

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale Comparato

**TRA PRIMATO DELL'UNIONE EUROPEA E LA TUTELA DEI  
PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO IN  
MATERIA PENALE :  
IL CASO TARICCO**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Cristiano Cupelli

Candidato:

Ariella Fonsi  
matr. 118513

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Daniele Gallo

Correlatore:

Chiar.mo Prof. Angelo Carmona

*Ai miei genitori, sempre presenti ad ogni mio passo*

*A mio fratello, il mio primo vero amico e complice*

*A tutta la mia famiglia, sempre con me, nel bene e nel male*

*In questa costituzione c'è dentro tutta la nostra storia, tutto il nostro passato,  
tutti i nostri dolori, le nostre sciagure, le nostre glorie: son tutti sfociati qui negli  
articoli*

Piero Calamandrei

## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	<b>6</b>
---------------------	----------

### **CAPITOLO I**

#### **PARTE I**

#### **IL PRINCIPIO DI LEGALITA' TRA LO STATO DI DIRITTO E IL SISTEMA SOVRANNAZIONE DI TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

1. Genesi e contenuto del principio di legalità.	16
1.1 Il principio di tassatività.	19
1.2 Il principio di irretroattività.	20
1.3 Il divieto di analogia.	22
2. Il principio di legalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.	23
3. Brevi cenni al processo di integrazione europea: dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona.	24
3.1 Art. 83 TFUE in rapporto al principio di legalità.	26
4. La natura giuridica della CEDU prima e dopo il Trattato di Lisbona.	27
5. Le garanzie distillate dall'art. 7 CEDU. Accessibilità e prevedibilità delle norme penali: caso Contrada c. Italia.	32
6. Il principio di retroattività favorevole: caso Scoppola c. Italia.	36

#### **PARTE II**

#### **PRESCRIZIONE NELL'ORDINE COSTITUZIONALE ED EUROPEO**

1. Tratti salienti e fondamento dell'istituto.	39
1.2 Prescrizione e finalità della pena.	42
1.3. Fondamento costituzionale della prescrizione.	43
2. Il dibattito sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione.	44
2.1 Gli interventi giurisprudenziali sulla natura dell'istituto.	48
3. Disciplina della prescrizione nella giurisprudenza della Corte EDU.	49
4. Prospettive de iure condendo.	52

### **PARTE III**

#### **IL PRINCIPIO DI LEGALITA' IN ALTRI PAESI DI CIVIL LAW: IL SISTEMA SPAGNOLO, FRANCESE E TEDESCO. UNA COMPARAZIONE TRA CIVIL LAW E COMMON LAW: DINAMICHE DEL DIRITTO PENALE INGLESE**

1. Le ragioni di uno sguardo comparatistico.	54
2. Il sistema spagnolo.	55
2.1 La disciplina della prescrizione in Spagna.	58
3. Il sistema francese.	59
3.1 La disciplina della prescrizione in Francia.	61
4. Il sistema tedesco.	62
4.1 La disciplina della prescrizione in Germania.	65
5. Dicotomia civil law- common law.	67
5.1 Il sistema inglese.	69
5.2 La disciplina della prescrizione in Inghilterra.	71

### **CAPITOLO II**

#### **IL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE E IL PROBLEMA DELL'ASCRIVIBILITA' IN CAPO ALLE ISTITUZIONI EUROPEE DI UN'AUTONOMA POTESTA' SANZIONATORIA IN MATERIA PENALE. IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

### **PARTE I**

#### **PROFILI INTERNI DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE**

1. Ratio e portata del principio di riserva di legge.	73
1.1 La qualificazione della riserva di legge.	76
2. Forme di integrazione ad opera della fonte subordinata.	79
3. Il ruolo della consuetudine nel diritto penale.	82
4. Il principio nulla poena sine lege.	85

**PARTE II**  
**L'INTEGRAZIONE EUROPEA IN MATERIA PENALE**

1. Obiettivi e valori dell'Unione europea.	87
2. I principi dell'Unione. Il principio di attribuzione.	90
2.1 Il principio di sussidiarietà.	92
2.2 Il principio di proporzionalità.	92
2.3. Il principio di leale cooperazione.	93
3. Quadro generale delle istituzioni dell'Unione europea.	94
4. Le fonti dell'ordinamento UE.	97
5. Le procedure legislative.	99
6. La cooperazione in materia penale.	100
6.1 La competenza autonoma.	102
6.2. La competenza penale accessoria.	104
7. Il deficit di democraticità dell'Unione.	106
8. Prevedibilità e accessibilità delle norme penali europee.	107
9. I controlli sulle norme penali UE.	108
10. L'obbligo di interpretazione conforme.	110

**PARTE III**  
**IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA**

1. L'apparato giudiziario dell'Unione europea.	116
2. La competenza in via pregiudiziale.	119
3. Oggetto del rinvio pregiudiziale.	122
4. Condizioni di ricevibilità della domanda.	124
5. Cenni procedurali.	126
6. Stile delle sentenze.	128

7. Gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia.	129
8. Il valore del precedente della Corte di giustizia.	132
9. Un paragone tra il precedente comunitario in Italia e in Inghilterra.	134

### **CAPITOLO III**

#### **IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA AL VAGLIO DELLA TEORIA DEI CONTROLIMITI**

#### **PARTE I**

##### **I PRINCIPI SUPREMI DELL'ORDINAMENTO INTERNO**

1. Il caso Taricco e la rilevanza dei principi supremi dell'ordinamento nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2017.	138
2. I principi supremi dell'ordinamento: limiti <i>intra moenia</i> e limiti <i>extra moenia</i> .	141
3. La costituzione rigida a tutela dei principi fondamentali.	142
4. Il limite alla revisione costituzionale espresso dall'art. 139 Cost. nelle ricostruzioni dottrinali.	144
5. Al di là dell'articolo 139 Cost.: limiti inespressi alla revisione costituzionale.	146
6. I limiti derivanti dall'art. 138 Cost.	149
6.1 La "debolezza" del procedimento "rafforzato" ex art. 138 in una prospettiva comparata.	150
7. Derogabilità al procedimento di cui all'art. 138.	152
8. I limiti ricavati dalla necessaria omogeneità dell'oggetto del referendum abrogativo.	156
9. Le incertezze interpretative intorno all'art. 139 Cost. e la teoria della Costituzione materiale.	158
10. I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale.	160

#### **PARTE II**

##### **I CONTROLIMITI E TUTELA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE NEL QUADRO DI SVILUPPO EUROPEO**

1. La giurisprudenza "federalista" della Corte di giustizia vs la teoria dei controlimiti.	164
2. L'individuazione dell'art. 11 Cost. riferimento costituzione per l'esecuzione dei trattati europei.	167

3. Il paradigma dualista dei controlimiti.	169
4. Il modello monista.	172
5. I controlimiti “calati” nel contesto europeo.	173
6. L’identità costituzionale e le letture della clausola di salvaguardia delle identità costituzionali.	176

### **PARTE III**

#### **LA TUTELA DELLE IDENTITA’ COSTITUZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA ED EUROPEA: I PRINCIPI SUPREMI VS IL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO**

