonché «delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo».

<sup>26</sup> Da ultimo cfr. il «Testo unificato dei d.d.l. nn. 2067, 2032, 176, 209, 286, 299, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 389, 468, 581, 597, 609, 614, 700, 1008, 1456, 1587, 1681, 1682, 1683, 1684, 1905, 1921, 2295, 1844, 709, 708, 1113, 1693, 1713, 1824, 2103» reperibile anche in *www.penalecontemporaneo.it* con una presentazione sintetica di N. SELVAGGI, *Il testo unificato dell'ultimo disegno di legge di riforma del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario: in tema di prescrizione, intercettazioni e molto altro ancora* (18.05.2016).

<sup>27</sup> Legge 5 dicembre 2005, n. 251, che ha modificato incisivamente la disciplina della prescrizione, con effetti prevalentemente *in bonam partem*, pur accentuandone la differenziazione a seconda di diverse tipologie di reati e di autori. Per la motivata affermazione, secondo cui detta legge «accorcia[ndo] decisamente la prescrizione per numerosi reati, alcuni dei

dicistica risalente al 1930, che prevedeva invece un prolungamento «non (...) oltre la metà». E nel contempo detto limite (fino alla metà), è però stato *mantenuto* per taluni reati, anche *non* gravi, se il reo sia recidivo «grave» (ex art. 99, comma 2 c.p.), ed anzi *aumentato* fino a *due terzi*, nelle ipotesi di recidiva reiterata (ex art. 99, comma 4 c.p.), ed addirittura *raddoppiato* per i delinquenti abituali e professionali (ex artt. 102, 103 e 105 c.p.). Mentre è del tutto *esclusa* l'applicabilità di *qualsiasi* limite massimo al prolungamento del termine di prescrizione, dopo atti interruttivi, per *tutti* i reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.: vale a dire per un insieme di reati assai eterogeneo, che vanno da quelli di criminalità organizzata e di tipo mafioso, a quelli in materia ambientale, di stupefacenti, di contrabbando, o per finalità di terrorismo, ecc., la cui elencazione è a sua volta stata *più volte modificata* ed integrata negli anni, anche *dopo* la riforma dell'art. 161, comma 2, c.p., che vi fa rinvio, da un interminabile succedersi di interventi legislativi, talora anche mediante decretazioni d'urgenza<sup>28</sup>.

In definitiva, si tratta di una disciplina dei limiti *al prolungamento* massimo dei termini di prescrizione, *dopo* atti e provvedimenti interruttivi, che oltre ad apparire *in sé* irragionevole, quantomeno per la *misura* minima di un solo quarto di prolungamento del termine stesso, è palesemente *accessoria* e *mutevole*, rispetto a quella generale sulla prescrizione, ed ai suoi termini comuni, essendosi dimostrata, proprio nell'ultimo decennio, oggetto di un ampio margine di *apprezzamento* da parte del legislatore nazionale, fortemente condizionato dalla *specificità* dei diversi reati ed autori di reato, che vengono concretamente in rilievo, in base a scelte di politica criminale che hanno scontato la ritenuta percezione d'allarme sociale suscitato nell'opinione pubblica dai predetti reati (ed autori), ed anzi anche

---

quali a tutela delle finanze o comunque di interessi europei, risulta [...] in contrasto con il diritto dell'Unione», si veda già G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 363, nell'ambito di un'articolata analisi degli obblighi di tutela penale discendenti dal diritto europeo, compreso in particolare l'art. 325 TFUE, che in forza dell'art. 117 Cost. assumerebbe una «duplice rilevanza cogente» (ivi, 375).

<sup>28</sup> Il comma 3-*bis* era stato inserito dal decreto-legge 20 novembre 1991, n. 367, convertito dalla legge 20 gennaio 1992, n. 8, contro la criminalità organizzata e mafiosa, e poi modificato, quanto all'elencazione dei reati, dal n. 1) della lettera a) del comma 1 dell'art. 5 legge 1 ottobre 2012, n. 172 e, successivamente, dall'art. 2, comma 1, legge 23 febbraio 2015, n. 19. Il comma 3-*quater* è stato invece inserito dal decreto legge 18 ottobre 2001, n. 374, convertito dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438, contro il terrorismo internazionale; ma facendo generico riferimento a tutti «*i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo*» la loro determinazione ed estensione va individuata alla stregua delle varie incriminazioni in materia, preesistenti e successive, da ultimo modificate od introdotte dal decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015 n. 43.



l'inaccettabile pretesa d'immunità *ad personam* di soggetti all'apice del potere politico dell'epoca, che ne hanno in più occasioni fruito<sup>29</sup>.

In ogni caso si tratta di meccanismi di regolazione degli *effetti interruttivi* sui termini di prescrizione, che si correlano di volta in volta alle concrete vicende del *singolo processo* ed alle imprevedibili *accidentalità* dei tempi e modi di esercizio dell'azione e della giurisdizione penale, indipendenti dalla concreta condotta del reo *al momento della commissione* del reato.

Più dell'inquadramento dogmatico dell'istituto della prescrizione in genere, nell'ambito del diritto penale *sostanziale* (come tradizionalmente indica la nostra tradizione dottrinale, correlata alla collocazione sistematica della relativa disciplina nel codice penale, sia pur con necessario rinvio alle disposizioni processuali che vengono in rilievo proprio per regolare i casi ed effetti concreti dell'interruzione) ovvero in quello del diritto *processuale* penale (come invece prevale in ambito europeo, ed ha ritenuto in un precedente significativo la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui la Corte di Giustizia si è richiamata nella decisione in esame)<sup>30</sup>, appare decisiva la corretta valutazione del *rango* e del contenuto effettivo delle norme in questione (gli artt. 160, ultimo comma, e 161, ultimo comma, c.p.), che la Corte di Giustizia ha statuito debbano essere *disapplicate* dal giudice italiano, nel caso di gravi frodi all'I.V.A. che ledono gli interessi finanziari europei, per evitare il censurato *effetto impeditivo* di una tutela penale «effettiva», quale imposta dai Trattati e dalle norme derivate.

Rango, come si è detto, del tutto *accessorio*, alla stregua del nostro stesso sistema, rispetto al nucleo essenziale sia della vicenda punitiva sia della stessa disciplina generale della prescrizione; e per di più di contenuto estremamente variabile e comunque dipendente, per la sua applicazione concreta, da circostanze accidentali ed esterne, rispetto al comportamento ed alla colpevolezza del reo.

---

<sup>29</sup> Il riferimento è in specie ai processi penali contro il Presidente del Consiglio dell'epoca, Silvio Berlusconi, definiti con pronunce di proscioglimento per intervenuta prescrizione dei reati ascrittigli (non tutti però a seguito della legge *ex Cirielli*): si menzionino i casi «Lodo Mondadori» (Corruzione), «All Iberian 1» (Finanziamento illecito ai partiti); «Consolidato Fininvest» (Falso in bilancio); «Bilanci Fininvest 1988-1992» (Falso in bilancio e appropriazione indebita); «Processo Lentini» (Falso in bilancio); «David Mills» (Presunta corruzione per indurre l'avv. Mills a compiere falsa testimonianza nei processi All Iberian e Arces); «Unipol» (Rivelazione di segreto d'ufficio).

<sup>30</sup> Al riguardo sono significative le sentenze (cite dalla CGUE 2015 Taricco, § 57) pronunciate dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo in un'ipotesi di allungamento per legge dei termini di prescrizione di un reato nella pendenza di un processo in Belgio: Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149.

## 5. *Sugli asseriti «controlimiti»*

La terza sezione penale della Corte di Cassazione e la seconda sezione della Corte d'appello di Milano, con ordinanze rispettivamente del 30 marzo 2016 (depositata l'8 luglio 2016) e del 18 settembre 2015, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui è stato ratificato il Trattato di Lisbona, ed in specie l'art. 325 TFUE, «*nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia*» con la citata sentenza sul caso Taricco, per violazione non solo dell'art. 25, comma 2, Cost., ma anche (secondo i giudici di legittimità) degli artt. 3, 11, 27, comma 3 e 101, comma 2, Cost.<sup>31</sup>.

Tali censure hanno trovato il plauso immediato di gran parte della dottrina italiana, non solo penalistica, persino di quella che da tempo si è occupata di diritto penale europeo<sup>32</sup>, oltre che delle Camere penali degli avvocati<sup>33</sup>.

Ma sorprende che le Corti (e la dottrina), invocando subito i principi fondamentali della legalità penale ed altri collegati, non si soffermino adeguatamente né sulla portata, le ragioni e le implicazioni dell'*obbligo* di tutela penale *effettiva* degli interessi finanziari europei, di cui si è ampiamente detto e da cui è logicamente necessario muovere<sup>34</sup>, né sul *contenuto specifico* delle norme interne da disapplicare, genericamente ricondotte alla disciplina «sostanziale» della prescrizione, se non addirittura all'istituto come tale, quasi fosse esso stesso messo in discussione. Il che non è affatto vero.

---

<sup>31</sup> Le due ordinanze si possono leggere in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) rispettivamente del 21.9.2015 e del 15.7.2016, la prima con un commento 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'*.

<sup>32</sup> Cfr. ad es. V. MANES, *La «svolta» Taricco*, cit., 19 ss.

<sup>33</sup> Già con comunicato del 21 settembre 2015, l'Unione delle Camere penali ha censurato la sentenza europea, perché avrebbe «privilegiato la tutela di interessi meramente finanziari alle garanzie tradizionalmente deputate a contenere il magistero punitivo»; quindi – fra le varie iniziative – ha promosso il Convegno di Firenze del 30 ottobre 2015, dal significativo titolo: *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, i cui atti sono stati recentemente pubblicati, con relativo contributo finanziario, nell'omonimo volume a cura di Caterina Paonessa e Lorenzo Zilletti, sopra cit., nota 15.

<sup>34</sup> Viceversa ha dato doveroso spazio alla ricognizione di tale obbligo e della sua portata la precedente sentenza della medesima sezione della Corte di Cassazione, che ha dato immediato seguito alla sentenza della Corte di Giustizia: Cass., sez. III, 17 settembre 2015, dep. 20 gennaio 2016, n. 2210/16, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) del 22 gennaio 2016, in specie p. 7 s., con commento sostanzialmente adesivo di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*.

Entrambe le ordinanze privilegiano, in realtà, una prospettiva meramente «interna» (o se si vuole: «domestica»), censurando il fatto che la Corte europea imponga «perentoriamente» al giudice nazionale la «disapplicazione» delle esaminate disposizioni in materia di prescrizione, con effetti *in malam partem* per gli imputati, in cui ravvisano (e cui in sostanza riducono) la pretesa violazione «palese» del principio di legalità in materia penale: e contro cui andrebbe, dunque, fatto valere il «controlimite» interno, di superiore rango costituzionale, perché attinente alla stessa «identità nazionale»<sup>35</sup>.

Vengono però tralasciate le indispensabili valutazioni preliminari, sul contenuto e rango concreto delle singole norme penali in questione<sup>36</sup>, con un'inaccettabile «generalizzazione» che le riconduce tutte *indistintamente* all'ombrello del principio di legalità in materia penale – inteso quale diritto fondamentale *della persona* (ex art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, *oltre* che ex art. 25 Cost.) – ma rispetto a cui va invece delimitato il *nocciolo duro* o di «resistenza» alla primazia del diritto europeo, non essendo neppure questo estraneo all'attributo di «legalità» modernamente intesa<sup>37</sup>.

Infatti, è solo il nocciolo duro che può (e deve) essere realmente garantito quale «controlimite» nel necessario *bilanciamento* con le norme primarie ed i principi fondanti del diritto europeo, sopra richiamati, il quale sarebbe altrimenti illogicamente *subordinato* alla legislazione nazionale in materia penale, sol perché di fonte legislativa e «favorevole» al reo.

L'invocazione di «controlimiti» non può avvenire sulla base di affrettate generalizzazioni concettuali e dogmatiche, né sulla base di un'im-

---

<sup>35</sup> Così, nell'amplissima motivazione, Cass., sez. III, 30 marzo 2016, cit., 24, in riferimento all'asserito effetto retroattivo della legge sfavorevole.

<sup>36</sup> Invero la Corte si sofferma a sostenere con dovizia la valenza «sostanziale» e non meramente processuale dell'istituto della prescrizione in generale, senza distinguere però poi al suo interno il diverso contenuto e rango delle singole regole che la disciplinano, e di cui sopra si è detto (§ 5): distinzione invece essenziale per arrivare ad un convincente bilanciamento fra l'estensione dell'invocato «controlimite» e le norme primarie nonché i principi europei da applicare.

<sup>37</sup> Sulla necessaria rivisitazione del concetto stesso di «legalità», nella dimensione contemporanea del diritto c.d. multilivello, che supera la passata coincidenza con l'esclusività della fonte di legge *nazionale*, la letteratura (e la stessa giurisprudenza) è ormai molto ampia ed articolata. Basti qui il rinvio a C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; G. SALCUNI, *L'uropeizzazione*, cit., 461 s.; e già i molteplici studi di A. BERNARDI, fra cui *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss. Con accenti critici, fra i suoi numerosi contributi, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, in specie 176 ss.

precisa od affrettata assimilazione del *dictum* della Corte ad un rinvio aperto alla discrezionalità «valutativa» del giudice interno, cui si demanderebbe un compito, proprio invece del legislatore, di decidere sull'opportunità o meno di applicare o disapplicare le norme in questione.

Così non è.

Innanzitutto non basta dire che quelle sulla prescrizione sono norme di legge penale sostanziale e neppure che sono collocate nel codice penale<sup>38</sup>, come non basta neppure il rilievo della loro soggezione al principio di retroattività, in caso di modificazione favorevole al reo, ed invece di irretroattività, in caso contrario<sup>39</sup>, per dimostrare che abbiano un *rango* tale da essere coperte dall'invocato «controlimite».

Un simile approccio si basa su una palese inversione metodologica.

Se dalla qualificazione di una norma, come norma di diritto penale *sostanziale*, al di là della sua formale collocazione, discende l'applicazione del principio di irretroattività della sua efficacia, rispetto al momento della *condotta* del reo, non basta invece il rilievo che la *disapplicazione* delle norme in questione, vigenti al momento del commesso reato, produrrebbe effetti *in malam partem*, per asserire che vengono in gioco norme di diritto penale di *rango* tale da dover essere *garantite* dal «diritto fondamentale» espresso dal principio di legalità.

La sfera del *divieto* di applicazione retroattiva o, meglio, di possibili effetti retroattivi, quale diritto fondamentale della *persona* discendente dal principio di legalità come sopra inteso (*ex art. 7 CEDU ed art. 49 Carta UE, nonché 25 comma 2 Cost.*) – ed analogo argomento si può estendere al corollario del canone di tassatività o precisione della norma penale, o meglio «*prevedibilità*» dei suoi effetti sanzionatori – va infatti *previamente* stabilita e circoscritta alla luce della *ratio* di garanzia che sorregge il principio e lo fonda<sup>40</sup>: *ratio* che pacificamente rimanda, nel diritto costituzionale interno, e nel diritto europeo sia convenzionale che dell'Unione, alla necessità di assicurare «*libere scelte d'azione*», rispetto a precetti e sanzioni penali che – per questo – siano «prevedibili» al momento dell'agire dei loro destinatari<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Così invece Cass., sez. III, 30 marzo 2016, cit., 26 ss.

<sup>39</sup> Così ancora Cass., sez. III, 30 marzo 2016, cit., 28 ss., con richiamo di giurisprudenza costituzionale relativa solo agli effetti intertemporali delle modifiche della disciplina della prescrizione.

<sup>40</sup> Sulla *ratio* di garanzia del principio di legalità e le sue implicazioni politico-costituzionali, basti per tutti il rinvio a F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 7 ss. in specie 39.