1. Applicazione del controlimite identitario.	180
2. Il caso del mandato di arresto europeo. La decisione quadro 2002/584/GAI.	181
3. Il mandato europeo e il problema della tutela dei diritti fondamentali.	183
4. Giurisprudenza costituzionale in materia di mandato europeo: il caso <i>Melloni</i> .	186
5. I controlimiti nella giurisprudenza dei giudici ordinari dei Paesi europei. La sentenza del <i>Conseil d’Etat</i> francese dell’8 febbraio 2007.	190
5.1 Il caso <i>Federfarma</i> .	193
6. L’ambiguità della Corte di giustizia: tre linee giurisprudenziali. Il caso <i>Viking</i> .	194
6.1 Il caso <i>Sayn- Wittgenstein</i> .	197
6.2 Il caso <i>Chartry</i> .	198

### **CAPITOLO IV**

#### **IL CASO TARICCO E L’ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: TRATTINE VRAGILGICI E RILIEVI CONCLUSIVI**

1. L’ordinanza della Corte costituzionale: un tentativo di dialogo.	200
2. Considerazioni sul primato dell’Unione e il rispetto dei principi supremi nell’ordinanza della Corte costituzionale.	203
3. Le conclusioni della Consulta.	204
4. Scenari sulle possibili risposte della Corte di giustizia.	206
5. Rilievi conclusivi.	208
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>212</b>

## INTRODUZIONE

### **Una premessa necessaria: la vicenda Taricco. La pronuncia della Corte Europea e le risposte dei giudici italiani**

L'8 settembre 2015 la Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>1</sup> ha emesso una pronuncia pregiudiziale sollecitata dal Tribunale di Cuneo con ordinanza del 17 gennaio 2014<sup>2</sup>, nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. Ivo Taricco e vari altri imputati, accusati di avere costituito e organizzato un'associazione a delinquere allo scopo di commettere più delitti in materia di IVA<sup>3</sup>.

In base a precisi accordi, operazioni di vendita di champagne sul territorio nazionale venivano fatte figurare, mediante società interposte, come transazioni comunitarie al fine di ottenere vantaggi di natura fiscale<sup>4</sup>.

Attraverso il meccanismo delle cosiddette "frodi carosello", essi avrebbero realizzato, negli esercizi fiscali dal 2005 al 2009, un'evasione di diversi milioni di euro sull'importazione di champagne.

Nello specifico, agli imputati vengono contestati i reati di cui agli articoli 2 e 8 del d.lgs. 74/2000<sup>5</sup> e il reato di associazione per delinquere *ex* articolo 416 bis c.p., finalizzata alla commissione di tali delitti.

Il g.u.p. di Cuneo rilevava l'intervenuto decorso della prescrizione a beneficio di uno degli imputati e, soprattutto, che a fronte della complessità delle indagini e dei procedimenti volti all'accertamento dei reati fiscali, per gli altri il termine prescrizione

---

<sup>1</sup> Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2015, causa C- 105/14, Taricco.

<sup>2</sup> Tribunale di Cuneo, ordinanza del 17 gennaio 2014, GUP Boetti.

<sup>3</sup> F. VIGANO', *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*, 2015, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

<sup>4</sup> F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 7 febbraio 2014.

<sup>5</sup> Il quale contiene la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

sarebbe giunto a conclusione entro il febbraio 2018, ben prima dell'emissione della sentenza definitiva.

Tale evenienza dipendeva dalle norme contenute negli articoli 160 ultimo comma e 161 secondo comma del codice penale che, a fronte di eventi interruttivi del corso della prescrizione, permettono un prolungamento del relativo termine pari ad un quarto del termine ordinario.

Sulla base di tale prognosi il giudice a quo rivolge una dura critica all'attuale ultimo comma dell'art. 160 c.p., quale risulta dalla legge del 5 dicembre 2005 n. 251 (nota come ex Cirielli)<sup>6</sup>, ponendo a sostegno del suo assunto un quadro comparativo della disciplina dell'interruzione della prescrizione in diversi Paesi membri, allo scopo di dimostrare che la situazione esistente in Italia rappresenta quasi un unicum nel panorama legislativo europeo.

Lo stesso, quindi, osserva che mediante la norma che consente la decorrenza della prescrizione durante il procedimento penale con conseguente garantita impunità per gli evasori dell'IVA, lo Stato italiano avrebbe creato un'ulteriore ipotesi di esenzione, non contemplata dalla direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto.

Le disposizioni di diritto interno pregiudicherebbero l'applicazione della direttiva, vanificandone l'effetto.

Il Tribunale di Cuneo richiedeva quindi la corretta interpretazione dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito TFUE) posto a protezione della leale concorrenza<sup>7</sup>, l'articolo 107 TFUE che vieta aiuti di Stato nei confronti di

---

<sup>6</sup> Tutti peraltro già ampiamente noti in ambito dottrinale, che l'applicazione di tale disposizione produce nella pratica, fra cui l'impoverimento delle garanzie individuali di ciascun imputato, nonché un senso di sfiducia dei cittadini nelle Istituzioni.

<sup>7</sup> Si ricorda che una siffatta condotta potrebbe ancora sanzionata in un procedimento parallelo a quello penale, non configurandosi alcun ne bis in idem. In virtù del criterio di specialità, sancito dall'art. 19 del d.lgs. 74/2000, il procedimento penale si può sovrapporre con quello tributario, non pare in alcun modo interferire con un eventuale procedimento finalizzato ad accertare, in un procedimento avanti alla Commissione, all'AGCM o al giudice civile, la violazione di norme antitrust, ovvero ad ottenere, da parte dei soggetti danneggiati, un risarcimento. Ne consegue che la violazione, eventuale, dell'art. 101 TFUE non rimarrebbe automaticamente "impunita" per effetto della prescrizione intervenuta nel procedimento penale.

determinate imprese<sup>8</sup>, l'articolo 119 TFUE<sup>9</sup> che impone agli Stati UE di vigilare sul carattere sano delle finanze pubbliche e l'articolo 158 § 2 della direttiva CE 2006/112 che vieta qualunque esenzione fiscale che non sia ivi tassativamente prevista.

Il Governo italiano si è costituito in giudizio ed ha chiesto che le questioni oggetto del rinvio pregiudiziale fossero dichiarate irricevibili, in quanto puramente astratte ed ipotetiche, ma la Corte di Giustizia ha ritenuto per contro che la domanda fosse perfettamente ricevibile.

Partendo dalla premessa che gli Stati membri hanno non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode e che “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'articolo 325 TFUE, possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA”, la Corte ha dichiarato l'idoneità della normativa italiana a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE, con particolare riguardo all'obbligo del giudice nazionale di combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

La Corte ha infatti statuito che 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

---

<sup>8</sup> L'art. 107 TFUE sancisce un principio di incompatibilità, fatte salve alcune deroghe e nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, degli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

<sup>9</sup> Si tratta di una disposizione che individua dei principi direttivi cui devono ispirarsi l'Unione e gli Stati membri nella gestione della politica economica e monetaria: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, bilancia dei pagamenti sostenibile.

combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive.

Prosegue evidenziando che l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite 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, discende dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE<sup>10</sup>.

Ma il nodo nevralgico della decisione sta nella considerazione che una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati garantiti dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Detto articolo, nel sancire i principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, vieta che qualcuno possa 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.

Tuttavia, nel caso specifico, non si tratterebbe di una violazione dei diritti fondamentali degli imputati, in quanto 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, essendo i fatti contestati previsti come reato al momento della loro commissione.

A sostegno della propria tesi, la Corte ha poi richiamato la sua costante giurisprudenza, secondo cui la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

A distanza di pochi giorni, l'impatto decisivo sulla giurisprudenza appare chiaro.

---

<sup>10</sup>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.

Nell'udienza del 15 settembre 2015, la Terza Sezione della Corte di Cassazione<sup>11</sup> ha avallato le determinazioni della Corte europea, statuendo che il contrasto con gli obblighi europei concerne unicamente il regime della durata massima del termine che comincia a decorrere dopo l'interruzione della prescrizione, regime che non riceve copertura dell'art. 25 Cost, accogliendo così l'argomento della natura processuale della prescrizione.

Contrariamente, il 18 settembre 2015, la Corte di Appello di Milano<sup>12</sup> ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale, sollevando questione di legittimità dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008 n. 130, che ordina l'esecuzione del TFUE così 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 nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco - 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, secondo comma, Cost.<sup>13</sup>".

Il 25 gennaio 2016, la Quarta Sezione della Corte di Cassazione<sup>14</sup>, senza addentrarsi nelle questioni affrontate dalla Corte europea, nel ritenere nel caso di specie non operante l'obbligo di disapplicare gli artt. 160 e 161, ha ritenuto doversi valorizzare due fondamentali aspetti.

Il primo aspetto è riferito alla determinazione della soglia minima di gravità delle frodi, in relazione alle quali andrebbe disapplicata la disciplina nazionale sulla prescrizione, in base alla ridetta decisione della CGUE.

---

<sup>11</sup> Cass. Terza Sez. penale, sentenza 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210.

<sup>12</sup> Corte di Appello di Milano, Seconda Sez. penale, ordinanza 18 settembre 2015, procedimento n. 642/14 R.G.A., Pres. Maiga, Est. Locurto, con nota di F. Viganò, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte di Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2015.

<sup>13</sup> Per una prima analisi, F. VIGANO', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>14</sup> Cassazione, Quarta Sez. penale, sentenza 25 gennaio 2016, n. 7914.

Il secondo aspetto è di ordine intertemporale, e concerne la questione della disapplicabilità della disciplina nazionale a seconda che, in base ad essa, la prescrizione sia già maturata, ovvero il suo termine sia ancora pendente.

Nell'affrontare il primo problema, concernente la gravità del reato, la Corte sottolinea un problema non di secondo ordine, ovvero che la sentenza Taricco fa espresso richiamo a casi di frode «grave», senza precisare quale sarebbe la soglia di gravità minima in cui il reato dovrebbe concretizzarsi ai fini della disapplicazione della prescrizione, rinvenendo come unico criterio guida la lesività del reato rispetto agli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Con tale pronuncia la Corte delinea i presupposti di applicazione della pronuncia della Corte di Lussemburgo, senza però addentrarsi nel merito della pronuncia e soprattutto senza menzionare i principi costituzionali che dovrebbero fare da argine agli obblighi imposti dalla Corte europea.

La Corte di Cassazione richiama espressamente per la prima volta la cosiddetta teoria di controlimiti, così come formulata dalla Corte Costituzionale, nell'ordinanza dell'8 luglio 2016, sollevando “la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (...) per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.”

“La Costituzione italiana”, cita testualmente la Corte, “contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sentenze nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982.

La dottrina dei "controlimiti", rappresenta dunque lo strumento per proteggere l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, “ l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile”.

Tale pronuncia ha innescato un accesissimo dibattito in dottrina.

Vi è chi, invocando l'applicazione dei controlimiti, auspica la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 e chi invece, rilevando profili in *bonam partem* della pronuncia della Corte europea, più sommessamente vorrebbe evitare decisioni di rottura con l'ordinamento europeo<sup>16</sup>.

La risposta della Corte costituzionale, giunge il 26 gennaio 2017<sup>17</sup>, con ordinanza che dispone un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, evocando per la prima volta un possibile conflitto tra i principi cardine dell'ordine costituzionale italiano e il diritto dell'Unione Europea.

Tre sono le questioni interpretative relative all'art. 325, paragrafi 1 e 2 TFUE, rispetto alle quali si richiede alla Corte di Lussemburgo di chiarire se la norma nazionale contrastante con il diritto dell'Unione Europea debba essere disapplicata dal giudice nazionale:

- se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;
- se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un

---

<sup>16</sup> Rivista AIC n. 4/2016, 11 novembre 2016, Atti del Convegno “*Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”.

<sup>17</sup> Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017.

numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;

- se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

E nel richiedere l'interpretazione della Corte di giustizia, la Corte costituzionale ribadisce che il diritto dell'Unione e in particolare modo le sentenze della Corte di giustizia non possono imporre agli Stati membri la rinuncia dei principi supremi del suo ordine costituzionale.

Nell'ottica del dialogo fra le corti, non adotta una declaratoria di incostituzionalità, ma fermamente invoca il principio di legalità in materia penale, per la parte in cui esige che le norme penale siano determinate e non possano essere applicate retroattivamente, come garante dei diritti inalienabili dell'individuo.

Si ribadisce inoltre la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, come tale soggetto alle garanzie di cui all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, articolo che non è oggetto di cessione di sovranità ma che è anzi la condizione necessaria affinché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia<sup>18</sup>, soprattutto quando il livello

---

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sentenze nn. 232 del 1989, 170 del 1984 e 183 del 1973.

di protezione degli imputati garantito dall'ordinamento nazionale sia più elevato di quello di cui all'articolo 49 della Carta di Nizza e dell'articolo 7 della CEDU.

Aderendo però alla constatazione effettuata dai giudici di Lussemburgo, evidenzia la necessità di verificare l'idoneità della normativa vigente nella materia delle gravi frodi fiscali ai fini della tutela degli interessi finanziari dell'Unione e, nel caso in cui l'accertamento desse esito negativo "*sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione, eventualmente anche evitando che l'esito sia compromesso da termini prescrizionali inadeguati*".

Secondo tale visione, se la Corte di Giustizia non dovesse aderire alle argomentazioni prospettate, la Corte costituzionale non avrebbe altra scelta che far prevalere il principio di legalità, concretamente "azionando" i controlimiti.

La scelta della Corte costituzionale è sì quella di aprirsi al dialogo, ma prendendo posizione netta circa i limiti e l'operatività del primato dell'Unione<sup>19</sup>.

Una decisione diplomatica, che non lascia però margine di discrezionalità alla Corte di Lussemburgo circa le questioni da trattare e che quindi dovrà prendere una posizione precisa, che sia di rottura con l'ordinamento italiano o al contrario che accolga le istanze dei giudici nazionali.

Il caso *Taricco* sovverte mezzo secolo di giurisprudenza della Corte di giustizia e ha una portata talmente dirompente da dividere giurisprudenza e dottrina interne.

Per capire le ragioni delle discrasie e dei contrasti creati all'interno del panorama giuridico italiano sarà allora necessario analizzare le varie problematiche toccate dalla sentenza in commento.

Si partirà dalla portata del principio di legalità in materia penale, per poi passare alla natura giuridica della prescrizione, analizzando successivamente i corollari discendenti dall'articolo 25, comma 2, Cost. , in un continuo confronto con l'ordinamento europeo e altri sistemi di *civil law* e *common law*.

---

<sup>19</sup> Rivista EUROJUS.IT, "La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo", 29 gennaio 2017, C. Amalfitano.

Infine si analizzerà il significato e la pregnanza dei principi fondamentali dell'ordinamento, al fine di comprendere come e se questi vengano usati come controlimiti al diritto eurounitario.

Solo al termine di questo viaggio attraverso il diritto interno ed europeo, verrà ripresa l'ordinanza della Corte costituzionale del 26 gennaio 2017, al fine di darle un ultimo inquadramento e ipotizzare i possibili scenari e risvolti possibili che si presenteranno con l'attesa risposta della Corte di giustizia.