<sup>41</sup> Che in questo stia l'essenza del principio di legalità in materia penale, quale *garanzia* intrinsecamente riacordata al *principio di colpevolezza*, è stato magistralmente affermato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza 24 marzo 1988, n. 364 sull'art. 5 c.p. Ma ad esiti

In tal senso è istruttiva, sul piano metodologico, un'importante sentenza della nostra Corte costituzionale, che dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 2 del nostro codice penale, in quanto imponeva la retroattività di norme più favorevoli al reo, pur se contenute in decreti legge non convertiti dal Parlamento in legge, e dunque decadute *ex tunc* (ex art. 77 Cost.), ha respinto la tesi che l'art. 25, comma 2 Cost. potesse essere di ostacolo a siffatta declaratoria, sol perché essa comportava effetti «sfavorevoli» al reo, rispetto alla disciplina legale portata dal decreto legge sopravvenuto, dato che il nucleo essenziale di garanzia del principio di legalità andava (e va!) ristretto alla prevedibilità dell'incriminazione *al momento* del «fatto commesso». Quanto invece non vi rientra, è suscettibile di *cedere* ad altre esigenze (in quel caso di rango costituzionale, ma ovviamente l'argomento vale anche se siano di primario rango europeo), che debbano essere prevalentemente garantite rispetto al *favor rei*: qual era nella specie la previsione di decadenza *ex tunc* dei decreti legge non convertiti, attinente al rapporto fra Parlamento e Governo nell'esercizio della funzione legislativa<sup>42</sup>; e qual è ora la necessità di tutela penale *effettiva* degli interessi finanziari europei ed, a monte, di adempimento dell'obbligo di «cooperazione leale» dello Stato italiano con l'Unione europea, nell'attuazione del suo diritto, che ha riconosciuta «primazia».

Appare quindi perfettamente coerente con tale esigenza di *distinzione* delle disposizioni di legge penale riconducibili alla «sfera di garanzia» del principio di legalità – e dunque possibile oggetto di un «controlimito» costituzionale alla primazia del diritto europeo – rispetto a quelle che non lo sono, il parametro indicato dalla stessa Corte di Giustizia europea, laddove così delinea i confini del «controlimito», capace di circoscrivere la primazia dell'obbligo nascente dall'art. 325 TFUE: quello secondo cui, dalla disapplicazione delle norme sul limite massimo di prolungamento del termine, dopo un atto interruttivo, non deve derivare «una condanna per un'azione od un'omissione che, al *momento in cui* è

---

analoghi, sia pur con diversi percorsi, si perviene muovendo dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dall'analisi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: cfr. per tutti A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 250-255, 297 ss.; ID., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 673 ss.

<sup>42</sup> Corte cost., sentenza 22 febbraio 1985, n. 51, che ha distinto pertanto fra «fatti progressi» rispetto all'entrata in vigore del decreto legge poi decaduto, per i quali *non* opera la garanzia dell'art. 25, comma 2, Cost., e fatti commessi invece nel periodo in cui era apparentemente in vigore, rispetto a cui soltanto può essere invocata detta garanzia. In argomento cfr. anche G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Per un rilancio*, cit., 285 ss., 301.

*stata commessa*, non costituiva reato» ovvero «l'applicazione di una sanzione che, *allo stesso momento*, non era prevista» dal diritto penale nazionale (§ 56, corsivi agg.).

In altri termini: si tratta di *distinguere* – in relazione al loro oggetto e contenuto – gli ambiti delle disposizioni che vengono in rilievo nella vicenda punitiva, per circoscrivere correttamente quelle che ricadono davvero nella garanzia del «controlimite» rappresentato dal principio di legalità in materia penale, inteso quale diritto fondamentale a livello europeo, e non certo solo nazionale, rispetto a quelle che invece ne restano estranee, al di là della loro qualificazione nominale di norme di diritto penale sostanziale (anziché processuale), che – come si è detto – proprio in materia di disciplina della prescrizione varia da ordinamento ad ordinamento, ed anche nel nostro appare comunque oggetto di riflessione critica, specie in prospettiva *de jure condendo*, essendo comunque fra loro strettamente intrecciate.

Da un lato si pongono le disposizioni – poco importa se denominate o collocate «formalmente» nel codice penale o in quello processuale – che enucleano il *contenuto* del precetto e della sanzione penale, comprese (ad esempio) quelle in materia di misure cautelari personali, che ricadono nell'oggetto della garanzia di legalità quale diritto fondamentale, e dunque del possibile «controlimite», per quanto attiene alla *fonte* di produzione (riserva di legge) e alla *qualità* della formulazione (tassatività e precisione), nonché il regime di *efficacia nel tempo* (irretroattività e prevedibilità degli effetti della violazione al momento del fatto).

Dall'altro lato si collocano quelle che regolano profili *accessori* della vicenda punitiva, rispetto a detti contenuti, come sono quelle esaminate, attinenti al mutevole e variabile (nell'*an* e nel *quantum*) regime di durata massima del termine di prescrizione *dopo* atti e provvedimenti, che *già* ne abbiano determinato l'interruzione, esprimenti, per un verso, il concreto interesse punitivo dello Stato, per l'altro conoscibili dal reo *solo* nel corso del processo, e dunque irrilevanti per orientare le sue «libere scelte d'azione» *al momento* di commissione del fatto costituente reato.

Questo secondo ambito di disposizioni, all'esito del necessario bilanciamento con i contrapposti interessi in gioco, può certamente restare estraneo al contenuto (e *ratio*) essenziale di garanzia della *regolamentazione legale* della fattispecie punitiva, *indirizzata al destinatario*, che deve essere tale (nella *qualità* della formulazione e nel *tempo* dell'emanazione) da porlo in condizioni di determinarsi consapevolmente in libere scelte d'azione<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Secondo la citata sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, è questa la ragione d'essere della fondamentale garanzia di legalità che implica «conoscibilità» della norma

Solo rispetto a detto contenuto essenziale della regolazione legale opera il «controlimite» del principio di legalità penale, quale diritto fondamentale della *persona* (ex art. 7 CEDU ed art. 49 Carta UE), *alla cui stregua* deve leggersi (ed è del resto stato anche autonomamente sempre letto) l'art. 25, comma 2 Cost. ed in specie la locuzione «è *punito*»: locuzione che *non* coinvolge indifferentemente *qualsiasi* norma, vicenda, situazione od atto del processo, attraverso cui si pervenga all'effettivo esito di «punizione» o meno, in concreto, per il «*fatto commesso*», ma per l'appunto solo quelle che *lo* definiscono quale reato e ne stabiliscono la pena.

Non è del resto neppure ragionevolmente ipotizzabile che al reo sia garantito – quale «diritto fondamentale» – di poter prevedere, fin dal momento di commissione del «*fatto*», tutte le vicende e gli effetti dei futuri atti e provvedimenti processuali, che seguiranno la sua azione in quel momento penalmente sanzionata dalla legge, compresi gli effetti concreti (e siano pure «sostanziali») dell'eventuale interruzione del termine di prescrizione e, più in particolare, addirittura il limite massimo del suo *possibile* prolungamento, che in ogni caso resta dipendente dalle contingenze in sé imprevedibili del processo, rispetto a cui non possono essere condizionate, in termini *giuridicamente* meritevoli di tutela, le scelte d'azione al *momento* del fatto.

In conclusione: è da condividere l'affermazione della Corte di Giustizia, che ha escluso che sia ravvisabile una violazione dei diritti fondamentali della persona, nel caso di disapplicazione delle esaminate disposizioni sul limite massimo di prolungamento della prescrizione dopo atti interruttivi, con riferimento a gravi delitti che offendono gli interessi finanziari europei, data la necessità *prevalente* di garantire l'effettiva tutela di questi ultimi, restando però escluse dalla disapplicazione (e dunque dal «prolungamento» in concreto del termine ultimo di prescrizione oltre il limite del quarto) solo le ipotesi in cui la prescrizione sia *già* maturata in un momento precedente alla statuizione del giudice, essendo in questi casi preclusa una riattivazione «postuma» dell'esercizio del potere punitivo dello Stato, ormai definitivamente estintosi<sup>44</sup> e dunque non più «bilanciabile» con l'aspettativa del reo.

---

penale ed è dunque strettamente intrecciata con il principio di colpevolezza, solennemente affermato nell'occasione come fondamentale diritto della persona riconosciuto dalla nostra Carta.

<sup>44</sup> Così CGUE 2015 Taricco § 57, che dopo aver imposto al giudice nazionale di disapplicare le norme a lui «favorevoli» in materia di prescrizione, gli ha demandato nel contempo il compito di «assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati» nei casi concreti (§ 53 s.). Non sembra rispettosa di quest'esigenza Cass., sez. III, 17 settembre 2015, cit.

## 6. *Gli effetti pratici e «prevedibili» della disapplicazione*

Gli effetti pratici dell'obbligo di disapplicazione delle menzionate disposizioni in materia di prescrizione non sono affatto dipendenti dall'arbitrio del giudice, o da sue «valutazioni» soggettive che invaderebbero l'area della discrezionalità politica demandata al legislatore dal principio di divisione dei poteri<sup>45</sup>. Infatti non sono assolutamente incerti, come prospettato dalla Corte di Cassazione, nell'ordinanza citata, che ha ravvisato la possibile violazione del principio di legalità anche sotto il profilo della mancanza di tassatività<sup>46</sup>, essendo piuttosto desumibili da una corretta interpretazione sistematica delle norme europee ed interne che vengono in rilievo, e dunque possono ritenersi «prevedibili» nei comuni margini di elasticità dell'ermeneutica giuridica.

La stessa Corte di Cassazione, in un suo precedente in materia, ha posto correttamente la questione<sup>47</sup>.

*In primis*, la sentenza della Corte europea non crea alcun «vuoto» normativo, perché la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma e 161, ultimo comma c.p., porta semplicemente all'espandersi del regime già stabilito per legge (non per creazione giurisprudenziale) dalla prima parte di quest'ultima disposizione: quello previsto per tutti i reati di cui ai commi 3-bis e 3-quater dell'art. 51 c.p.p. Di conseguenza, lungi dal venir meno *qualsiasi* termine massimo di prescrizione – come pur da taluno affermato per una troppo forte *verve* polemica<sup>48</sup> – dall'(ultimo) atto interruttivo decorrerà nuovamente l'intero termine prescrizione previsto per il reato, alla stregua delle disposizioni generali di cui all'art. 157, comma 1, c.p.: vale a dire per un «tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con sola pena pecuniaria», escluso invece il «raddoppio» di cui al comma 4. In pratica, rispetto a questo *ulteriore* termine *post* interruzione, non opera lo sbarramento massimo di «un quarto» introdotto dalla legge *ex* Cirielli.

L'estensione della disapplicazione di detto limite massimo (anche) ai delitti in questione, che sono lesivi degli interessi finanziari europei,

---

<sup>45</sup> Così invece ritiene l'ordinanza della Cass., sez. III, 30 marzo 2016, cit., in specie §4.7, 42 ss. laddove ravvisa una violazione anche dell'art. 101 Cost.

<sup>46</sup> Cfr. Cass., sez. III, 30 marzo 2016, cit., 38 s.

<sup>47</sup> Cfr. Cass., sez. III, 17 marzo 2015, dep. 20 gennaio 2016, n. 2210/16, in *www.pena-lecontemporaneo.it* (22.1.2016).

<sup>48</sup> C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*.



adempie del resto all'obbligo *minimo* di «assimilazione» della loro tutela a quella già garantita agli analoghi interessi finanziari nazionali, quale espressamente imposto dall'art. 325, par. 2, TFUE, che ha recepito il primo criterio stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia sul c.d. caso del mais greco del 1989, poi codificato nell'art. 209 A TCE introdotto dal Trattato di Maastricht<sup>49</sup>. Non a caso esso è parimenti richiamato nella motivazione della sentenza della Grande sezione, in cui viene sottolineato che le disposizioni penali nazionali, in materia di associazioni delittuose finalizzate al contrabbando di tabacchi<sup>50</sup>, poste a tutela di interessi finanziari dello Stato italiano di natura non dissimile da quella degli interessi europei in gioco, *già* rientrano nel regime stabilito anche per tutti gli altri vari delitti elencati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p. (cfr. *supra*, § 5).

In secondo luogo, le perplessità suscitate dal richiamo ai casi di «*frodi gravi*», che per taluni costituirebbe addirittura un anomalo invito al giudice nazionale ad avvalersi di od operare direttamente indagini statistiche o criminologiche per verificarne la consistenza e ricorrenza<sup>51</sup>, vanno superate con un approccio strettamente giuridico, applicando i comuni canoni ermeneutici, ed in specie quello dell'interpretazione sistematica, che impone di richiamare la definizione *giuridica* di «*frode grave*»

<sup>49</sup> Che come noto ha invece codificato l'altro criterio (assoluto, anche se più elastico) enunciato dalla stessa Corte europea, secondo cui in ogni caso le sanzioni avrebbero dovuto essere «efficaci, proporzionate e dissuasive».

<sup>50</sup> Si tratta del delitto di «Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri» punito dall'art. 291-*quater* che è stato introdotto dalla legge 19 marzo 2001, n. 92 nel Testo Unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43.

<sup>51</sup> Sull'asserito troppo esteso rinvio a «valutazioni discrezionali» del giudice, da cui dipenderebbe la disapplicazione o meno delle esaminate norme in materia di prescrizione, che sconfinerebbero addirittura nell'ambito di scelte politico criminali da riservare al legislatore, si appunta gran parte delle critiche e censure sollevate contro la sentenza della Corte europea (in specie, con particolare enfasi polemica, cfr. V. MANES, *La «svolta» Taricco*, cit., 9 ss.). In realtà, al di là delle locuzioni letterali così estensivamente interpretate, è chiaro che va distinto quanto la Corte porta a *motivazione* dell'esigenza di disapplicazione (la prassi nazionale sopra esaminata, che rende inefficace la tutela penale astrattamente prevista «in un considerevole numero di casi»: § 58) e quanto invece demanda effettivamente al giudice nazionale di accertare (§ 44, 48-49), che non è sicuramente tale prassi, né situazioni generali, ma sono piuttosto «le circostanze di diritto» e di fatto rilevanti per la decisione del caso concreto, in cui deve conformarsi all'interpretazione fornita della norma del Trattato: questa deve prevalere sulla disciplina interna contrastante, da disapplicare nel rispetto ovviamente dei comuni canoni ermeneutici, fra cui quello dell'interpretazione sistematica e di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona (§ 55 ss.). Parallelamente, nel dispositivo finale sub 1), va distinto il primo periodo («Una normativa nazionale... idonea a pregiudicare ... in un numero considerevole di casi...»), che definisce l'oggetto generale della disapplicazione, dal secondo, invece, precettivo: «Il giudice nazionale è tenuto...».

lesiva degli interessi finanziari europei, contenuta nell'art. 2, par. 1, della citata Convenzione PIF, ratificata dall'Italia con la legge n. 300 del 2000.

Alla stregua di detta norma «dev'essere considerata *frode grave* qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50.000 ECU» (corsivo agg.).

In mancanza, infatti, di più puntuali disposizioni nazionali che vi abbiano dato specifica attuazione, l'obbligo del giudice di conformarsi al diritto europeo nell'applicazione del diritto penale, anche con riferimento alle stesse fonti del c.d. terzo pilastro<sup>52</sup>, qual è la Convenzione PIF, comporta che debba considerare ipotesi di «*frode grave*» – ai fini della disapplicazione delle menzionate disposizioni sul limite massimo del termine prescrizione – quelle che riguardino importi superiori a 50.000 Euro. E tale limite andrà applicato anche per delimitare le figure accessorie di responsabilità (per istigazione, complicità, tentativo), previste dalla stessa Convenzione e dai relativi protocolli addizionali, nonché l'ambito delle associazioni delittuose, che perseguano lo scopo di commettere frodi di valore superiore ad esso.