## CAPITOLO I

### PARTE I

#### IL PRINCIPIO DI LEGALITA' TRA LO STATO DI DIRITTO E IL SISTEMA SOVRANNAZIONE DI TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Genesi e contenuto del principio di legalità.- 1.1 Il principio di tassatività.- 1.2 Il principio di irretroattività.- 1.3 Il divieto di analogia.- 2. Il principio di legalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.- 3. Brevi cenni al processo di integrazione europea: dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona.- 3.1 Art. 83 TFUE in rapporto al principio di legalità.- 4. La natura giuridica della CEDU prima e dopo il Trattato di Lisbona.- 5. Le garanzie distillate dall'art. 7 CEDU. Accessibilità e prevedibilità delle norme penali: caso Contrada c. Italia.- 6. Il principio di retroattività favorevole: caso Scoppola c. Italia.

#### **1. Genesi e contenuto del principio di legalità**

L'attuale concezione del diritto penale deriva in larga parte dal movimento illuminista settecentesco, che ha elaborato un insieme di principi fondamentali, tutt'oggi validi<sup>20</sup>.

Le matrici politico- criminali del pensiero sono la teoria del "contrattualismo" e dell' "utilitarismo"<sup>21</sup>.

Secondo il primo, il potere non deriva da un crisma divino, ma risulta dall'accordo tra gli uomini: le istituzioni statali traggono la loro legittimazione da un accordo liberamente stipulato tra i privati e sono finalizzate alla migliore utilità sociale, ovvero il migliore soddisfacimento dei diritti individuali.

---

<sup>20</sup> Hanno dato un contributo decisivo in questa direzione pensatori appartenenti a diversi paesi europei, che appaiono come *politici del diritto* (Bentham in Inghilterra; Montesquieu e Voltaire in Francia; Hommel e Fierbach in Germania; Beccaria, Filangieri e Pagano in Italia), con la comune finalità di razionalizzare il sistema penale.

<sup>21</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, *Introduzione*.

Gli illuministi, nel riprendere tale concetto, fecero riferimento ai due celebri filosofi inglesi del 1600, Hobbes e Locke, che partono entrambi dalla teoria del contrattualismo, ma mentre per Hobbes il contrattualismo conduce alla giustificazione dell'assolutismo, Locke se ne servì per delineare le basi dello stato di diritto e della concezione politica liberale.

L'utilitarismo è invece una teoria della giustizia, secondo la quale, è giusto compiere l'atto che massimizza la felicità complessiva, secondo il noto motto *benthamiano* "il massimo della felicità per il massimo numero di persone."

Erede e figlio del contrattualismo è il principio di legalità, inteso come baluardo posto a garanzia della libertà individuale: il reato è l'espressione della lesione di un interesse che la società ha l'obbligo di difendere per la propria conservazione e la libertà individuale può essere limitata solo se ciò sia funzionale ad un'ordinata convivenza civile.

L'enunciazione del principio di legalità in lingua latina, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, non deve trarre in inganno circa l'origine dello stesso: il diritto romano ammetteva l'applicazione analogica del diritto penale, fu il criminalista tedesco Anselmo Fuerbach<sup>22</sup> a formulare il brocardo così come noi oggi lo conosciamo.

La definizione che di tale principio Cesare Beccaria, padre dell'illuminismo penale italiano, ci fornisce è esemplare: "le sole leggi possono decretare le pene sui delitti, e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale".<sup>23</sup>

L'idea della tutela dei diritti di libertà del cittadino nei confronti del potere statale, presente già nello Statuto Albertino del 1848 all'articolo 26, è oggi costituzionalmente riconosciuto all'articolo 25 comma 2, secondo cui "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

A loro volta, gli articoli 1 e 199 del codice penale rispettivamente recitano: "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite" e "nessuno può essere sottoposto a

---

<sup>22</sup> A. FUERBACH, *Lehrbuch des gemein in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, 1847

<sup>23</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1794

misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti”

Sulla configurazione del principio di legalità in senso formale ovvero in senso sostanziale, la dottrina ha lungamente dibattuto.

La teoria formale è intesa come necessità che ogni fattispecie penale sia preceduta e contemplata da una legge espressa: la criminalità di taluni fatti può essere desunta esclusivamente dal dato normativo, prescindendo dalla mera valutazione della antisocialità o pericolosità della condotta.

A tale concezione si contrappone quella sostanziale, che intende i reati come fatti socialmente pericolosi la cui punibilità si fonda su una valutazione criminologica della condotta deviante.

Oggi, secondo la giurisprudenza di legittimità, il principio di legalità deve essere inteso in senso misto e tenere conto anche di tutti gli altri principi del nostro ordinamento: nell’accezione formale, comporta che il solo legislatore può attendere alla definizione di ciò che è reato; nell’accezione sostanziale, che il legislatore è tenuto a rispettare i parametri costituzionali per ciò che attiene ai valori salvaguardati<sup>24</sup>.

Dai vincoli che la Costituzione impone al legislatore penale derivano i seguenti corollari: il fatto deve essere dalla legge previsto come reato (riserva di legge); l’irretroattività della legge penale; la tassatività della legge penale; il rispetto dei principi di materialità e offensività; che il fatto sia causalmente e psicologicamente attribuibile al soggetto; che il fatto sia sanzionato con pena anch’essa preventivamente normata, tesa alla rieducazione del condannato e proporzionata (in astratto e in concreto); il divieto di analogia in materia penale.

Rinviando ad una successiva e più approfondita trattazione del principio della riserva di legge, è opportuno procedere ad una sintetica illustrazione degli altri tre principali corollari di cui si compone il principio di legalità: il principio di determinatezza (o tassatività), il principio di irretroattività e il divieto di analogia.

---

<sup>24</sup> R. GAROFALI, *Manuale di diritto penale- Parte speciale*, Del diritto Editore, 2017

## 1.1 Il principio di tassatività

Il principio di tassatività o sufficiente determinatezza della norma tende a salvaguardare i cittadini da eventuali abusi del potere giudiziario<sup>25</sup>.

Benché i due concetti siano sovente trattati congiuntamente, secondo alcuni studiosi andrebbe fatto un distinguo, riferendosi il primo al divieto per il giudice di applicare la norma ai casi non espressamente previsti e il secondo alla tecnica di formulazione della fattispecie<sup>26</sup>.

Parte della dottrina<sup>27</sup> prospetta una triplice ripartizione in “principio di precisione”, “principio di determinatezza” e “principio di tassatività”: il primo comporterebbe l’obbligo di descrivere con la massima precisione il fatto costituente reato e le conseguenze sul piano sanzionatorio, il secondo l’obbligo di prevedere come reati solo i fatti empiricamente provabili in un processo penale e il terzo vieterebbe l’interpretazione analogica delle norme penali.

Tuttavia il *punctum pruriens* è l’ideale grado di determinatezza della fattispecie, che deve essere costruita in modo tale da circoscrivere l’attività giudiziale di applicazione e interpretazione della stessa.

Il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge configurasse un reato in termini talmente generici da non lasciar intendere con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato.

Tutto ciò deve essere coordinato con gli insopprimibili spazi ermeneutici dell’interprete.

Il principio di determinatezza si rivolge sia al legislatore, affinché formuli norme chiare e precise, sia al giudice, per vietargli il ricorso al procedimento analogico.

---

<sup>25</sup>Esso fa *pendant* con il criterio della *frammentarietà*: se la tutela penale è tendenzialmente apprestata soltanto contro determinate forme di aggressione ai beni giudici, è necessario che il legislatore specifichi con sufficiente precisione i comportamenti che integrano siffatte modalità aggressive (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 77).

<sup>26</sup>F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Cedam, 1979

<sup>27</sup>G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001

La legge determinata è solo quella imperniata su una *ratio* che tenga conto dei modelli criminologici empirici e, ricorrendo tale requisito, assicura anche la funzione di prevenzione, sia generale che speciale, della norma penale.

Appare infatti chiaro come solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari, in modo da persuaderli a non tenere determinati comportamenti.

Infine la determinatezza della previsione penale è una condizione necessaria affinché siano garantiti i diritti, costituzionalmente protetti, all'eguaglianza di trattamento e al diritto di difesa.

## 1.2 Il principio di irretroattività

Sancito solennemente nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1789, il principio di irretroattività rappresenta uno dei prodotti del pensiero illuministico, che fa divieto di applicare la legge penale a fatti commessi prima della sua entrata in vigore ed è completato da quello di non ultrattività, in base al quale la legge non si applica dopo la sua estinzione<sup>28</sup>.

Il principio di irretroattività della norma penale, oltre ad essere espressamente sancito dall'articolo 25, comma secondo, Cost., è previsto a livello di legge ordinaria dagli articoli 11 e 14 delle preleggi, nonché dall'articolo 2, comma primo del codice penale.

L'irretroattività, dunque, trova il suo fondamento principale sul piano delle garanzie verso i detentori del potere legislativo, ma svolge inoltre un ruolo decisivo sotto il profilo politico-criminale: il comando normativo potrà esplicare un effetto di prevenzione generale soltanto qualora sia posto a conoscenza dei consociati preventivamente ai fatti ( in questo senso costituisce un decisivo presupposto della responsabilità penale)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009.

<sup>29</sup> Talora una violazione della regola dell'irretroattività può verificarsi in forma "occulta". Un esempio sembra potersi ricavare dalla fattispecie (oggi abrogata) prevista dall'art. 2 della legge 30 aprile 1976, n. 159, così come modificato dall'art. 3 della successiva legge 8 ottobre 1976, n. 689, per il quale chiunque possedeva all'estero disponibilità valutarie o attività di qualsiasi genere, costituite anteriormente al 6 marzo

Vivace è in dottrina e in giurisprudenza il dibattito sulla portata del principio della retroattività della *lex mitior*: ritenendo in molti che il principio non abbia il carattere dell'assolutezza, lo stesso imporrebbe il solo divieto di irretroattività della legge sfavorevole e la retroattività della legge favorevole<sup>30</sup>.

La ragione, secondo l'orientamento dottrinario prevalente<sup>31</sup>, è rinvenibile sul piano garantista del *favor libertatis*, che assicura al cittadino di non essere sottoposto ad un trattamento più severo di quello previsto al momento della commissione del fatto, e del principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione, in quanto non sarebbe ragionevole continuare ad applicare la sanzione penale ad un fatto che la legge sanziona in modo più mite o considera lecito.

Il problema viene affrontato dalla Corte Costituzionale, in modo diretto, per la prima volta in due sentenze del 2006: riconoscendo la natura di norme penali di favore alle disposizioni impugnate (relative, rispettivamente, alla riforma dei termini di prescrizione e alla falsità nelle competizioni elettorali), la Corte ha richiamato il fatto di aver «costantemente escluso che il principio di retroattività *in mitius* trovi copertura nell'art. 25 c. 2 Cost.», precisando che «ciò non significa tuttavia che esso sia privo di un fondamento costituzionale» ma che tale fondamento vada «individuato, invece, nel principio di eguaglianza»<sup>32</sup>.

La valutazione della ragionevolezza di tali deroghe, assolutamente necessaria ad opinione della Consulta, però, è particolarmente rigorosa: esse, non potendosi limitare solo ad essere «non manifestamente irragionevoli», devono altresì «superare un vaglio positivo di ragionevolezza»<sup>33</sup>.

---

1976 in violazione delle norme valutarie vigenti al momento del fatto, era tenuto a farne dichiarazione all'Ufficio Italiano Cambi e a provvedere ad una serie di specifici adempimenti. Con l'*escamotage* di configurare una fattispecie in forma omissiva, incentrata sulla violazione di un obbligo attuale di denuncia, si è nella sostanza trasformato in penalmente illecito un fatto che tale non era al momento in cui veniva commesso.

<sup>30</sup> Per stabilire quando ci si trovi di fronte ad una disposizione più favorevole, occorre operare un raffronto tra la disciplina prevista dalla vecchia norma e quella introdotta dalla nuova: tale raffronto va effettuato in concreto, mettendo a confronto i risultati dell'applicazione di ciascuna norma alla situazione concreta oggetto di giudizio.

<sup>31</sup> M. GALLO, *La legge penale*, Giappichelli, 1999.

<sup>32</sup> Corte Cost., sentenza del 23 novembre 2006, n. 394.

<sup>33</sup> Corte Cost., sentenza del 23 novembre 2006, n. 393.

### 1.3 Il divieto di analogia

L'analogia consiste in un processo di integrazione dell'ordinamento, attuato tramite una regola di giudizio ricavata dall'applicazione all'ipotesi di specie, non regolata espressamente da alcuna norma<sup>34</sup>, di norme dettate per casi simili (*analogia legis*) o desunta dai principi generali dell'ordinamento (*analogia iuris*).

La norma di riferimento del meccanismo analogico è l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, il quale al primo comma recita: “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore” e al secondo comma conclude “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.

La regola generale dell'*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio* incontra un'eccezione nell' articolo 14 disp. prel. , ispirato alla logica del *favor libertatis*, che vieta espressamente di ricorrere all'analogia nell'applicazione delle norme eccezionali e delle *leggi penali*.

In passato si discuteva sulla natura assoluta ovvero relativa del divieto di analogia.

La tesi che sostiene il carattere assoluto del divieto di analogia fa leva sul carattere unitario del sistema penale, incompatibile con un' applicazione differenziata del divieto di analogia<sup>35</sup>.

La tesi che ammette la relatività del divieto di analogia, ritiene che esso opererebbe solo come divieto in *malam partem*, in senso peggiorativo per il reo e non anche nel caso di analogia in *bonam partem*, in senso migliorativo.

---

<sup>34</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 107.

<sup>35</sup> A giustificazione di un assunto così rigoristico, si adduce il primato dell'esigenza di “certezza”: la certezza del comando penale verrebbe meno non solo se si estendesse analogicamente la disposizione incriminatrice, ma anche se fossero resi incerti i limiti della sua applicazione.

La natura relativa del divieto di analogia si poggia in primo luogo sul tenore letterale dell'art. 14, disp. prel., che per “leggi penali” intende il complesso delle sole norme punitive in senso stretto (e non anche le norme favorevoli al reo).

Un secondo ordine di ragioni poggia sulla *ratio* del divieto, da rinvenire nella garanzia di libertà individuale del singolo dagli arbitri del potere giudiziario: esigenza che non sussiste quando si debba applicare una norma di favor.

Eccezione al ricorso all'analogia in bonam partem, stando al tenore del citato articolo 14, è costituita dal caso in cui l'interprete si trovi davanti ad una norma eccezionale.

Infine, un altro interrogativo, ormai risolto positivamente, è l'ammissibilità o meno dell'interpretazione estensiva.