## 7. Osservazioni conclusive

In questa fase storica, la profonda crisi del progetto europeo non pare certo determinata dall'eccesso di competenze od «ingerenze» dell'Unione negli ordinamenti (e nelle politiche) nazionali, ma al contrario dalla *carenza* di suoi adeguati poteri e capacità di guida o, meglio, «governo» a livello sovranazionale, da imputare probabilmente anche alla mancata approvazione del Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa<sup>53</sup>, prima del suo allargamento ai nuovi Stati membri e delle

---

<sup>52</sup> Con riferimento alle decisioni quadro non attuate dallo Stato membro, si veda la sentenza della CGCE (Grande Camera) 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, secondo cui essendo «difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il *principio di leale cooperazione*, che *implica* in particolare che gli Stati membri adottino *tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione* dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale» (§ 42. Corsivi agg.), «il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea» (§ 43).

<sup>53</sup> Sulle aspettative suscitate dal quel Trattato, anche nel campo dello sviluppo del diritto penale europeo, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in S. CANESTRARI, L. FOFANI (cur.), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, 325 ss.

nuove sfide poste dalla crisi economica e finanziaria che stiamo vivendo. Di un tale effettivo «governo» vi è sempre più necessità, di fronte all'ampiezza e complessità dei fenomeni da regolamentare ed alle dimensioni ormai globali dei rapporti economici, politici e sociali da gestire. E la risposta del *giurista* non deve essere quella di rifugiarsi nell'illusoria o demagogica nicchia offerta da isolate risposte «nazionalistiche», di cui purtroppo abbiamo eclatanti esempi ed esiti nelle recenti vicende politiche di molti Stati membri, a partire dal caso estremo della Gran Bretagna.

Viceversa, la necessità e direi funzione strutturale del contributo che può dare il diritto, e dunque il suo interprete, è di mantenere fermo ed anzi garantire l'ampio approdo cui è giunta l'evoluzione delle fonti e delle regole normative che hanno creato e consolidato l'Unione europea, quale «ordinamento giuridico» cui proprio la giurisprudenza (vincolante) della Corte di Giustizia ha fornito storicamente fondamentali elementi di sviluppo e consolidamento, andando oltre le contingenti difficoltà «politiche» dell'Unione stessa<sup>54</sup>, o le sue singole scelte d'azione, come oggi quelle di *austerità* o monetarie, od in materia di immigrazione ed altro, che possono presentare ampi margini di insoddisfazione e criticità: con esse non va confusa l'Unione come istituzione, né in esse si esaurisce il suo *acquis* condiviso.

Muovendo da tale consapevolezza, non si può dunque prescindere da un approccio che privilegi, rispetto all'affezione per singoli contenuti della disciplina nazionale, i *principi* basilari stabiliti dai Trattati fra cui fondamentali sono proprio quello di *primazia* del diritto europeo (e dunque anche delle sentenze della Corte di Giustizia che lo interpretano) e l'obbligo di *leale cooperazione* degli Stati con l'Unione, che ne garantiscono l'esistenza stessa e su cui si basa, in definitiva, la concreta possibilità di coesione dei distinti ordinamenti giuridici e costituzionali, pur nel rispetto delle specifiche tradizioni.

Non è quindi ammissibile né fondato, in termini strettamente giuridici, oltre ad essere inaccettabilmente lacerante per l'ordinamento europeo, di cui siamo parte, invocare «controlimiti» costituzionali, ravvisati in singole disposizioni accessorie della disciplina penale, per contrastare

---

<sup>54</sup> Ad es. dopo l'esito negativo, in Francia e nei Paesi Bassi, dei due referendum concernenti l'approvazione del «Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa» del 2004 sono state significative la citata sentenza Pupino del 16 giugno 2005 e quella di poco successiva sulla tutela penale dell'ambiente, che ha riconosciuto una competenza penale implicita della stessa Comunità in materia (CGCE 13 settembre 2005, C-176/03), che hanno in qualche modo «anticipato» il superamento della divisione in pilastri e l'attribuzione di competenze penali «accessorie» all'Unione europea, come poi è stato previsto dal Trattato di Lisbona del 2007.

o paralizzare tali sovraordinati principi ed obblighi primari, fra cui va inclusa la competenza della Corte di Giustizia ad interpretare le norme primarie dei Trattati ed a stabilire quindi il rilievo immediatamente precettivo dell'art. 325 TFUE, solennemente affermato dalla Grande sezione nel pieno esercizio della sua funzione, vincolante per tutte le giurisdizioni europee.

Perfino la Corte costituzionale tedesca è sempre stata molto cauta a mettere in campo «controlimiti» derivati dal proprio *Grundgesetz*<sup>55</sup>, per l'effetto dirompente che intrinsecamente essi portano in una «comunità di diritto» in cui non si ha una precostituita gerarchia piramidale di fonti (e di diritti), tantomeno demandabile alle singole Corti nazionali, inevitabilmente portatrici delle sensibilità e tradizioni dei singoli Stati membri, difficilmente condivisibili da tutti i partecipi della stessa «comunità» (e talvolta anche all'interno della singola nazione).

Pari atteggiamento di prudenza ha tenuto anche il Tribunale costituzionale spagnolo, nel famoso caso Melloni, in cui, dopo aver demandato alla Corte di Giustizia europea la relativa questione, si è conformata alla sua decisione<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Si veda, in particolare, la sentenza sul Trattato Lisbona (*Bundesverfassungsgericht*, 30 giugno 2009, 2 BvR 1010/2008 etc., su cui può leggersi in italiano l'ampio resoconto con commento di M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 267 ss.), nella quale fornisce indicazioni sui compiti del Parlamento tedesco perché l'esercizio della competenza penale dell'Unione europea in materia penale, specie se ai sensi del par. 2 dell'art. 83 TFUE, avvenga in modo conforme ai principi cardine della Costituzione tedesca. Indicazioni fra l'altro già seguite dal *Bundestag* nella fase ascendente della procedura d'approvazione della direttiva 2014/ 57/UE relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, con un motivato parere del 23 maggio 2012 circa il mancato rispetto del principio di sussidiarietà (oltre che di determinatezza in campo penale) da parte del progetto presentato dalla Commissione europea al Parlamento nel 2011, cui sono seguite rilevanti modifiche del testo poi approvato (in argomento sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *European Union's Directives in Substantive Criminal Law: What Discontinuity in Respect to the Pre-Lisbon Instruments?*, in AA.VV., *Toward Scientific Criminal Law Theories*, Beijing, 2015, 1248 ss.). Più di recente si veda *Bundesverfassungsgericht*, sentenza 15 dicembre 2015, 2 BvR 2725/14, su cui si vedano i rilievi di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (9.5.2016).

<sup>56</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de España, sent. 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni, con commento di F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (9.3.2014) con ampi richiami alla questione decisa da CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni. Sottolinea come i giudici spagnoli abbiano voluto evitare ogni contrasto con quelli europei E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, ivi (26.2.2016).

Appare allora assolutamente fuori luogo e sproporzionato, prima ancora che infondato, invocare nel caso Taricco dei «controlimiti» costituzionali, che dovrebbero resistere al basilare principio di primazia del diritto europeo ed alla competenza interpretativa della Corte, confondendoli o fondandoli su pretesi «vizi» di mera legittimità costituzionale interna, non adeguatamente bilanciati con quello, col solo effetto (se non fine) di garantire l'applicazione «ulteriore» di una disciplina nazionale, già *ex se* fortemente sospetta di irragionevolezza e che il legislatore interno si appresta da molto tempo (e ci si augura: finalmente) a modificare, proprio per evitare o limitare l'effetto di impunità che troppo spesso ne deriva

Vi è dunque un'inammissibilità sostanziale, prima ancora che formale, della questione di legittimità costituzionale prospettata, che ha ad oggetto non tanto una norma, quale la *legge* dello Stato che ha ratificato il Trattato di Lisbona, quanto l'*interpretazione* che di una chiara disposizione precettiva di quest'ultimo, frutto di un lungo ed univoco sviluppo storico, ha dato la Grande sezione della Corte di Giustizia, con una sentenza che ha già *esplicitamente* escluso, con adeguata motivazione, che si possano ravvisare violazioni del diritto fondamentale, rappresentato dal principio di legalità in materia penale, nella disapplicazione delle esaminate norme interne sul limite massimo di prolungamento del termine di prescrizione, nel caso di gravi delitti di frode tributaria che danneggiano gli interessi finanziari europei, restando comunque sempre affidato al giudice nazionale il compito garantire che queste violazioni non avvengano nei casi concreti (come quando, ad esempio, risulti che il termine prescrizione sia ormai già definitivamente maturato nel corso del processo prima della decisione da prendere, o che avrebbe dovuto essere presa, per disapplicarlo).

Un'ultima notazione in prospettiva futura.

L'importanza di una chiara sentenza della nostra Corte costituzionale, che prenda convincente posizione sul *merito* dei diversi profili esaminati, appare tanto più auspicabile, in quanto non solo l'Unione in generale, ma anche lo specifico progetto di rafforzamento del «sistema» penale a protezione degli interessi finanziari europei vive una delicata fase di passaggio, emblematica delle tensioni fra una perdurante gelosia degli Stati membri per la loro sovranità in campo penale, e la necessità ineludibile di una più forte armonizzazione ed efficacia del diritto anche penale europeo.

Da un lato, proprio sulla base giuridica dell'art. 325 TFUE, la Commissione ha presentato fin dal 2012 una proposta di «Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede

gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale» (COM (2012) 363 final), che deve sostituire la menzionata Convenzione PIF risalente al 1995 e creare un quadro più fortemente armonizzato di fattispecie incriminatrici, sanzioni e regole di applicazione (comprese quelle sulla prescrizione), in grado di garantire l'«effettività» e l'«equivalenza», in *tutto* il territorio dell'Unione, della risposta sanzionatoria a questi gravi fenomeni, che si propagano e manifestano anche in altri reati strumentali o connessi, quali la corruzione, il riciclaggio, le manipolazioni negli appalti, ecc. Proposta che però sta incontrando non pochi ostacoli politici nell'*iter* di approvazione davanti al Parlamento europeo, sia per quanto concerne la predetta base giuridica, contestata a favore della più flessibile e generica previsione dell'art. 83, in specie par. 2, TFUE, molto più gradita agli Stati membri<sup>57</sup>, sia per quanto concerne proprio le disposizioni in materia di prescrizione, al momento stralciate<sup>58</sup>.

D'altro lato, la Commissione ha presentato nel 2013 anche un'articolata proposta di «Regolamento per l'istituzione del Procuratore europeo» (COM (2013) 534 final), sulla base dell'art. 86 TFUE, che dovrebbe avere specifica competenza per condurre indagini, esercitare l'azione penale e trarre a giudizio gli autori e complici dei predetti reati che offendono gli interessi finanziari europei<sup>59</sup>. Ebbene, anche tale parallelo *iter* legislativo sta incontrando forti resistenze politiche da parte di molti Stati, che hanno richiesto incisive modifiche, tali da poter snaturare la funzione stessa di questa nuova istituzione europea, rischiando di ridurla a mero organo di coordinamento e cooperazione fra pubblici ministeri nazionali<sup>60</sup>.

Insomma: non sembrano oggi messi a rischio, da parte dell'Unione europea, i diritti fondamentali della persona nel diritto penale e non appare necessaria la discesa in campo di «controlimiti» costituzionali, per por argine agli effetti della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Ta-

---

<sup>57</sup> In quanto nella fase ascendente del processo legislativo può operare il c.d. freno d'emergenza, per quanto riguarda il rispetto del principio di sussidiarietà (art. 83, par. 3 TFUE).

<sup>58</sup> In argomento si rinvia al quadro tracciato da A. VENEGONI, *Il difficile cammino della Proposta di Direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva P.I.F.): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, doc. 328, 2442 ss.

<sup>59</sup> Sulle modifiche e raccomandazioni proposte al testo del progetto presentato dalla Commissione, si veda però la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 al sito istituzionale [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>60</sup> Cfr., per alcuni spunti, sul tema R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (18 luglio 2013).

ricco: ma è piuttosto necessario un richiamo forte e chiaro all'urgenza di respingere, dal punto di vista del diritto europeo e del diritto costituzionale interno, il riemergere di un irrazionale «nazionalismo penale», che sarebbe in grado di sovvertire davvero le acquisizioni giuridiche faticosamente raggiunte in tanti anni sulla strada del progetto europeo o, comunque, di frenarne lo sviluppo, già così difficile, in un momento in cui si sente invece maggiore bisogno di un suo rilancio.

ANTONIO RUGGERI

A DIFESA DELLA IDONEITÀ DELLE NORME EUROUNITARIE  
A DEROGARE A NORME COSTITUZIONALI SOSTANZIALI  
E DELLA «EUROPEIZZAZIONE» DEI CONTROLIMITI\*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive a riguardo della soglia mobile dei controlimiti e della tendenza, ancora da ultimo affermatasi, a spostarla in avanti, al fine di contenere l'avanzata del diritto europolitico entro le mura domestiche. – 2. Il vizio di origine, ad oggi non rimosso, costituito dalla ricezione con legge comune dei trattati in cui si concretano le limitazioni di sovranità, la tesi che vuole circoscritte queste ultime alle sole norme costituzionali che stabiliscono l'ordine delle competenze, l'estensione delle limitazioni medesime, secondo «diritto vivente», altresì alle norme costituzionali sostantive. – 3. Il vincolo posto dall'art. 4.2 TUE alle norme dell'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali e l'assonanza coi controlimiti, *ex art. 11 Cost.*, tra modello ed esperienza. – 4. La struttura internamente composita dell'identità costituzionale, dello Stato come pure dell'Unione, la (supposta) mancata «europeizzazione» dei controlimiti e la sua critica.

1. *Notazioni introduttive a riguardo della soglia mobile dei controlimiti e della tendenza, ancora da ultimo affermatasi, a spostarla in avanti, al fine di contenere l'avanzata del diritto europolitico entro le mura domestiche*

«L'Italia ... consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Una delle tante formule costituzionali, quella iscritta nell'art. 11, dalla prosa piana e scorrevole, immediatamente accessibile anche da parte dei non iniziati, connotato peraltro proprio dell'in-

---

\* In questo scritto, che consegno per la stampa il 20 luglio 2016, mi sforzo di replicare ad alcune notazioni critiche avanzate nei riguardi di alcune tesi argomentate in miei precedenti lavori e ulteriormente precisate nella relazione svolta al Convegno, dal titolo *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, che può vedersi anche in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 9 aprile 2016; quest'ultima sede ha di recente ospitato una densa riflessione contenuta nella comunicazione al Convegno stesso di O. CHESSA, Meglio tardi che mai. *La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, cui è qui prestata specifica attenzione.



tera Carta<sup>1</sup>, e che però ha attratto (e seguita senza sosta ad attrarre) su di sé, come il miele le api, un nugolo di commentatori pronti ad impossessarsene ed a farne oggetto di letture di vario e persino opposto segno. Un fenomeno in crescita inarrestabile, come hanno, ancora non molto tempo addietro, testimoniato gli interventi al nostro Convegno; ed un fenomeno che dà, dunque, conferma del fatto che, a quasi settant'anni da quando la formula stessa è stata coniata, praticamente ogni suo termine manifesti ancora oggi il bisogno di essere spiegato, persino quelli che esprimono il soggetto e la forma verbale dell'enunciato. Proprio il secondo parrebbe essere quello che, a mio modo di vedere, maggiormente marca la distanza dal linguaggio comune, per effetto della sua conversione ed ambientazione al piano del linguaggio giuridico<sup>2</sup>, se è vero che – come si tenterà di mostrare – le limitazioni cui fa riferimento l'enunciato stesso si pongono non già quale il frutto di una «graziosa» concessione (di un «consenso») bensì quale la lineare, conseguente (e, perciò, a conti fatti, *obbligata*) soluzione richiesta dalla Costituzione al fine di potersi fino in fondo affermare, specie nei suoi fini-valori posti a fondamento della Repubblica, in talune circostanze ed al verificarsi di certe condizioni.

È lo Stato a «consentire» ecc., secondo quanto peraltro avvalorava il riferimento alla parità con gli *altri* Stati; gli effetti, però, che ne discendono coinvolgono la Repubblica in ciascuna delle sue articolazioni, anche dunque in quelle che si affiancano all'organizzazione statale, ovvero sia – per dirla con le parole adoperate dalla riforma «Renzi-Boschi» – nelle «istituzioni territoriali» che compongono la Repubblica stessa.

Per vero, ove si ammetta – come devesi – che anche le «istituzioni» in parola (e, segnatamente, le Regioni) possono porre in essere, per esplicito riconoscimento costituzionale, attività di rilievo internazionale (e sovranazionale), specie a mezzo di «accordi» o «intese» con Stati esteri o enti esponenziali di altri ordinamenti, dovrebbe concludersi che già nel momento genetico, produttivo delle limitazioni in discorso, l'Italia può

<sup>1</sup> Rammento, al riguardo, il fermo proposito dichiarato da M. Ruini al momento dell'insediamento della Commissione dei settantacinque, con l'invito rivolto a quest'ultima ed all'intera assemblea a far luogo alla redazione di una Carta dalla prosa «piana, semplice, comprensibile anche alla gente del popolo» e, «per quanto possibile, italiana» [una opportuna sottolineatura del punto, già, in E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 212 e, ora, in P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014, 16 maggio 2014, spec. al § 1.2. Si è tornati a discutere del linguaggio della Costituzione al confronto con quello delle leggi in occasione delle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) dedicate a *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015, i cui *Atti* sono ora venuti alla luce per i tipi della Pisa University Press, a cura di P. Caretti e R. Romboli].

<sup>2</sup> Sul carattere complesso del rapporto tra linguaggio comune e linguaggio giuridico, v., per tutti, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.

presentarsi con più volti, non necessariamente ed esclusivamente venendo rappresentata dallo Stato in seno alla Comunità internazionale o in organizzazioni sovranazionali.

Senza, tuttavia, ora riprendere questa pur intricata questione teorica, dalle molte e gravi implicazioni di ordine politico-istituzionale – ciò che porterebbe troppo oltre l'*hortus conclusus* entro il quale questa riflessione è tenuta a stare –, può esser sufficiente qui far notare come anche le limitazioni discendenti da (o variamente collegate ad) attività dei soggetti di autonomia – quali sono comunemente considerati gli enti in parola, in ciò differenziati da quello che *sarebbe* il solo, vero soggetto sovrano, lo Stato – debbano comunque aver fondamento in previe (e nei loro riguardi fondanti) attività poste in essere dallo Stato stesso, che dunque costituiscono, a un tempo, il *fine* e il *confine* delle limitazioni suddette (e, risalendo, delle attività che le determinano).

Non considero, invece, risolutivo, a confutazione della tesi sopra enunciata, la circostanza, in cui ancora oggi la comune opinione si riconosce, secondo cui sarebbe privo di ogni logica ammettere che enti in sé non «sovrani» (ma, appunto, «autonomi») possano dar vita a limitazioni di sovranità; e ciò, a motivo del fatto che, per ragioni sulle quali non posso ora nuovamente intrattenermi e che mi sono sforzato di argomentare altrove, mi parrebbe in radice bisognosa di critico ripensamento la dicotomia sovranità-autonomia (l'una condizione essendo propria del solo ente originario, lo Stato, l'altra invece caratterizzante gli enti «derivati»), una volta che risulti invece provato che l'unico vero sovrano *in senso oggettivo* (o, meglio, *assiologico-oggettivo*) è la Costituzione, ogni altro potere «sovrano» sulla stessa fondato risultando, di necessità, «derivato» da questa e, perciò, suscettibile di farsi valere unicamente nelle forme e nei limiti in essa stabiliti<sup>3</sup>.

I «limiti», o meglio i «*limiti dei... limiti*» della sovranità: qui è, *in nuce*, il cuore della questione teorica oggi nuovamente discussa. Possiamo, certamente, tenere distinta, a finalità di analisi, l'idea di limite da

---

<sup>3</sup> Sovrano non è infatti colui che è chiamato tale ma chi conferisce la sovranità e – ciò che praticamente più importa – ne individua le forme e i limiti di esercizio: la Costituzione. La conversione della sovranità dal piano soggettivo a quello oggettivo mi parrebbe, dunque, essere logicamente obbligata; e ciò, a prescindere dal fatto che essa quindi specificamente si appunti – secondo una sua raffinata rappresentazione teorica (G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005), cui ho dichiarato in altri luoghi adesione – nei valori fondamentali dell'ordinamento (e, perciò, nei principi parimenti fondamentali che vi danno forma positiva) oppure, in modo indistinto, in ciascuna delle norme espressive di potere costituyente. Non è, tuttavia, senza conseguenze la circostanza per cui la gran parte di tali norme si consideri dalla comune opinione disponibile da parte del potere costituito di revisione, diversamente dalle norme che danno i principi suddetti.

quella di sovranità ma le due cose finiscono poi fatalmente col sovrapporsi, fino a confondersi del tutto l'una con l'altra.

La soglia comunemente considerata invalicabile da qualsivoglia atto avente origine esterna che pretenda di farsi valere in ambito interno è data – come si sa – dai principi fondamentali dell'ordinamento<sup>4</sup>: i soli materiali normativi che, a motivo della loro durezza, non possono essere scalfiti da ogni manifestazione di potere costituito, a partire da quelle che si hanno a mezzo degli atti idonei all'innovazione costituzionale, e che possono essere «frantumati», polverizzati, unicamente in modo forzoso, ad opera appunto di un nuovo potere costituente.

Non mancano, tuttavia, tesi<sup>5</sup> che, con specifico riguardo al diritto dell'Unione, hanno spostato ancora oltre la soglia suddetta, col dichiarato intento di contenere fin dove possibile il sacrificio o, diciamo pure, il danno per la sovranità e, di riflesso, per la Costituzione. Una soluzione, quella patrocinata da questa dottrina, espressiva di un indirizzo metodico-teorico tuttavia, a mia opinione, non condivisibile e – temo, per ciò che più conta – suscettibile di rivoltarsi a mo' di *boomerang* proprio avverso quella sovranità e quella Costituzione che si vorrebbero invece mettere al riparo da invasioni *ab externo* giudicate indebite.

Un'autentica eterogenesi dei fini, dunque, quella cui si espone la tesi qui non accolta.

E mi sforzo ora di dire perché.

2. *Il vizio di origine, ad oggi non rimosso, costituito dalla ricezione con legge comune dei trattati in cui si concretano le limitazioni di sovranità, la tesi che vuole circoscritte queste ultime alle sole norme costituzionali che stabiliscono l'ordine delle competenze, l'estensione delle limitazioni medesime, secondo «diritto vivente», altresì alle norme costituzionali sostantive*

Avverto subito che la tesi in parola dispone di buoni argomenti a suo sostegno offerti dalla vicenda che ha connotato l'avvio dell'esperienza (dapprima comunitaria e, sulla scia di questa, di poi eurounitaria), un'esperienza che, per ragioni storico-politiche a tutti note, è maturata

---

<sup>4</sup> Si danno, per dottrina e giurisprudenza corrente, atti provenienti dalla Comunità internazionale (e, segnatamente, trattati in genere e, per ciò che qui maggiormente importa, Carte dei diritti) obbligati a prestare ossequio alle norme costituzionali in genere. Con riserva di critica riconsiderazione di questa opinione, al momento è sufficiente rammentare che, comunque, i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale sono, in modo pressoché pacifico, giudicati intangibili da qualsivoglia atto.

<sup>5</sup> ... e, tra queste, quella ora finemente argomentata da O. CHESSA, *Meglio tardi che mai*, cit.

all'insegna della improvvisazione, sotto la pressione di congiunturali esigenze, pervenendo quindi ad esiti oggettivamente pasticciati, come tali passibili di facile critica.

Mi riferisco alla circostanza per cui le limitazioni di sovranità avutesi al momento della istituzione delle Comunità europee si sono concretate – come si sa – a mezzo di leggi comuni che hanno fatto da veicolo per la immissione in ambito interno di norme, originarie e derivate, aventi origine esterna cui tuttavia la comune opinione, con l'apporto determinante di una coraggiosa (o temeraria?) giurisprudenza, ha riconosciuto l'idoneità ad esprimere una forza «paracostituzionale» o, diciamo pure, costituzionale *tout court*.

Il salto logico è evidente.

L'art. 11 enuncia, infatti, il principio fondamentale per cui possono aversi limitazioni di sovranità, contiene cioè una dichiarazione astratta, di principio appunto, bisognosa nondimeno di tradursi – mi è parso giusto rilevare già molti anni addietro – nelle forme costituzionali sue proprie, le sole abilitate ad offrire «copertura» a norme sovranazionali suscettibili di proiettarsi allo stesso piano costituzionale e in esso quindi esprimere la formidabile forza normativa suddetta.

Altro è cioè la limitabilità della sovranità, altra cosa il modo giusto per darvi forma e portarla ad effetto. L'appartenenza dell'Italia alle Comunità prima e, oggi, all'Unione avrebbe, dunque, dovuto poggiare su una *Europaklausel* inscritta nella stessa Costituzione, così come peraltro si è avuto in altri ordinamenti; e faccio al riguardo di sfuggita notare che l'innovazione in parola avrebbe comportato una (a mia opinione, per le ragioni che subito dirò, legittima) integrazione di un principio fondamentale o, forse meglio, la sua lineare e corretta specificazione a mezzo di un nuovo comma aggiunto in coda allo stesso art. 11<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La qual cosa, poi, per la sua parte conferma che gli stessi enunciati espressivi di principi fondamentali sono passibili di innovazioni positive, sempre che si abbiano nel segno della continuità ed al fine di far espandere l'area coperta dai principi stessi, consentendo a questi ultimi di esprimersi al meglio, alle condizioni di contesto, del loro formidabile potenziale assiologico-normativo. Le innovazioni sono dunque possibili laddove abbiano *finalità inclusiva*, non già *esclusiva* o *riduttiva*. In un non dissimile ordine teorico-ricostruttivo, ma con diversi svolgimenti argomentativi, G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, 1183 ss., spec. 1206, a cui opinione le sole revisioni costituzionali vietate sarebbero quelle a finalità di restaurazione; con riguardo alle revisioni costituzionali in genere, nel mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss., è poi enunciata la tesi secondo cui esse si giustificano alla duplice condizione che sia acclarata l'inadeguatezza (o, diciamo pure, l'irragionevolezza) delle formule normative modificate o rimosse e che si abbia la fondata aspettativa che le nuove formule possano offrire un ancora più adeguato servizio ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Una legge costituzionale che, una volta per tutte, conferisse a norme di origine esterna il titolo per derogare alle stesse norme costituzionali (oltre che, ovviamente, a quelle comuni) non avrebbe potuto far storcere il naso neppure ai più strenui difensori della sovranità «nazionale»; ed è pacifico – a stare all’indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ormai affermatosi – che siffatta autorizzazione si sarebbe comunque arrestata davanti ai principi fondamentali, nei riguardi dei quali le stesse leggi costituzionali sono tenute a mostrarsi rispettose<sup>7</sup>. Piuttosto, per lo scenario ora delineato, si sarebbe potuto discutere circa l’ammissibilità di deroghe a norme sovranazionali ad opera di norme costituzionali sopravvenienti, per ciò stesso derogatorie nei riguardi della *Europaklausel* suddetta. Un’ipotesi che, invero, si ripropone ancora oggi sol che si pensi che il limite della osservanza degli obblighi aventi origine esterna in genere è stato introdotto nel nuovo art. 117, I c., con legge di revisione costituzionale e che, comunque, l’osservanza stessa parrebbe restare circoscritta alle sole leggi comuni (statali e, ovviamente, regionali)<sup>8</sup>.

Dal mio punto di vista, questo, al pari di ogni altro problema che attenga alle dinamiche della normazione nel tempo, richiede di essere riguardato da una prospettiva assiologico-sostanziale e risolto a mezzo di delicate operazioni di bilanciamento secondo i casi ed alla luce – si badi – non del solo valore fondamentale della pace e della giustizia tra le Nazioni ma dell’intera tavola dei valori fondamentali, visti appunto nel loro fare «sistema», secondo quanto peraltro la stessa giurisprudenza costituzionale con particolare insistenza sollecita a fare<sup>9</sup>.

Se, infatti, si avesse riguardo al solo valore della pace e della giustizia, in considerazione del suo carattere fondamentale, sarebbe giocoforza concludere che neppure con legge costituzionale lo Stato potrebbe successivamente riprendersi la sovranità «ceduta»<sup>10</sup>. Dunque, a seguire il ra-

<sup>7</sup> Quest’ultima affermazione è, in realtà, bisognosa di non poche precisazioni teoriche, ad alcune delle quali ho appena fatto cenno in nt. prec. mentre di altre dirò a momenti.

<sup>8</sup> Per la verità, quanto alle leggi dello Stato non si dice espressamente che il vincolo resta circoscritto ai soli atti comuni di normazione; la *sedes materiae*, da un canto, e, dall’altro, il fatto che il vincolo stesso è stato introdotto con legge di revisione non lasciano, tuttavia, dubbi a riguardo della tesi patrocinata nel testo.

<sup>9</sup> Così, part., in merito ai rapporti tra diritto interno e CEDU; ma del canone sistematico si ha – come si sa – traccia in numerosi ambiti materiali di esperienza ed alle più varie finalità ricostruttive.

<sup>10</sup> E di questo, a conti fatti, si tratta, checché se ne dica da parte di quanti con sottili ragionamenti tengono distinte le «limitazioni» dalle «cessioni» suddette. Che poi lo Stato possa riprendersi le «cessioni» già fatte (se non altro, avvalendosi dell’arma del recesso dall’Unione, ancora fino a poco tempo considerata spuntata e però ora azionata – come si sa – con la *Brexit*, i cui prossimi sviluppi restano, nondimeno, ad oggi confusi ed incerti) è questione teorica non poco complessa che obbligherebbe a svolgimenti argomentativi qui non consentiti.

gionamento suddetto, neppure con legge costituzionale sarebbe possibile apportare deroghe alla disciplina sovranazionale. Ed è singolare la circostanza per cui la legge costituzionale introduttiva della *Europaklausel* porrebbe, dalla prospettiva ora adottata, un vincolo insuperabile al legislatore costituzionale futuro, *usque ad aeternitatem...*<sup>11</sup>. Un esito, questo, che parrebbe doversi tener fermo, quanto meno fintantoché dovesse perdurare l'appartenenza dello Stato alle organizzazioni provviste di «copertura» nell'art. 11 (e, dunque, per ciò che qui specificamente importa, all'Unione), mentre non varrebbe più (o, meglio, *parrebbe* non valere più) con riguardo alla decisione «sovrana» di recedere dalle organizzazioni medesime.