Il timore in passato era giustificato dalla constatazione che ammettere la possibilità di interpretare estensivamente una legge penale ed eccezionale potrebbe di fatto eludere il divieto di analogia<sup>36</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina prevalente ammettono l'interpretazione estensiva, fintanto che non si travalichi l'ambito dei possibili significati letterali dei termini impiegati dalla norma<sup>37</sup>.

## **2. Il principio di legalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

Spostando ora l'attenzione sul piano sovranazionale, possiamo notare che il principio di legalità dei reati e delle pene costituisce un caposaldo di molte Convenzioni internazionali (per esempio esso è contenuto nelle Convenzioni delle Nazioni Unite<sup>38</sup>).

---

<sup>36</sup> Nondimeno, la Cassazione ha ben colto il discrimine teorico tra l'interpretazione estensiva e il procedimento analogico: *la prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità della fattispecie considerata dalla norma* (Cass. 3 luglio 1991, in *Foro*, 1992, II, 146).

<sup>37</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001.

<sup>38</sup> All'art. 11 comma 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e all'art. 15 comma 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1996.

Per quanto riguarda il sistema europeo, un rilievo centrale è destinato ad assumere l'art. 7 comma 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>39</sup> (d'ora in poi abbreviata anche con CEDU), che espressamente sancisce il principio di *nulla poena sine lege*.

Si tratta di un principio la cui inclusione nella Convenzione europea è stata dettata dall'esigenza di assicurare la positivizzazione di un comune denominatore di legalità, atto ad evitare vistose deviazioni dello Stato di diritto.

Tuttavia, prima di analizzare nel dettaglio il peso specifico e la cogenza della CEDU all'interno dell'ordinamento italiano, è imprescindibile una breve digressione su ciò che ha costituito il processo di integrazione europea, la sua portata e le competenze dell'Unione europea in materia penale.

### **3. Brevi cenni al processo di integrazione europea: dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona**

L'adesione dell'Italia alla Comunità europea ha avuto come conseguenza la limitazione della propria sovranità a norma dell'articolo 11 Cost.<sup>40</sup> e la possibilità, per quanto di riguarda la seconda, di adottare norme dotate di efficacia diretta nei singoli Stati membri<sup>41</sup>.

La questione circa la configurazione di una competenza penale della CEE<sup>42</sup>, inammissibile nell'originario assetto delineato dal Trattato di Roma<sup>43</sup>, si è posta dopo

---

<sup>39</sup> Firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 novembre 1953.

<sup>40</sup> "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; 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; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

<sup>41</sup> G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 165 ss.

<sup>42</sup> Comunità Economia Europea

<sup>43</sup> Il Trattato di Roma è il trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE), firmato il 25 marzo 1957 insieme al trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (TCEEA). Questi due trattati, insieme, sono detti "Trattati di Roma".

l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht<sup>44</sup> sull'Unione europea e del successivo Trattato di Amsterdam<sup>45</sup>.

Il primo segna una tappa fondamentale nel passaggio da un'Unione avente fini prevalentemente economici ad una struttura di impianto politico generale<sup>46</sup>, ridisegnando la Comunità europea e immaginandola come un tempio a tre pilastri, collegati tra loro dall'architrave e dalla base.

Tali pilastri erano l'Unione europea, caratterizzata dal metodo comunitario<sup>47</sup>, la Cooperazione intergovernativa in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC) e la Cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni.

Il terzo pilastro, fondamentale per ciò che concerne il diritto penale, è stato completato dal Trattato di Amsterdam, che ha trasformato GAI nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale, finalizzando tale pilastro alla tutela degli individui contro il terrorismo, il traffico internazionale di stupefacenti e di armi, la corruzione e la frode.

Con tale trattato, quindi, il terzo pilastro veniva fortemente rinnovato e finalizzato alla tutela della sicurezza dei cittadini dell'Unione<sup>48</sup>.

Il Trattato di Amsterdam oltretutto, nel modificare l'art. 229 TCE<sup>49</sup>, prevedeva un potere sanzionatorio in capo alla Comunità Europea, destinate ad essere irrogate dalla Corte di Lussemburgo<sup>50</sup>, intese però come sanzioni di natura esclusivamente amministrativa.

---

<sup>44</sup> Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

<sup>45</sup> Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999..

<sup>46</sup> G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, p. 9

<sup>47</sup> Il metodo comunitario è un processo decisionale, che ha sostituito il metodo intergovernativo, accentuando il carattere di organizzazione sovranazionale in contrapposizione a quello di organizzazione internazionale.

<sup>48</sup> M. SANTISE- F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 4 ss.

<sup>49</sup> Oggi la disciplina è contenuta nell' art. 261 TUE, in base al quale *“I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio in virtù delle dal Consiglio in virtù delle disposizioni dei trattati possono attribuire alla Corte di giustizia dell'Unione europea una competenza giurisdizionale anche in merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi”*.

<sup>50</sup> G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editor, Torino, 2005, p. 2 ss.

Sebbene con il Trattato di Nizza<sup>51</sup> sia stato attribuito al Consiglio il potere di adottare all'unanimità posizioni comuni, volte a definire l'orientamento dell'Unione su specifiche questioni, decisioni quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri e convenzioni internazionali di cui il Consiglio raccomandava l'adozione agli Stati membri<sup>52</sup>, si registrava ancora l'assenza di una specifica competenza penale dell'Unione.

Va precisato che il potere diretto attribuito dal trattato in materia penale è limitato al terzo pilastro, nel rispetto del principio di legalità<sup>53</sup>.

Il Trattato di Lisbona<sup>54</sup>, abolendo il sistema dei pilastri, ha determinato la cosiddetta "comunitarizzazione" della materia penale, assoggettandola al metodo comunitario.

Il Trattato di Lisbona ha quindi rivoluzionato il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto penale, che risulta oggi di competenza concorrente e cui risulta oggi applicabile l'art. 2 par. 2 TFUE<sup>55</sup>, secondo cui "gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria" (tale competenza penale è sempre indiretta).

### **3.1 Art. 83 TFUE in rapporto al principio di legalità**

Una delle novità assolute apportate dal Trattato di Lisbona è rappresentata dall'art. 83 TFUE, che prevede un'espressa competenza penale indiretta.

---

<sup>51</sup> Il Trattato di Nizza è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

<sup>52</sup> In tale procedura assumeva un ruolo fondamentale il Parlamento Europeo, in quanto doveva essere necessariamente consultato prima dell'adozione di tali atti e doveva rilasciare un parere entro un termine non inferiore a tre mesi.

<sup>53</sup> A conclusione contraria non si potrebbe giungere argomentando che in base all'art. 280 TCE il Consiglio può adottare le misure nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi ed attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità, trattandosi di interventi che non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.

<sup>54</sup> Il Trattato di Lisbona, noto anche come Trattato di riforma, è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

<sup>55</sup> Tale articolo fa parte del Titolo I del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che disciplina le categorie e settori di competenza dell'Unione.

Il primo paragrafo attribuisce al Parlamento Europeo e al Consiglio il potere di emanare, mediante direttive adottate con procedura legislativa ordinaria, *“norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”*.

Il secondo paragrafo consente poi alle Istituzioni dell’Unione di introdurre, sempre con direttiva, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, *“allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione”*.

La questione della competenza dell’Unione europea in materia penale verrà più dettagliatamente affrontata nel secondo capitolo di questa trattazione, al momento basta sottolineare come il carattere innovativo di tale norma sia da rinvenire nell’introduzione di una autonoma competenza per materia<sup>56</sup> in ambito penale, per la quale fonte deputata è la direttiva<sup>57</sup>, in luogo delle decisioni quadro utilizzate nel sistema previgente.