Le cose, tuttavia e per fortuna, non stanno così: vuoi per il fatto che quello della pace e della giustizia non è il solo principio fondamentale né comunque è un principio che possa, al pari di ogni altro, vantare l'insana pretesa alla propria «tirannica» ed incondizionata affermazione, dovendosi comunque misurare e costantemente bilanciare coi principi restanti, e vuoi per la circostanza che la armonica composizione dei beni della vita costituzionalmente protetti evoca in campo (non già le *fonti* bensì) le *norme* che ne fanno oggetto di disciplina, obbligando pertanto ad una composizione delle stesse in ragione del caso e in vista della affermazione della Costituzione *magis ut valeat*.

Ora, la circostanza per cui ai trattati «comunitari» è stata data esecuzione con legge comune non ha fatto da ostacolo – come si sa – al riconoscimento a beneficio delle norme sovranazionali della forza «paracostituzionale» suddetta. Quest'esito è, d'altronde, in linea con quello raggiunto in altri campi di esperienza nei quali parimenti si riscontra la «copertura» offerta da principi fondamentali (così, in ispecie, per ciò che concerne il posto in ambito interno delle norme concordatarie e di quelle di diritto non scritto della Comunità internazionale). È vero che la convergenza nell'esito suddetto potrebbe considerarsi una mera, fortunata coincidenza, specie se si considera il diverso tenore degli enunciati costituzionali che fanno richiamo alle norme in parola. Resta, nondimeno, il fatto in sé del non differenziato regime di cui esse godrebbero; ed è allora da chiedersi se davvero si tratti di una mera coincidenza.

---

<sup>11</sup> Per questo verso, tornando alla novità introdotta nell'art. 117, I c., laddove dovesse ritenersi che le relazioni interordinamentali abbiano quale esclusivo loro punto di riferimento il valore della pace e della giustizia, sarebbe giocoforza concludere nel senso che dalla considerazione del disposto suddetto nel suo fare «sistema» con (o, meglio, nel suo ricevere «copertura» dal) l'art. 11 discenderebbe l'impossibilità di qualsivoglia deroga alle norme dell'Unione, seppur operata a mezzo dei massimi atti di potere costituito, rivestiti delle forme di cui all'art. 138.

Sta di fatto che le limitazioni di cui discorre l'art. 11 coinvolgono la sovranità, vale a dire ciò che dà l'essenza della Repubblica; non a caso, d'altronde, è col riferimento ad essa che si apre la Costituzione.

Non v'è oggi autore, che io sappia, nemmeno tra coloro che maggiormente tentano di arginare i limiti all'esercizio della sovranità, che abbia *per intero* sottratto le norme costituzionali dalla traiettoria percorsa dalle norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie. L'idea ora affacciata da O. Chessa<sup>12</sup> è che le limitazioni in parola riguardano esclusivamente l'ordine costituzionale delle competenze, senza dunque potersi portare anche nel campo coperto dalle norme costituzionali sostantive. I «controlimiti» – per riprendere, ancora una volta, la fortunata formula coniata da P. Barile ormai in uso<sup>13</sup>, malgrado le sue non rimosse ambiguità semantiche<sup>14</sup> – dovrebbero, dunque, entrare in gioco ogni qual volta vi sia una minaccia proveniente *ab extra* per qualunque norma costituzionale diversa da quelle riguardanti l'ordine suddetto.

Si porrebbe subito opporre che, in realtà, nessuna esplicita indicazione in tal senso si ha nell'enunciato costituzionale ma sarebbe allora doveroso riconoscere che neppure si hanno sicure indicazioni di segno opposto, che avvalorino la tesi comunemente accolta. Parrebbe, insomma, che l'art. 11 – per ciò che dice e, soprattutto, per ciò che non dice – si apra *legittimamente* a letture di vario segno, persino radicalmente distanti tra di loro, e che l'opzione per questa o quella sia, a conti fatti, ideologicamente preorientata.

Se – come non di rado accade – la lettera dell'enunciato non è risolutiva al fine della chiarificazione teorica di quest'ultimo, risolutivo può (e deve) essere il modo della sua implementazione nell'esperienza, tanto più laddove – come qui – quest'ultimo appaia in grado di far conseguire un ragionevole, accettabile temperamento tra le esigenze che fanno capo alla salvaguardia della identità costituzionale (e, per ciò pure, dunque, della sovranità, che di quest'ultima è parte integrante e qualificante) e le esigenze che fanno capo alla appartenenza della Repubblica ad organizzazioni internazionali dalla cui esistenza dipende

<sup>12</sup> ... in *Meglio tardi che mai*, cit.

<sup>13</sup> Per la verità, il chiaro Maestro fiorentino discorreva di «controlimitazioni», e non di «controlimiti», ma – al di là delle precisazioni al riguardo ancora di recente fatte (M. LUCIANI, nella relazione al nostro Convegno, dal titolo *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, ora anche in *www.rivistaaic.it*, 2/2016, 15 aprile 2016, 7, da cui di qui in avanti sono tratti i riferimenti) – l'un termine è stato (ed è) usualmente ritenuto coincidente con l'altro.

<sup>14</sup> Su ciò, le precisazioni di J. LUTHER, *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle de l'Allemagne*, relaz. al nostro Convegno, in *paper*.

(anche, seppur non solo) il mantenimento della pace e della giustizia fra le Nazioni<sup>15</sup>.

Davanti ad un enunciato la cui struttura nomologica risulti fatta a maglie larghe (o larghissime), decisiva è, dunque, la circostanza per cui – piaccia o no – un granitico «diritto vivente» si è ormai formato nel senso che, *con la sola eccezione dei principi fondamentali*, ogni altra norma costituzionale, sostantiva ovvero organizzatoria, parrebbe rientrare nella disponibilità dell'Unione. Ed è – ciò che più importa – una soluzione, questa, come si viene dicendo, *obbligata*, per la elementare e, a mia opinione, risolutiva ragione che, ove le norme eurounitarie dovessero arrestarsi davanti a questa o quella norma costituzionale di questo o quel Paese appartenente all'Unione, si correrebbe il rischio (che, però, è quasi certezza) di non poter raggiungere gli obiettivi che giustificano l'esistenza stessa dell'Unione (e, *per ciò stesso*, si pregiudicherebbe il mantenimento della pace e della giustizia tra le Nazioni).

Ecco perché – come si diceva in esordio di questa succinta riflessione – la tesi che vuole, in punto di astratto diritto, sottratta alla traiettoria del diritto eurounitario qualsivoglia norma costituzionale diversa da quelle relative all'ordine delle competenze finisce col privare di fondamento e di forza le stesse norme sovranazionali a beneficio delle quali si hanno le limitazioni di sovranità, deviandole dal bersaglio cui esse possono (e, in talune circostanze, *devono*) puntare, per esplicito riconoscimento costituzionale, a presidio del valore di pace e giustizia<sup>16</sup>.

### 3. *Il vincolo posto dall'art. 4.2 TUE alle norme dell'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali e l'assonanza coi controlimiti, ex art. 11 Cost., tra modello ed esperienza*

Il riferimento ai principi fondamentali, quale unica soglia invalicabile dal diritto sovranazionale, non appare, peraltro, di certo casuale. An-

<sup>15</sup> In realtà, come si tenterà di mostrare a momenti, i due corni dell'alternativa appaiono distinti (o, meglio, contrapposti) ad una prima, ma erronea, impressione e richiedono piuttosto di essere riportati ad unità, ove si convenga – come, a mia opinione, si deve – che l'appartenenza all'Unione o ad altre organizzazioni costituisca al fine di preservare la pace e la giustizia è elemento connotativo della identità costituzionale.

<sup>16</sup> ... e non solo di questo, ove si convenga che, specie sul terreno su cui maturano le esperienze di tutela dei diritti fondamentali, le norme dell'Unione che dei diritti stessi danno il riconoscimento, allo stesso tempo in cui servono la causa della pace e della giustizia, possono offrire il loro non nominale concorso all'appagamento dei valori di libertà ed eguaglianza, secondo quanto di tenterà di mostrare meglio a momenti [in merito alle conquiste raggiunte a beneficio dei valori suddetti grazie all'applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo, indicazioni possono, da ultimo, aversi dai contributi riuniti in *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2016].



che a riguardare ai rapporti tra Unione e Stati dal punto di vista della prima, è noto che unica condizione indeclinabile posta all'ingresso nell'Unione stessa è data dall'adesione da parte di chi ne faccia richiesta ai valori propri delle liberal-democrazie, tant'è che, ove essi non risultino effettivamente garantiti, non è più consentito permanervi (se ne può uscire volontariamente – come ha testimoniato la *Brexit* –, anche a prescindere dalla condizione suddetta, ma non si può restare nell'Unione ove essa venga meno).

Ciò posto, è pur vero che anche i principi fondamentali comuni o – per riprendere una nota formula di giurisprudenziale fattura, allignata e cresciuta sul terreno su cui maturano le vicende processuali dei diritti fondamentali – le «tradizioni costituzionali comuni», affermandosi in ambiti storico-positivi ed istituzionali diversi, possono assumere (ed effettivamente assumono) sembianze parimenti diverse, possono appunto *contestualizzarsi*. E basti solo pensare ai due valori transepocali di libertà ed eguaglianza, componenti – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* in cui si rispecchia e svolge il valore «supercostituzionale» della dignità della persona umana: valori, nondimeno, non autenticamente universali ma tendenti alla loro universalizzazione, malgrado le resistenze frapportevi da quanti si fanno portatori di culture frontalmente contrastanti quella liberal-democratica, che sconoscono il significato della tolleranza e che si avvalgono – perlomeno alcune di esse – del braccio armato del terrorismo internazionale.

Ebbene, i valori suddetti ricevono in ciascuno degli ordinamenti che fanno parte dell'Unione, così come in molti altri a questa estranei, svolgimenti positivi ed implementazione nell'esperienza (specie giurisprudenziale) anche significativamente differenziati, ferma ad ogni buon conto restando la comune ispirazione ideale.

*Ex pluribus una*. È così che vuole farsi e portarsi avanti, pur tra notevoli difficoltà, non rimosse contraddizioni e complessive carenze, l'Unione; ed è chiaro che il termine che evoca l'idea del molteplice si riferisce non soltanto alla diversità delle strutture e dei modelli organizzativi in genere ma anche alle forme di articolazione e di svolgimento delle «tradizioni» costituzionali.

Nei riguardi di queste ultime l'Unione esprime il fermo proposito di offrirvi il massimo rispetto. È questo il genuino, particolarmente qualificante ed espressivo significato della formula – non a caso, costitutiva di uno dei principi fondanti l'Unione – di cui all'art. 4.2 TUE<sup>17</sup>, che fa ob-

---

<sup>17</sup> ... in merito alla quale, tra i molti altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*,

bligo all'Unione stessa di prestare ossequio non già (o non soltanto) alle «tradizioni costituzionali comuni» ma agli stessi principi di struttura dei *singoli* Stati-membri; e non è senza significato che al fine di assicurare il rispetto della identità nazionale si faccia riferimento alla «struttura *fondamentale*, politica e costituzionale» degli Stati ed alle loro «funzioni *essenziali*», avuto particolare riguardo a quelle «di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale»<sup>18</sup>.

Sulla formula non posso ora tornare ad indugiare, avendone detto in altri luoghi di riflessione scientifica<sup>19</sup>. Mi limito qui solo ad invitare a riflettere su due cose.

La prima è l'assonanza delle prospettive da cui, tanto da parte dell'Unione che dello Stato, si guarda alle relazioni interordinamentali, focalizzandosi specificamente l'attenzione sui principi di struttura, attorno ed a salvaguardia dei quali le relazioni stesso possono avere fisiologico e proficuo svolgimento; così, perlomeno, parrebbero stare le cose *secondo modello*. Sensibilmente da questo distante risulta invece essere l'esperienza, sia quella maturata in seno all'Unione che quella avutasi in alcuni Stati (e, tra questi, il nostro), laddove i «controlimiti» sono stati – come si sa – più volte predicati ma non fatti effettivamente valere<sup>20</sup>. Fanno eccezione, ma appunto di eccezione pur sempre si tratta, le vicende avutesi

---

Torino, 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Milano, 2004, 23 ss.

<sup>18</sup> Rileva il carattere (a suo dire) ambivalente del primo segmento dell'enunciato O. CHESSA, *op. cit.*, § 9, prospettandone una lettura congeniale alla tesi di fondo patrocinata nel suo scritto, mentre trascura di soffermarsi sul secondo che, col richiamo alla «essenzialità» di alcune funzioni, parrebbe considerare superabili dalla normativa dell'Unione le funzioni «non essenziali».

<sup>19</sup> Di recente, in *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, in *Consulta OnLine*, 1/2016, 15 febbraio 2016, 114 ss., nonché in *Le tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti, V. Piccone, Napoli, 2016, 101 ss., e in *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale?*, cit.

<sup>20</sup> In argomento, tra i molti altri, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in *www.federalismi.it*, 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI, V. CAPUOZZO, I. DEL VECCHIO, A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*; M. CONDINANZI, *I controlimiti come sintesi ideale tra primato da affermare e identità nazionale da rispettare*, in *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 2015, 119 ss.

presso alcuni ordinamenti<sup>21</sup>, tant'è che con malcelato orgoglio il Presidente della Corte dell'Unione si è, ancora non molto tempo addietro<sup>22</sup>, fatto vanto della sostanziale acquiescenza manifestata dalle giurisprudenze nazionali nei riguardi di quella eurounitaria; si vedrà, poi, come evolverà il caso *Taricco*, al momento in cui si consegna per la stampa questo scritto ancora pendente alla Consulta. Non mi pare, poi, che giovi far richiamo<sup>23</sup> alla nota sent. n. 238 del 2014, relativa ad un caso del tutto peculiare, non generalizzabile, e, soprattutto, ad un ambito di esperienza che nulla ha a che fare con quello delle relazioni tra Unione e Stati.

Se dovessimo, insomma, dar credito all'esperienza, non solo più volte si è assistito a sostanziali deroghe nei riguardi di norme costituzionali, tanto organizzatorie quanto sostantive, ma si è persino assistito al superamento di fatto, ancorché abilmente mascherato, dei principi fondamentali, senza che esso, per una ragione o per l'altra, sia stato denunziato e fatto valere con le forme usuali dell'annullamento della legge di esecuzione «*nella parte in cui...*»<sup>24</sup>.

Come che sia di ciò, il modello risultante da *norme materialmente costituzionali*, tra le quali appunto quella di cui al cit. art. 4.2<sup>25</sup>, è nel senso di circoscrivere l'area dei «controlimiti» in cui la sovranità dello Stato può (e deve) essere appieno recuperata e fatta valere ai soli principi fondamentali di diritto interno.

---

<sup>21</sup> Riferimenti in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 4/2012, 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberro Llivina, Cambridge, 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al II Seminario annuale di *Diritticomparati.it* su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *paper*. Riferimenti anche in alcuni contributi che sono in *Costa/ENEL: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, cit.

<sup>22</sup> ... in occasione di un *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale* svoltosi il 12 e 13 novembre 2015 presso la Corte di Cassazione, i cui contributi sono ora riuniti in *Le tutele nel dedalo d'Europa*, cit.; lo scritto di K. LENAERTS ha per titolo *L'eredità del procedimento Costa v. Enel*, ed è a 15 ss.

<sup>23</sup> ... come pure s'è fatto da parte di molti autori.

<sup>24</sup> E basti, a darne irrefutabile conferma, una circostanza per tutte: nessuna norma (ieri comunitaria ed oggi) eurounitaria è stata mai arrestata ai confini di Stato per violazione del principio di eguaglianza, laddove non si contano più i casi di leggi nazionali annullate per violazione dello stesso.

<sup>25</sup> ... che, anzi, proprio per il fatto di disporre a riguardo dei rapporti tra le norme dell'Unione e i principi di struttura di diritto interno, si situa al cuore della «materia» costituzionale.

Ora, il disposto appena richiamato fa parte di un trattato cui è stata data esecuzione, così come si è fatto per gli altri che l'hanno preceduto, con legge comune: una legge che vanta, come sappiamo, della «copertura» dell'art. 11. Ed allora delle due l'una: o è corretta l'indicazione data dal disposto medesimo, che fissa nei soli principi di struttura di diritto interno la soglia invalicabile dalle norme eurounitarie (e – si badi – da *tutte* le norme, primarie o derivate che siano<sup>26</sup>), ed allora si ha conferma dallo stesso trattato in parola della lettura dell'art. 11 invalsa, specie per opera della giurisprudenza costituzionale. Oppure questa indicazione è scorretta, il vincolo della osservanza dovendo in tesi<sup>27</sup> riguardare ogni norma costituzionale sostantiva (e non solo le norme espressive di principi fondamentali), ed allora l'Unione avrebbe arbitrariamente spostato in avanti la soglia in parola, con la conseguenza che il disposto di cui all'art. 4.2 dovrebbe essere caducato per omissione, in esso difettando altresì il richiamo alle regole poste a corredo e svolgimento dei principi ed al pari di questi inscritte in Costituzione.

È argomentabile quest'esito? E – ciò che più importa – è realisticamente immaginabile la conclusione sopra prefigurata, connotata dall'applicazione della sanzione suddetta?

Mi pare arduo, estremamente arduo che si possa rispondere affermativamente ad entrambi gli interrogativi. Non a caso, d'altronde, lo stesso autore che ha ora patrocinato la tesi volta ad estendere ad ogni norma costituzionale sostanziale l'area dei «controlimiti» non si è prefigurato il possibile (ed anzi doveroso) annullamento dell'art. 4.2 (come di consueto, per il tramite della legge di esecuzione) né ha ragionato a riguardo della ipotesi teorica di ricomprendere nell'area stessa, unitamente alle norme originarie della Carta, altresì ogni altra che si rivesta delle forme indicate nell'art. 138, anche se proprio questo mi parrebbe essere l'esito linearmente conseguente all'impostazione metodico-teorica su cui poggia la tesi suddetta.

Insomma, ogni esercizio di sovranità a mezzo di atti formalmente costituzionali si porrebbe a limite delle ... *limitazioni* della sovranità stessa.

---

<sup>26</sup> È interessante notare che l'art. 4.2 non distingue norma da norma dell'Unione; ed anzi parrebbe specificamente riferirsi proprio al diritto derivato, da cui concretamente possono venire le più gravi minacce per le norme nazionali, costituzionali incluse. Il diverso rango alle prime riconosciuto (e, segnatamente, l'obbligo per quelle derivate di prestare ossequio a quelle primarie) non acquista rilievo al momento in cui tutte tali norme si immettono in ambito interno ed entrano a contatto con quelle in esso prodotte. E così è pure dal punto di vista dell'art. 11 (di contrario avviso, però, O. CHESSA, nello scritto più volte cit.).

<sup>27</sup> Per la tesi, appunto, patrocinata dall'a. da ultimo cit.

4. *La struttura internamente composta dell'identità costituzionale, dello Stato come pure dell'Unione, la (supposta) mancata «europeizzazione» dei controlimiti e la sua critica*

Non a caso, d'altronde, nello scritto cui si fa qui specifico, critico riferimento non si ammette che possa discorrersi di alcuna «europeizzazione» dei «controlimiti», i quali dunque esaurirebbero i loro effetti dentro le mura domestiche e potrebbero essere fatti valere esclusivamente ad opera degli operatori di diritto interno (e, segnatamente, del giudice costituzionale)<sup>28</sup>.

Così stando le cose, c'è però da chiedersi a cosa serva il già richiamato art. 4.2, quale mai cioè ne possa essere il significato e la funzione (e,

<sup>28</sup> La tesi è consonante con quella patrocinata da R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2015, 9 gennaio 2015, 7, a cui opinione «i tentativi di interpretare il riferimento all'identità nazionale contenuto nel Trattato di Lisbona (art. 4.2 TUE) come 'comunitarizzazione dei controlimiti' appaiono frutto di un grave equivoco» e, ora, da M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9, secondo il quale «l'art. 4.2 del TUE si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti», dei quali comporta altresì «un autentico snaturamento». Coerentemente con le premesse da cui muove, l'a. perviene quindi all'esito per cui o il disposto in parola sarebbe da considerare lesivo dei «controlimiti» oppure dovrebbe darsene una lettura costituzionalmente orientata, riservando quindi agli organi nazionali, a partire da quelli della direzione politica, il potere di accertamento della lesione dei controlimiti stessi. Per il primo corno dell'alternativa, dunque, dovrebbe aversi la caducazione del disposto dell'Unione, in nome dei controlimiti, proprio per il fatto che vi dà... *tutela* (o, meglio, che la rafforza). Per il secondo, poi, che la Corte di giustizia debba prestare ascolto alle indicazioni provenienti dagli ambienti nazionali è cosa naturale, che trovasi rimarcata già in mie precedenti riflessioni, pur perdurando al riguardo alcune gravi lacune di costruzione nei meccanismi di raccordo tra le Corti, in specie per la mancanza di un meccanismo di rinvio pregiudiziale «discendente», che darebbe modo alla Corte dell'Unione di acquisire preziose indicazioni dai giudici nazionali (verosimilmente, da quelli costituzionali) in merito alla ricognizione ed alla portata dei principi fondamentali di diritto interno. Sta di fatto, comunque, che alla Corte di giustizia non si può far altro che chiedere di sanzionare un atto dell'Unione che abbia recato offesa al trattato (appunto, all'art. 4.2), pur se rilevabile attraverso il riferimento a norme di struttura di diritto interno, secondo quanto si passa subito a dire nel testo.

Notazioni critiche in relazione alla «europeizzazione» dei controlimiti, dal punto di vista e per le specifiche esigenze del diritto penale, in A. BERNARDI, in più scritti, tra i quali *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2014, 252 ss., e, ora, nella relazione al nostro Convegno di V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti*, che può altresì vedersi in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, nonché in C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2016, 18 luglio 2016. Infine, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, relaz. al nostro Convegno e, ora, in *www.forumcostituzionale.it*, e M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte*, cit., 357 ss.

segnatamente, in che modo possa giovare a presidio della integrità della struttura costituzionale degli Stati membri).

Immaginare che l'enunciato sia privo di valenza normativa sarebbe intrinsecamente contraddittorio<sup>29</sup>, tanto più poi se si considera – come si diceva – che esso è espressivo di uno dei principi fondanti dell'Unione. L'idea della «europeizzazione», dei «controlimiti», nella quale da tempo<sup>30</sup> mi riconosco, sta in fondo tutta qui, nel fatto cioè che la battaglia per farli valere può essere combattuta su entrambi i fronti: su quello interno, una volta che le norme eurounitarie che non li rispettino si siano immesse o pretendano di immettersi nell'ordinamento nazionale<sup>31</sup>, e, ancora prima, sul fronte sovranazionale, giocando cioè d'anticipo e denunciando davanti al giudice «naturale» delle norme in discorso il vizio dalle stesse presentato a motivo del *vulnus* da esse recato alla struttura costituzionale di questo o quello Stato<sup>32</sup>. Non si tratta, dunque, di demandare *per intero ed esclusivamente* la salvaguardia della identità nazionale ad un'autorità non nazionale (ciò che sarebbe illogico<sup>33</sup>) ma di mettere in

<sup>29</sup> ... oltre ad essere confutato dai casi in cui se n'è fatto utilizzo dalla Corte dell'Unione (riferimenti nello scritto, dietro cit., di M. CARTABIA, *sub* art. 4, 23 ss., nonché negli altri pure già richiamati).

<sup>30</sup> ... a partire da *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 827 ss., nonché in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>31</sup> Con quest'ultima espressione mi riferisco a casi di violazione di tale gravità da portare a qualificare come nulla-inesistente, dal punto di vista interno, la disciplina sovranazionale, analogamente per questo verso a ciò che s'è fatto con la cit. sent. n. 238 del 2014 sul versante dei rapporti col diritto internazionale non scritto. E non è inopportuno rammentare che, ove si ragioni nel senso della radicale nullità della disciplina suddetta, il vizio d'invalidità *in senso forte* – com'è stato chiamato da una sensibile dottrina (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Torino, 1992, 207 ss.) – o, come pure s'è detto (A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 262 ss.), di «anticostituzionalità», e non di mera «incostituzionalità», potrebbe (e, forse, dovrebbe) essere rilevato dal giudice comune, magari dopo averne investito in via pregiudiziale la Corte dell'Unione, senza per ciò investire – quanto meno di necessità – il giudice delle leggi.

<sup>32</sup> Naturalmente, può darsi altresì il caso che l'attacco sia sferrato avverso principi costituzionali comuni a più Stati o, in punto di astratto diritto, di tutti. L'ipotesi di una eversione costituzionale, ovverosia di un vero e proprio colpo di Stato, per mano dell'Unione, sembra nondimeno essere meramente astratta; e, ove dovesse davvero verificarsi, significherebbe che l'Unione stessa è in via di rapida dissoluzione o che si è già, in buona sostanza, dissolta, una volta che proprio in essa si annidi la causa dello smarrimento di quei valori di liberal-democrazia che stanno a base dell'ingresso e della permanenza nell'Unione degli Stati. Non è ovviamente di tutto ciò, nondimeno, che siamo ora chiamati a discutere.

<sup>33</sup> Così, ora, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann., IX* (2016), 455, in nt. 480, con richiamo ad una indicazione di R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, cit., 7 (il quale, per vero, esclude – giustamente – che la tutela possa essere demandata *in modo esclusivo* ad un'autorità esterna, non che possa in ogni caso

campo risorse *aggiuntive e preventive* di tutela, che nulla tolgono alle garanzie attivabili in ambito interno. Escludere la prima delle eventualità ora indicate porta non soltanto a privare di teorico e pratico senso il disposto di cui all'art. 4.2 ma, *per ciò stesso*, a far luogo ad una torsione complessiva delle relazioni interordinamentali e, scavando ancora più a fondo, ad una manipolazione concettuale sia della identità dell'Unione che della identità dello Stato, alla mancata percezione della *struttura internamente composita* dell'una e dell'altra, della loro stessa essenza insomma.

Proprio qui è, infatti, a mia opinione, il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa.

Non poche volte, ragionando su varie questioni di diritto costituzionale, sia interno che europeo (o, meglio, eurounitario), mi è venuto di dire che l'identità costituzionale, riconsiderata in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, dunque, ai principi fondamentali nei quali essi si incarnano e che di quelli danno la prima e più genuina ed espressiva trascrizione positiva), esibisce una *struttura articolata*, della quale è elemento costitutivo, provvisto della medesima dignità di ogni altro, il principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale<sup>34</sup>. Un'apertura – tengo qui pure a precisare – non senza limiti bensì subordinata alla condizione che per il tramite dell'ingresso in ambito interno di norma o sistema di norme avente origine esterna possa risultarne servita, in ragione delle complessive esigenze del caso, la Costituzione nel suo fare «sistema» ancora meglio di come possa aversi laddove a quella norma o sistema di norme dovesse essere inibito di mettere piede nel territorio nazionale.

Questa soluzione è, dal mio punto di vista, generalizzabile. *Nessuna norma è mai incondizionatamente prescrittiva*: può esserlo, come non esserlo, alla luce dei valori e delle plurime combinazioni degli stessi in ragione del caso; e, perciò, ogni norma può essere fatta valere – indipendentemente dalla forma di cui si rivesta e dalla sua origine o provenienza (interna o esterna) – sempre che si dimostri essere, a giudizio dell'operatore<sup>35</sup>, idonea a portare all'effetto di servire al meglio la Costituzione, *ma-*

---

aversi: «Non è perciò possibile che, con gli strumenti concessi dalla Costituzione, il legislatore trasferisca, *in esclusiva*, a un ordinamento e a un giudice esterno il compito di sovrapporre i suoi interessi e le sue decisioni a quelli contemplati dalla Costituzione stessa»).

<sup>34</sup> Riprendo ora, con ulteriori precisazioni, concetti già enunciati in *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Consulta OnLine*, III/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss., e *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale?*, cit.

<sup>35</sup> Lascio per il momento in sospenso, ma riprenderò in chiusura di questa riflessione, il penetrante appunto critico mosso da M. Luciani, secondo cui sarebbe fatale l'arbitrio com-

*gis ut valeat* appunto. Persino una norma costituzionale può, in via di principio, trovarsi obbligata a farsi da parte al confronto con altra norma che serva ancora meglio la Costituzione di quanto non faccia... *quest'ultima*, o – per essere ancora più espliciti – serva al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), nel suo fare «sistema» coi principi restanti.

Il discorso vale a tutto campo. Possiamo infatti mai escludere in partenza, per un assiomatico preorientamento, che possano esservi norme di legge comune che offrano ai principi di cui agli artt. 2 e 3 una tutela ancora più efficace ed avanzata di quella che è loro data dagli stessi disposti costituzionali agli artt. 13 ss.<sup>36</sup>? E analogamente: possiamo escludere che possano darsi norme derivate dell'Unione che possano allargare gli spazi di libertà ed eguaglianza rispetto alle previsioni della Carta dei diritti dell'Unione stessa o di ciò che possa risultare dalle «tradizioni costituzionali comuni»? Il primato di una norma sull'altra, insomma, non discende – tengo qui, ancora una volta, a rimarcare – né dalla forma né dalla provenienza delle norme ma solo – mi piace ora ripetere, rifacendomi ad un'indicazione presente nel mio primo contributo monografico in tema di fonti<sup>37</sup> – dalla loro «pregevolezza», in prospettiva assiologicamente orientata.

Come si vede, la tendenza all'apertura e quella alla chiusura, che nella stessa Carta costituzionale possono rinvenire fondamento e giustificazione, sono costantemente sollecitate ad un reciproco confronto il cui esito è di volta in volta (e, non di rado, in modo particolarmente sofferto)

---

piuto dall'operatore di turno al momento in cui dovesse essere chiamato a far luogo agli apprezzamenti ora evocati nel testo.

<sup>36</sup>Penso, ora, specificamente al caso di «invenzione» di nuovi diritti fondamentali, alcuni dei quali a fatica (o, diciamo pure, con vistosa forzatura) riportati allo stesso art. 13 o ad altri disposti della Carta, che però sono potuti venire alla luce grazie appunto all'intervento del legislatore e, in caso di perdurante ritardo di questo, dei giudici, costituzionali e comuni. In merito, poi, alla critica, frequentemente avanzata da molti autori, secondo cui con la posizione dei nuovi diritti verrebbero fatalmente sacrificati i vecchi, i quali sarebbero obbligati a continui e non di rado gravosi bilanciamenti coi primi, sembra però di poter replicare che molte aspettative di tutela, specie dei soggetti maggiormente deboli ed esposti, indebitamente e pressoché sistematicamente sacrificate, non avrebbero potuto avere, come non hanno avuto, appagamento prima della loro «razionalizzazione» positiva o per mano dei giudici (un solo esempio per tutti, con riguardo alla condizione delle coppie composte da persone dello stesso sesso, i cui diritti hanno ora avuto una pur discutibile e discussa garanzia dalla legge n. 76 del 2016). Aumentano dunque, di certo, le occasioni di bilanciamento ma aumentano anche le occasioni di tutela. Ogni valutazione va, pertanto, rimandata ai casi ed ai modi con cui è ad essi data soluzione.