#### **4. La natura giuridica della CEDU prima e dopo il Trattato di Lisbona**

Tornando all’argomento che costituisce oggetto di trattazione, occorre in prima battuta rimarcare che la CEDU costituisce lo strumento di protezione dei diritti civili e politici più efficace del panorama mondiale.

Questione di particolare interesse è quella relativa al valore giuridico della CEDU nell’ordinamento italiano e alla sua conseguente allocazione nella gerarchia delle fonti.

---

<sup>56</sup> L’orientamento prevalente tende ad escludere che tale competenza sia completamente sganciata dalle materie elencate dalla norma in esame, ammettendo tuttavia interventi relativi alla parte generale del diritto penale riferiti a materie comprese nell’elenco dell’articolo (si pensi ad esempio alla responsabilità delle persone giuridiche).

<sup>57</sup> La direttiva è emanata attraverso la procedura legislativa ordinaria (che vede il Consiglio ed il Parlamento europeo in posizione di sostanziale parità), mentre la decisione quadro, ex art. 34 TUE, è adottata all’unanimità dal Consiglio.

Un primo orientamento<sup>58</sup> ha ritenuto che il fondamento costituzionale dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione debba essere individuato nell'art. 2 Cost., altri autori<sup>59</sup> invece ritengono di dover guardare all'art. 10 Cost<sup>60</sup>.

Infine, altri<sup>61</sup> ancora attribuiscono valore costituzionale alla CEDU alla luce dell'art. 11 Cost., che consente le limitazioni di sovranità necessarie a garantire la pacifica convivenza tra gli Stati<sup>62</sup>.

La seconda questione è stata risolta tradizionalmente nel senso di attribuire alla stessa rango di legge ordinaria<sup>63</sup>.

In alcune pronunce, tuttavia, la Corte costituzionale ha attribuito alla Convenzione un valore ulteriore, di tipo interpretativo<sup>64</sup>.

La Consulta è poi nuovamente intervenuta sulla *vexata quaestio* del valore della CEDU nel nostro ordinamento a seguito della riforma del titolo V della Costituzione<sup>65</sup>, soffermandosi sulla nuova disciplina di cui all'art. 117 Cost<sup>66</sup>.

Nelle pronunce nn. 348/2007 e 349/2007 il Giudice delle Leggi nega drasticamente l'efficacia diretta delle disposizioni contenute nella Convenzione, rimarcando la tesi secondo cui, in caso di contrasto della stessa con la disciplina nazionale, il giudice dovrà preliminarmente ricercare un significato della norma interna orientato e conforme al testo e

---

<sup>58</sup> A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1975.

<sup>59</sup> A. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1956.

<sup>60</sup> Norma in base alla quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

<sup>61</sup> A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione, profili teorici e questioni pratiche*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>62</sup> Tale norma è stata coniata al fine di attribuire un fondamento costituzionale all'adesione del nostro paese all'ONU ed è stata successivamente utilizzata al fine di legittimare la Comunità europea.

<sup>63</sup> In quanto l'adattamento nel diritto italiano della Convenzione è avvenuto con la legge n. 848 del 1995.

<sup>64</sup> La Consulta, con la sent. n. 388/1999 ha precisato che il contenuto della CEDU spesso coincide con il disposto costituzionale o lo integra, allo scopo di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali. Alla luce di ciò l'interpretazione della normativa interna deve essere dunque orientata al rispetto dei principi sanciti dalla CEDU.

<sup>65</sup> Attuata con la legge costituzionale n.3 del 18 ottobre 2001.

<sup>66</sup> L'articolo, così come novellato, dà copertura ai trattati internazionali.

allo spirito della CEDU<sup>67</sup>, non potendo disapplicare la disciplina nazionale con essa contrastante.

Qualora il paradigma dell'interpretazione conforme non sia sufficiente al fine di risolvere il contrasto, il giudice interno è tenuto a sollevare eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost<sup>68</sup>.

Con il novellato art. 6 TUE, la dottrina è tornata nuovamente ad interrogarsi sul problema, chiedendosi soprattutto se siano da ritenere valide, alla luce delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, le coordinate ermeneutiche formulate dalla Corte Costituzionale con le cosiddette "sentenze gemelle" del 2007.

In base a una prima teoria<sup>69</sup>, il contrasto tra norma interna e CEDU dovrebbe essere risolto dal giudice interno mediante un controllo diffuso, conformemente a quanto avviene in caso di contrasto tra norma interna e norma dell'Unione europea dotata di efficacia diretta<sup>70</sup>.

Una seconda scia di orientamento, invece, ritiene siano ancora operanti i principi dettati nel 2007 dalla Consulta.

---

<sup>67</sup> La Corte Costituzionale, con sent. 22 ottobre 1999, n. 388, ha ritenuto che "il contenuto della CEDU spesso coincide con il disposto costituzionale o lo integra, allo scopo di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali".

<sup>68</sup> Le disposizioni della Convenzione, in quanto norme internazionali pattizie, hanno valore "subcostituzionale" e non producono effetti diretti nell'ordinamento interno.

<sup>69</sup> V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010.

<sup>70</sup> Seguendo tale orientamento, bisogna ritenere che la CEDU sia stata pienamente *comunitarizzata* ed abbia valore *super-costituzionale*. Seguendo tale impostazione, parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che le norme della Convenzione siano direttamente applicabili nel sistema nazionale ex art. 11 Cost. Viene in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere, in via immediata e diretta, alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno.

Alla base di tale posizione è collocato il dato letterale dell'art. 6 TUE, il quale prevede che l'Unione "aderisce" alla CEDU, legittimando una successiva adesione all'organizzazione internazionale, allo stato non ancora attuata<sup>71</sup>.

Con la sentenza n. 80 del 2011, la Corte costituzionale ha avuto modo di esprimersi ulteriormente sulla questione.

Sollecitata dal giudice remittente, la Corte ha avuto cura di ribadire che l'art. 11 non dà "copertura" al sistema CEDU; e ciò, non solo per il fatto che il parametro in parola si riferisce ad ipotesi in cui si abbiano limitazioni di sovranità (che in questo caso non si verificherebbero), ma per una serie di altre ragioni<sup>72</sup>.

La Consulta rileva che il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo appartengono ad una realtà diversa rispetto a quella dell'Unione Europea e che il rapporto tra CEDU e diritto interno debba essere disciplinato "da ciascun ordinamento nazionale"<sup>73</sup>, sottolineando come il sistema di tutela dei diritti fondamentali appaia oggi più complesso, risultando dalla Carta di Nizza-Strasburgo, la CEDU e i "principi generali".

Se fosse altrimenti consentito al giudice nazionale di disapplicare la legge interna in favore di quella convenzionale, la decentralizzazione del giudice delle leggi rispetto al "crocevia interordinamentale" privilegiato, relativo alla tutela multilivello dei diritti fondamentali in Europa, sarebbe stata probabilmente irreversibile<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> La Corte di Giustizia, nel caso C-571/10 *Servet Kamberaj* del 24 aprile 2012, ha ribadito che *il rinvio operato dall'art. 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto sostanziale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa.*

<sup>72</sup> A. Randazzo, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>73</sup> G. SILVESTRI, in *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, cit., 71, rileva che le norme CEDU, "superato l'esame" di costituzionalità, "acquistano un rango costituzionale e di conseguenza si bilanciano con le altre". Tale ricostruzione induce a ritenere che le norme CEDU, una volta rilevata la conformità alla Carta costituzionale, "riprendono dalla norma costituzionale la forza della Costituzione"; in tal senso, quindi, i precetti convenzionali devono necessariamente porsi su un piano di perfetta parità rispetto a quelli della fonte suprema del nostro ordinamento, dovendo la prevalenza degli uni sugli altri misurarsi di volta in volta sul piano della migliore o maggiore salvaguardia dei valori in campo.