<sup>37</sup>*Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, spec. 240 ss.



raggiunto per effetto di delicate operazioni di ponderazione assiologica, quali peraltro usualmente si hanno – come si sa – nella pratica giuridica. L'importante è non perdere mai di vista che il principio di apertura è uno dei *nostri* principi fondamentali, che concorre dunque a fare la *nostra* identità costituzionale, combinandosi in vario modo a seconda dei casi coi principi restanti.

Si vede allora come il valore della pace e della giustizia possa fare – come si diceva – da veicolo per la immissione in ambito interno di norme di origine esterna che si dimostrino serventi non soltanto il valore stesso ma – di più e per il tramite di questo – l'intera tavola dei valori costituzionali come «sistema». E, poiché la Costituzione ha nella sua stessa natura e struttura la vocazione alla propria massima affermazione possibile, alle condizioni oggettivamente date, se ne ha che – come si accennava all'inizio di questo studio – le limitazioni di sovranità non si pongono quale il frutto di una «graziosa» concessione... *sovraneamente* elargita; piuttosto, laddove ne ricorrano le condizioni, sono l'esito naturale e, a un tempo, *obbligato* in vista della ottimale affermazione della Costituzione stessa, una volta che risulti provato che, piegandosi davanti a ciò che viene *ab extra*, la Costituzione possa esaltarsi e realizzarsi al meglio di sé.

*Mutatis mutandis*, questo ragionamento è riproponibile anche dal punto di vista dell'Unione.

Nuovamente, si ha qui pure conferma del carattere internamente composito dell'identità costituzionale dell'Unione stessa, uno dei suoi principi fondamentali essendo appunto quello dell'apertura verso gli ordinamenti degli Stati, considerati sia *uti singuli* e sia pure nell'insieme dagli stessi composito, avuto specifico riguardo a quelle «tradizioni costituzionali comuni» che – come si sa – ne sono la cifra identificante, ciò che sta a base del (e giustifica il) loro fare «Unione» appunto. Accanto però al principio di apertura si dà anche quello del primato del diritto eurounitario su quello nazionale, bisognoso – *al pari del primo ed in costante equilibrio con questo*<sup>38</sup> – di potersi affermare, restandone altrimenti pregiudicato il raggiungimento dei fini istituzionali dell'Unione.

<sup>38</sup> Il punto è però – e qui la critica mossa dai difensori della identità nazionale coglie, tuttavia esasperandolo, un fondo di vero – che non sporadiche pratiche, specie giurisprudenziali, affermatesi in seno all'Unione testimoniano che le sue istituzioni (a partire appunto dalla Corte di giustizia) puntano alla «tirannica» affermazione del principio del primato, lasciando in ombra il principio di apertura, di cui all'art. 4.2 (emblematico di questa tendenza è *Melloni* e, per molti, ora *Taricco*, definita da un fine annotatore espressiva di «*judicial adventurism*», una pronunzia «tanto eversiva quanto fragile»: V. MANES, *La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»*, cit., rispettivamente, ai §§ 2 e 7). Riceve così conferma la felice intuizione di una sensibile dottrina, secondo cui il primato costituisce davvero il cuore pulsante della «costituzione materiale» dell'Unione (V. PICCONE, *La primauté nell'Unione*

Ancora una volta, poi, la normativa eurounitaria, persino quella maggiormente espressiva e qualificante, quale si ha con riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, non intende porsi o imporsi come *incondizionatamente prescrittiva*. L'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione, al pari per questo verso dell'identico art. della CEDU, ne dà inequivoca e sicura conferma. E così, sul terreno sul quale maturano le esperienze dei diritti, il modello, nel suo lineare ed armonico svolgimento, vuole che si dia spazio al primato laddove ne possano avere giovamento i diritti, rispetto alle cure che essi potrebbero ricevere facendosi esclusivo riferimento al diritto nazionale (anche costituzionale!), ma vuole anche che il diritto sovranazionale – specie nelle sue «viventi» espressioni – si faccia da parte, per il caso che la tutela offerta dal diritto interno possa risultare maggiormente appagante.

Insomma, una identità costituzionale, eurounitaria e nazionale, attraversata da un moto interno incessante e soggetta costantemente a spinte contrastanti, una identità duttile, idonea in ogni caso al conseguimento di punti di equilibrio variamente dislocati lungo la retta che congiunge Unione e Stati; ed una identità che, proprio a motivo della sua struttura composita, dà modo agli ordinamenti sia di integrarsi e sia pure di restare distinti, con un «gioco» a fisarmonica mosso ed indirizzato dai casi e dalle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Si dà, dunque, come si vede, un *punctum unionis* verso il quale convergono e dal quale parimenti si tengono tanto le norme di diritto eurounitario quanto quelle di diritto nazionale, a partire da quelle materialmente costituzionali che stanno a base dei due ordinamenti e dei loro rapporti; un punto in cui si situa l'autentico «metaprincipio» che presiede alle composizioni dei principi e ne governa le applicazioni ai casi, il *Grundwert* delle relazioni interordinamentali, lo stesso principio fonda-

---

*allargata*, intervento al *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale*, cit., ora in *Le tutele nel dedalo d'Europa*, cit., 3 ss.), essendo per questo verso indifferente il fatto che non se ne abbia esplicita parola nel trattato di Lisbona, restando confinato nella Dichiarazione n. 17 ad esso allegata; e ciò, per la circostanza per cui esso fa tutt'uno con l'esistenza stessa dell'Unione (e già delle Comunità europee), ponendosi appunto quale uno dei suoi principi fondanti.

Altro è però ciò che può (e deve) farsi riportare al modello, ed altra cosa ciò che è oggettivamente deviante dallo stesso; e la circostanza per cui presso l'Unione prendono non di rado forma bilanciamenti... *squilibrati* tra i suoi principi fondamentali (quello di apertura e quello del primato) non può, a mia opinione, portare ad esiti teorico-ricostruttivi volti a contestare il carattere composito dell'identità costituzionale dell'Unione stessa, mentre può (e deve) spingere quanti hanno responsabilità di operatori istituzionali o di studiosi a dar fondo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono indirizzandole con decisione al ripristino del modello stesso, nella congiunta ed armonica considerazione di tutti i suoi elementi costitutivi.

mentale – come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>39</sup> – che, prima ancora di portare alla selezione delle norme ed alla loro sistemazione secondo i casi, orienta (anzi, *preorienta*) i processi interpretativi, tanto quelli che si impiantano in ambito sovranazionale quanto quelli che prendono forma in ambito interno<sup>40</sup>, e che è dato dalla ricerca della *massimizzazione della tutela* (non già del singolo bene della vita di volta in volta evocato in campo in una esperienza processuale data bensì) dell'insieme dei beni della vita costituzionalmente protetti<sup>41</sup>. È alla luce (e dal

<sup>39</sup> Tra gli altri miei scritti, v., volendo, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *www.federalismi.it*, 10/2015, 20 maggio 2015, spec. al § 2.

<sup>40</sup> Il *Grundwert* della massimizzazione della tutela sta, dunque, a base del canone dell'interpretazione conforme, in ciascuna delle sue forme e manifestazioni. Varî punti di vista al riguardo possono vedersi nei contributi che sono in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015. In argomento, un corposo studio, divergente tuttavia per orientamento metodico e svolgimenti teorici dalla ricostruzione in cui da tempo mi riconosco ed alla quale è qui pure fatto cenno, si deve ora a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 391 ss. Infine, A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra Corti*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2016, 18 luglio 2016, § 2.2, e la nota di G. SORRENTI a Corte cost. n. 111 del 2016, dal titolo *La (parziale) riconversione delle «questioni di interpretazione» in questioni di legittimità costituzionale*, in corso di stampa in *Consulta OnLine*.

<sup>41</sup> Non si tratta, dunque, di ripetere acriticamente un *leit motiv* teorico ricorrente, come invece mi rimproverano pur attenti studiosi, tra i quali ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., spec. 455, e già in altri scritti, e R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, cit., 12, il quale si fa premura di precisare che «i diritti tendono ad essere 'a somma zero', nel senso che l'aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro». Non si contesta, infatti, che perlopiù (ma, a mia opinione, non sempre) le cose vadano proprio così e che, perciò, le operazioni di bilanciamento tra i diritti (e, in genere, tra gli interessi costituzionalmente protetti) comportino sacrifici, anche notevoli, a carico di questo o quello degli elementi in campo. Non è qui, però, il fuoco della questione, trattandosi piuttosto di verificare – ciò che è, invero, alle volte sommamente disagevole ma anche inevitabile – dove si appunti, in ragione delle complessive esigenze del caso, la sintesi complessivamente appagante, in prospettiva assiologicamente orientata, di *tutti* tali elementi. Negare che ciò sia possibile equivale, per un verso, ad offuscare il carattere precettivo dell'art. 53 della Carta dell'Unione e della CEDU, nella parte in cui sollecitano all'adozione delle necessarie verifiche in ordine alla norma o al sistema di norme che porti all'innalzamento della tutela dei diritti in campo, nonché dei principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale, nel loro fare «sistema» coi principi restanti, che parimenti reclamano uguale accertamento. Per un altro verso, poi, equivale a giudicare impossibile (o, comunque, sterile ed oziosa) la stessa fattibilità delle operazioni suddette di ponderazione assiologica. E, per quanto sia impegnativo e doloroso, alle volte persino lacerante, farvi luogo, sta di fatto che gli operatori (e, per la loro parte, gli stessi studiosi) non possono sottrarsi.

A riguardo del canone della miglior tutela, cui ci si è molto e variamente dedicati, v., di recente, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti, in Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Napoli, 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adat-*

punto di vista) del principio della miglior tutela che i beni della vita si compongono, scompongono, ricompongono, secondo i casi, e fanno appunto «sistema», all'esito di operazioni di bilanciamento assiologicamente ispirate; ed è per ciò che anche le norme si compongono, scompongono, ricompongono, facendo esse pure «sistema».

Ovviamente, è da mettere in conto l'eventualità, peraltro – come si sa – non poche volte riscontrata, che, pur riconoscendosi entrambi gli ordinamenti nel principio della massimizzazione della tutela, ne divergano poi gli utilizzi, assistendosi a conflitti anche aspri tra le Corti chiamate a far valere il principio stesso nel corso delle vicende processuali riguardanti i diritti. La qual cosa, poi, rimanda alla messa a punto di strumenti idonei a rendere verificabili i percorsi argomentativi compiuti dalle Corti stesse e, per ciò stesso, di strumenti di raccordo idonei a realizzare convergenze ed a ripianare – fin dove possibile – le divergenze tra gli indirizzi giurisprudenziali. Di tutto ciò, nondimeno, non è questo il luogo adeguato a svolgimenti teorico-ricostruttivi gravidi di implicazioni a plurimi piani di esperienza, specie per l'aspetto istituzionale<sup>42</sup>. Ciò che, ad ogni buon conto, è da tener fermo è il principio suddetto: un fattore aggregante dalle formidabili potenzialità espressive, attorno al quale possono crescere e maturare esperienze di integrazione interordinamentale di particolare significato<sup>43</sup>.

---

*tamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Napoli, 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta OnLine*, II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile «freddezza» della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte*, cit., spec. 55 ss.; *ivi* pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel «gioco delle tre Carte»: qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss., che preferisce discorrere di una tutela più «equilibrata», conforme a ragionevolezza. Infine, volendo, anche il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine*, II/2016, 30 giugno 2016, 273 ss.

<sup>42</sup> Ho avuto modo più volte di intrattenermi sulla questione ora accennata (da ultimo, in *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, cit., 276 s.).

<sup>43</sup> Stranamente, talora si dimentica che l'integrazione tra le Carte dei diritti (Costituzione inclusa), al fine della ottimale tutela dei diritti stessi, è un fatto dovuto: secondo l'efficace espressione contenuta in una ormai risalente pronuncia della Consulta, ad oggi tuttavia non ancora portata fino alle sue conseguenti applicazioni, la n. 388 del 1999, Costituzione e Carte dei diritti «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione»; e ciò che illumina ed orienta le attività poste in essere a questo scopo è appunto il canone della massi-

«Sistema» dei beni e «sistema» delle norme non sono, dunque, due cose distinte, o meglio possono essere considerati tali, come sempre, a mera finalità di studio; nel vivo dell'esperienza, però sono, e non possono che essere, le due facce di una stessa medaglia, i due profili inautonomi di un'unica esperienza, nel corso del cui svolgimento l'operatore è sollecitato a far luogo al raggiungimento di un complessivo equilibrio tra i materiali, fattuali e normativi, evocati in campo dal caso, avvalendosi degli strumenti di cui dispone e dando fondo a tutte le risorse argomentative di cui è capace. La direttiva metodico-teorica che gli è al riguardo impartita, l'autentica stella polare che ne illumina il cammino, non di rado irto di ostacoli e foriero di non poco travaglio, è la ricerca del punto più alto possibile di sintesi tra i valori in campo, *tutti* i valori, in cui cioè l'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato possano trovare ricetto e, nei limiti consentiti dalle circostanze, il congiunto, massimo appagamento possibile.

---

mizzazione della tutela. È ovvio – e credo che nessuno possa, in tutta coscienza, negarlo – che in siffatta opera di integrazione residuano margini assai ampi a beneficio degli operatori che vi fanno luogo, tanto più ove si consideri che gli enunciati fatti oggetto di lavorazione possiedono una struttura a maglie larghe (o larghissime). La qual cosa, nondimeno, non autorizza a concludere (con una sensibile dottrina ma, a mia opinione, non persuasivamente: M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 453) che nel mutuo orientamento degli enunciati a finalità d'interpretazione conforme si assisterebbe all'«assoluto arbitrio» dell'interprete. È appena il caso, infatti, di rammentare che quest'ultimo deve pur sempre far luogo ad adeguata motivazione della soluzione adottata. Laddove, poi, si tratti – come a riguardo della salvaguardia dei diritti fondamentali – di attingere a materiali provenienti da più ordinamenti reciprocamente collegati (e, a mia opinione, integrati, pur se ad oggi in modo incompiuto e complessivamente inappagante), la circostanza per cui assai di sovente l'una Corte sa di doversi misurare con le altre obbliga, particolarmente laddove si abbia a che fare con questioni spinose e complesse (quali, ad es., sono quelle di biodiritto, in merito alle quali, per tutti, R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*<sup>2</sup>, Roma, 2014), ad un *surplus* di motivazione rispetto a ciò che si ha in altri ambiti e con riferimento a questioni diverse. Il «dialogo» tra le Corti, al quale la dottrina ora richiamata non lesina critiche pungenti, può, sì, rivelare divergenze e veri e propri contrasti ma può anche spingere vigorosamente alla ricerca di soluzioni condivise o, comunque, largamente convergenti. Come ho fatto altrove notare, alla lunga proprio questa appare essere la tendenza maggiormente diffusa, quella vincente insomma. E le convergenze possono rinvenire la base più solida sulla quale poggiare e crescere laddove si punti non già (ed insensatamente) all'affermazione dell'una sull'altra Carta (e Corte), secondo uno schema piramidale che, oltre ad essere – a mia opinione – teoricamente infondato, va incontro a non lievi difficoltà di ordine istituzionale, bensì alla mutua e paritaria affermazione di tutte le Carte, appunto integrate nei fatti interpretativi ed alleate nell'apprestare tutela ai beni della vita costituzionalmente protetti.

CARLO SOTIS

IL LIMITE COME CONTROLIMITE.  
RIFLESSIONI SULLA VICENDA *TARICCO*\*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'idea di Giudice penale come campo di tensione essenziale della vicenda. – 2. “Metafore”, “strumenti” e “grandissime opportunità”. Un po' di antropologia dell'Unione europea. – 3. L'adeguatezza. – 4. Il giudizio di adeguatezza. – 5. Il «limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» come controlimite. – 6. Chiusa. Legge e Giudice.

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

Tra le tante questioni<sup>1</sup> 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 giustizia<sup>2</sup> il giudice ordinario è chiamato lui a di-

---

\* In corso di pubblicazione in M. D'AMICO - O. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Atti del Convegno tenutosi all'Università di Milano, il 15 aprile 2016*, Giuffrè, Milano, 2016, Si ringraziano i curatori per avere concesso la pubblicazione.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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

sapplicare direttamente, a seguito di una valutazione di adeguatezza, la disciplina generale in tema di interruzione della prescrizione; per la grande maggioranza della dottrina<sup>3</sup> questa possibilità, per «limiti inerenti alla natura dell'attività giurisdizionale»<sup>4</sup>, è preclusa al giudice.

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»<sup>5</sup>, 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 penale<sup>6</sup>.

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., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, punto 72 e giurisprudenza *ivi* citata, nonché Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punto 51 e giurisprudenza *ivi* citata)» (corsivi aggiunti).

<sup>3</sup> 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 questo volume. 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*, questo volume.

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, 33.

<sup>4</sup> Così, testualmente E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 6.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *Caveat*: Ernesto Lupo (*op. ult. cit.*, 6) afferma come dalla natura sostanziale o processuale della prescrizione non dipenda il problema dei limiti che incontra il giudice penale nella

In proposito io non credo si possa mettere da parte il dato incontrovertibile che le scelte sulla prescrizione siano scelte sulla punibilità<sup>7</sup>. Sia quelle sulla definizione del tempo necessario a prescrivere, sia quelle sulla disciplina sull'interruzione e sulla sospensione<sup>8</sup>. 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 po' di antropologia dell'Unione europea

La Taricco sembra una "tempesta perfetta"<sup>9</sup>. Una vicenda di enorme portata, impensabile prima che si realizzi e che si è potuta realizzare solo perché si sono avverate una serie di condizioni.

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

---

su una 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 perché 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.

<sup>7</sup> Chiarissimo sul punto D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2015, 20 s.

<sup>8</sup> 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, 1258.

<sup>9</sup> Celeberrima metafora che trae origine dall'appassionante libro di Sebastian Junger dall'omonimo titolo.



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”<sup>10</sup>.

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»<sup>11</sup>.

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 *Lei ha a cuore*.

Altrimenti non si capisce perché la Corte di giustizia (con il determinato contributo dell'Avvocato generale) si sia data così tanto da fare per rendere giustiziabile la questione<sup>12</sup>.

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”.

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

<sup>11</sup> 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?*, 28. Corsivo aggiunto.

<sup>12</sup> 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'inammissibilità. 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, 10 del dattiloscritto.

L'articolo 325 del TFUE è un asso di briscola perché 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 finanziari<sup>13</sup> mi ero chiesto perché proprio su questo bene giuridico si registri un particolare interventismo<sup>14</sup>, 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 1989 e la nascita del principio di assimilazione; 2) una competenza penale amministrativa diretta con penetranti poteri ispettivi direttamente in capo alla Comunità<sup>15</sup>; 3) la prima convenzione di terzo pilastro (c.d. Convenzione PIF<sup>16</sup>), in cui, oltretutto, emerge un rovesciamento assiologico, secondo cui la corruzione costituisce un reato ostacolo alla frode; 4) il *Corpus juris*<sup>17</sup>, 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.

<sup>13</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 76 s.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 settembre 2000.

<sup>17</sup> 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, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Anversa-Groningen-Oxford, 2000 e 2001 (4 volumi).

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 perché la questione è stata riqualificata dalla Corte di giustizia. Detto altrimenti perché la Corte di giustizia ha "voluto calare l'asso", riqualificarla 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 collega<sup>18</sup> a quel mito fondatore dell'integrazione europea, così bene spiegato da *Joseph Weiler*<sup>19</sup>, 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 comunitaria<sup>20</sup>. In questo periodo sono state emesse le grandi decisioni della Corte di giustizia su cui si 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"<sup>21</sup>. Il principio di supremazia

<sup>18</sup> 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., 4. s.

<sup>19</sup> J.H.H. WEILER, *La trasformazione dell'Europa*, Bologna, 2003, 63 ss.

<sup>20</sup> J.H.H. WEILER, *op. ult. cit.*, 72.

<sup>21</sup> Sul processo di costituzionalizzazione dei Trattati in una imponente letteratura v. A. ALÌ, *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2005, 41 ss., J.H.H. WEILER,

del diritto comunitario sul 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 vicenda<sup>22</sup>.

Dal punto di vista *politico* lo stesso periodo è etichettato invece come il periodo 'difficile', 'buio' della storia dell'integrazione comunitaria<sup>23</sup>. Questa fase è contrassegnata dal Compromesso del Lussemburgo<sup>24</sup>, 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*<sup>25</sup> "stasi politica" e "eroismo giudiziario" sono collegati. A fronte di un'obiettivo 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 supremex»<sup>26</sup>. Insomma: si aggrega consenso mediante l'attività giuridica comunitaria, e in seguito il consenso così conquistato legitimerà 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

---

*Federalismo e costituzionalismo: il Sonderweg europeo* in J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., 511 s.

<sup>22</sup> 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*, 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.

<sup>23</sup> 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, 87 s. e 133 s.; G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, 103 ss., 157 ss.; M. MAGGIORANI, *La sfida dell'Unione. Storia economia e culture dell'Europa unita*, Bologna, 2004, 98 ss.

<sup>24</sup> Sul compromesso del Lussemburgo v. B. OLIVI, *L'Europa difficile*, cit., 102 ss.

<sup>25</sup> J.H.H. WEILER, *La trasformazione dell'Europa*, cit., 65 ss.

<sup>26</sup> Così ancora H.H. WEILER, *op. ult. cit.*, 73.

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: la Corte di giustizia il 16 giugno 2005 – cioè, *due settimane dopo la bocciatura referendaria* – deposita la sentenza *Pupino*<sup>27</sup>, 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*<sup>28</sup>, 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 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 perché approfondisce l’assunto<sup>29</sup>, affermato la prima volta

---

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

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

<sup>29</sup> 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

nel 2011<sup>30</sup> e poi nella sentenza *Fransson*<sup>31</sup>, 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 posto nell'art. 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*<sup>32</sup>, 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 costituisce 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.

---

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, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26)».

<sup>30</sup> Corte di giustizia, sentenza del 15 novembre 2011, *Commissione/Germania*, C-539/09, punto 72.

<sup>31</sup> Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 2013 *Fransson*, C-617/10 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).

<sup>32</sup> 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](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, 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 Cuneo<sup>33</sup> 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 perché 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 giustizia<sup>34</sup>. Debbo poi confessare che per me è una tentazione irresistibile un'operazione del genere avendo per un verso avuto il privilegio di riflettere 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 bilancio<sup>35</sup>, 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

---

<sup>33</sup> Trib. Cuneo ord. 17 gennaio 2014, GUP Boetti pubbl. in *Diritto penale contemporaneo* con nota di F. ROSSI DAL POZZO, cit.

<sup>34</sup> 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., 9 s. Questo stesso autore segnala poi (*ibidem*, 17) acutamente come le sentenze *in malam partem* della Corte di giustizia siano fondamentalmente tutte generate da questioni italiane.

<sup>35</sup> 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, 171 s.

pronunce e di riflettere sulle caratteristiche dello standard di adeguatezza e di conseguenza su possibilità e limiti della sua giustiziabilità<sup>36</sup>.

Perché 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*<sup>37</sup>, *Niselli*<sup>38</sup>, *Berlusconi*<sup>39</sup> e *Taricco*.

*Tombesi* e *Niselli* sono diverse proprio per quanto riguarda la natura della norma europea interferente e possiamo quindi metterle da parte<sup>40</sup>. Nella sentenza *Berlusconi*<sup>41</sup>, 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 retropensiero 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.

---

<sup>36</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit. in particolare 136 s. e 315 s.

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

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

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

<sup>40</sup> *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., 136 s.

<sup>41</sup> 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 nt. 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).



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 punibilità<sup>42</sup>. 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.

#### 4. *Il giudizio di adeguatezza*

Il punto lo conosciamo. Sono gli ormai famigerati par. 47 e 49 della sentenza Taricco<sup>43</sup>, in cui si afferma che qualora il giudice ordinario ac-

---

<sup>42</sup> 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 sulla giustiziabilità dell'adeguatezza. Mi dissero che il nostro approccio era rigoroso, però che il serio rischio per come le proponevamo era che avrebbe avuto l'effetto di dare copertura teorica a pratiche inaccettabili. Avrebbe 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/ti 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.

<sup>43</sup> Il testo dei due paragrafi è riportato per intero in nt. 2.

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

certi che in «un numero considerevole di casi» di «frodi gravi» il processo sia destinato a prescriversi 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), perché 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: perché 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 ar-

---

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., 9, nt. 35). In dottrina si è sottolineato il carattere non problematico di questo criterio forse perché 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 problematico. 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.

chiviazioni? 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?);

– *scegliere il metodo*<sup>44</sup> 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»<sup>45</sup>.

Va segnalato che varie tra le scelte che occorre effettuare per svolgere il giudizio di adeguatezza le ha effettivamente prese la Corte di giu-

---

<sup>44</sup> 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, 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 perchè 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'architrate 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, 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 quella di un giudice ordinario che dovrebbe accertare (e non interpretare) un parametro di legittimità delle norme.

<sup>45</sup> Par. 47 Sentenza Taricco, citato testualmente alla nt. 2.

stizia. 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 poteri in un rinvio pregiudiziale per indicare base<sup>46</sup>, 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.

In secondo luogo perché 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 numerici<sup>47</sup> (ad esempio “piccolo”, “grande”, “ingente”, “limitato” ecc.). Considerevole non è nemmeno un aggettivo che evoca una quantità indeterminata, ma una *qualità* indeterminata, come “significativo”, “trascurabile”, “apprezzabile”. Però è un elemento qualitativo che vuole fissare una misura (quantitativa). La con-

---

<sup>46</sup> 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., 7.

<sup>47</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 135.

seguenza è che questa misura è del tutto rimessa nelle mani dell'interprete, è assolutamente indeterminata e indeterminabile<sup>48</sup>.

E a questo punto delle due l'una<sup>49</sup>: 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 inaccettabile<sup>50</sup>, 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 sistema<sup>51</sup>.

In definitiva ciò che è impensabile è che sia il giudice a svolgere questo giudizio di adeguatezza. 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*»<sup>52</sup>.

##### 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

<sup>48</sup> 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 indicare a quale percentuale di procedimenti conclusi per avvenuta prescrizione scatti l'inadeguatezza occorre affermare quali sono gli obiettivi che si intendono raggiungere. Per questo la Corte si rifugia dietro una misura di creta molle come “considerevole”.

<sup>49</sup> *Tertium non datur*. La soluzione della Corte di appello di Milano (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.

<sup>50</sup> Similmente F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 33.

<sup>51</sup> Mi fa piacere registrare che sono ormai numerosissimi i commenti che si focalizzano su questo problema. In questo convegno v. in particolare l'intervento di S. BISSARO, *Il nodo della prescrizione, problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*.

<sup>52</sup> E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., 6.

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 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 Costituzione<sup>53</sup>. 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 riprese<sup>54</sup>.

Antonio Vallini lo ha acutamente segnalato in suo recente intervento in tema<sup>55</sup>: 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, Goranco Anakiev, cioè gli imputati "veri",

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Si pensi ad esempio alla storica sentenza della Corte costituzione 364 del 1988: «dirittive 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.

<sup>55</sup> A. VALLINI, *La portata della sentenza della Corte di giustizia "Taricco"*, in corso di pubblicazione su *Criminalia*, 2015, 8 del dattiloscritto.

– 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 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. È 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 strumenta-

lizzata 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 il giudice perde potere e la legge, senza il giudice, 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 1982<sup>56</sup>, ovvero uno studio con-

<sup>56</sup> *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations know states of siege or emergency*. United Nation. Economic and Social Council. Commission of human Right, 27 luglio 1982, E/CN.4/Sub.2/1982/15, in particolare parr. 146-170.



dotta 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 giudiziaria<sup>57</sup>. 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 Siciliano<sup>58</sup>, 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 responsabilità<sup>59</sup>, 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 decisionali extralegislativi al controllo dell'attività giurisdizionale<sup>60</sup>.

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

<sup>57</sup> 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, 200 s.

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

<sup>59</sup> Su cui v. oggi l'importante studio a cura di A. SUPLOT e M. DELMAS-MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, 2015.

<sup>60</sup> 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.

## *Gli autori*

- FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Granada*
- ALESSANDRO BERNARDI, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Ferrara*
- OMAR CHESSA, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Sassari*
- ROBERTO BIN, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara*
- ENZO CANNIZZARO, *Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Roma "La Sapienza"*
- CRISTIANO CUPELLI, *Professore associato di Diritto penale nell'Università di Roma "Tor Vergata"*
- MIREILLE DELMAS-MARTY, *Professore onorario nel Collège de France*
- PIETRO FARAGUNA, *Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Luiss "Guido Carli"*
- MARCO GAMBARDELLA, *Professore associato di Diritto penale nell'Università di Roma "La Sapienza"*
- JEAN-PAUL JACQUÉ, *Professore emerito nell'Università di Strasburgo*
- HENRI LABAYLE, *Professore all'Università di Pau et dei paesi dell'Adour, Centro di eccellenza Jean Monnet di Aquitania*
- MASSIMO LUCIANI, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma "La Sapienza"*
- JÖRG LUTHER, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"*
- VITTORIO MANES, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Bologna*
- GIUSEPPE MARTINICO, *Professore associato di Diritto pubblico comparato nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa*
- FRANCESCO PALAZZO, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Firenze*

LORENZO PICOTTI, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Verona*

ANTONIO RUGGERI, *Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Messina*

CARLO SOTIS, *Professore associato di Diritto penale nell'Università della Tuscia*

FRANCESCO VIGANÒ, *Professore ordinario di Diritto penale nell'Università Bocconi di Milano*

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA  
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

---

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onere* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - PASTORE B. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

---

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

---

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale* (2011), pp. x-238.
2. S. BORELLI - M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)* (2011), pp. xiv-226.
3. L. COSTATO - P. BORGHI - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale. Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011* (2011), pp. viii-524.
4. S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali* (2012), pp. viii-264.
5. R. VOLANTE, *Il mutuo nel diritto comune. Il problema del valore finanziario dai Glossatori a Potbier* (2012), pp. viii-168.

\* \* \*

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

---

1. S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno* (2013), pp. x-246.
2. G. ARANGIO-RUIZ - F. SALERNO - C. FIORAVANTI (a cura di), *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini* (2013), pp. xviii-290.
3. A. NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata* (2013), pp. x-262.
4. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?* (2015), pp. xvi-336.
5. F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita* (2015), pp. xvi-440.
6. A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere secondario di controllo* (2016), pp. xx-238.
7. O. GIOLO - B. PASTORE (a cura di), *Diritto, potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio* (2016), pp. vi-146.
8. L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo* (2016), pp. xxiv-412.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA - SEDE DI ROVIGO

---

1. A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali* (2013), pp. XII-612.
2. AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato* (2014), 3 voll.

\* \* \*

DOTTORATO DI RICERCA IN  
«DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E ORDINAMENTI NAZIONALI»  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA  
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
SEDI DI DI FERRARA E ROVIGO

---

1. A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* (2015), pp. XXXVI-452.
2. V. MITSILEGAS, *Justice and Trust in the European Legal Order. The Copernicus Lectures*, Edited by C. GRANDI (2016), pp. XIV-194.
3. C. BERGONZINI - S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti* (2016), pp. XII-220.
4. A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (2017), pp. CXXXIV-522.

Finito di stampare  
nel gennaio 2017  
PL Print - Napoli