<sup>74</sup> O. POLLICINO, *La Corte costituzionale, su un rinvio della Corte di cassazione, richiama all'ordine il Giudice amministrativo in merito alla asserita diretta applicabilità della CEDU*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

La giurisprudenza della Cassazione<sup>75</sup> si pone in linea con le pronunce della Corte Costituzionale, secondo cui la clausola sancita dall'art. 52 par. 3 non ha determinato una "trattazione" indiretta e piena della CEDU, la quale è applicabile solo per le ipotesi nelle quali la fattispecie sia disciplinata dal diritto europeo e non da norme nazionali prive di legame con il diritto UE<sup>76</sup>.

Concludendo sul punto, si può sintetizzare che dalla CEDU provengono spinte diverse, limitative e ed espansive.

Talvolta, dalla Convenzione e dalla relativa interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, derivano a capo dello Stato membro obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali che la Convenzione riconosce, che si traducono nel dovere dello Stato di criminalizzare le condotte lesive di tali diritti<sup>77</sup>.

Altre volte suddetti obblighi di tutela pongono un problema di compatibilità con la CEDU, che sortisce un effetto limitativo dell'ambito di operatività delle norme penali nazionali<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup>Secondo Cass. N. 950/2015 " *ammettere un potere o addirittura un obbligo di non applicare la legge, in contrasto col principio costituzionale che il giudice è soggetto unicamente alla legge (art. 101 Cost.), significherebbe aprire un pericoloso varco al principio di divisione dei poteri, avallando una funzione di revisione legislativa da parte del potere giudiziario, che appare estraneo al nostro sistema costituzionale, determinando il giudice eventuali limiti di applicazione della normativa nazionale per contrasto con pronunce della Corte di giustizia, esorbitando dai suoi poteri. L'abrogazione della legge è vincolata alle ipotesi contemplate dall'art. 15 preleggi, e art. 136 Cost., che non tollerano la disapplicazione da parte del giudice, pur dovendo essere interpretata alla luce dei principi sovranazionali, con le puntualizzazioni sovra evidenziate*".

<sup>76</sup> Cass., SS. UU., 13 giugno 2012, n. 9595.

<sup>77</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale parte generale*, NEL DIRITTO EDITORE, Roma, 2016, p. 18.

<sup>78</sup> E' quanto si è verificato, per esempio, con riguardo all'applicabilità della "confisca c.d. urbanistica" prevista dall'art. 44 del Testo unico dell'edilizia in danno dell'imputato assolto per difetto di colpa o di terzi in buona fede; o ancora in riferimento all'applicabilità retroattiva della confisca per equivalente in danno di soggetti che abbiano commesso il fatto di reato prima dell'entrata in vigore della norma che ha per la prima volta introdotto la indicata ipotesi di confisca.

## **5. Le garanzie distillate dall'art. 7 CEDU. Accessibilità e prevedibilità delle norme penali: caso Contrada c. Italia**

Rilievo assume la decodificazione della portata e degli effetti, in termini di rafforzamento delle garanzie individuali, dell'art. 7 CEDU.

La norma stabilisce: “1. *Nessuno può essere condannato per un'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 al momento in cui il reato è stato commesso.* 2. *Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in una nota pronuncia<sup>79</sup>, ha svelato che l'art. 7 CEDU abbraccia sia il divieto di analogia, sia impone al legislatore di formulare norme penali precise e chiare, così ampliando le garanzie legale all'aspetto qualitativo della produzione penale.

Giova ricordare fin d'ora, che il principio convenzionale di legalità penale, però, non solo non racchiude in sé il corollario della riserva di legge, ma non implica l'esigenza di una norma scritta<sup>80</sup> (esigenza che confliggerebbe con l'essenza dei paesi di *common law* presenti nell'UE).

Oltre al noto corollario della determinatezza, il rafforzamento apportato dall'articolo deriverebbe dall'enucleazione dei principi di accessibilità e prevedibilità della norma penale e della relativa giurisprudenza<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Sent. n. 260- A, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.

<sup>80</sup> BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002.

<sup>81</sup> BARTOLE- CONFORTI- RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 252- 253.

Quanto all'accessibilità, lo Stato ha il dovere di consentire ai destinatari delle norme di prendere conoscenza delle stesse<sup>82</sup>, predisponendo strumenti atti a tal fine (come la pubblicazione e l'inserimento in raccolte ufficiali).

Il secondo corollario ha invece due conseguenze sul piano pratico: la prevedibilità deve investire sia la fase di formazione della norma che quella di applicazione.

Circa la formazione, la Corte EDU richiede che il cittadino sia messo *“in grado di prevedere, con un grado di ragionevole approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato”*<sup>83</sup>.

La portata di una enunciazione siffatta evoca il principio della determinatezza, che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo richiede che l'illecito penale sia formulato in maniera chiara dalla legge o che allo stesso modo si evinca da fonti consuetudinarie o giurisprudenziali<sup>84</sup>.

La giurisprudenza europea, invero, non manca al riguardo di temperare i rischi insiti nell'adesione ad un principio di determinatezza eccessivamente rigoroso, osservando che *“anche in ragione del principio di generalità delle leggi, il testo di queste non presentare una assoluta precisione”* *“numerose leggi si servono per forza di cose di formule più o meno elastiche, al fine di evitare una rigidità eccessiva e di potersi adattare ai mutamenti della situazione”*<sup>85</sup>.

Quanto ai parametri alla stregua dei quali valutare in concreto il rispetto del requisito di determinatezza, sul piano oggettivo occorre fare riferimento al testo normativo (sulla scorta delle regole generali sull'interpretazione dettate dall'art. 31 della Convenzione di Vienna ) e al significato che lo stesso assume nel generale contesto della legge.

Sul versante soggettivo, la chiarezza delle norme va apprezzata considerando la conoscibilità da parte del destinatario che sia chiamato a svolgere particolari attività coperte da prescrizioni particolari.

---

<sup>82</sup> Corte EDU, sent. n. 30 del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

<sup>83</sup> Corte EDU, sent. n. 30 del 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

<sup>84</sup> La giurisprudenza CEDU lascia tuttavia ampi margini di discrezionalità in relazione al grado di precisione richiesto, di volta in volta, alla previsione penale.

<sup>85</sup> Corte EDU, sent. 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*.

Nella fase di applicazione, la prevedibilità impone la cosiddetta “ragionevolezza dell’interpretazione”.

L’interpretazione può essere *tecnica* quando il testo consente diverse ricostruzioni, oppure *storica* quando si basa su uno scenario storico mutato rispetto a quello precedente.

In entrambi i casi è ragionevole un’interpretazione estensiva<sup>86</sup>, intendendosi tale l’opera di precisazione e adattamento del precetto a circostanze nuove che possano ritenersi comprese nella *ratio* storica dell’incriminazione, traendo la sua prevedibilità da una precedente prassi interpretativa a carattere estensivo.

Al contrario, la prevedibilità è esclusa nei casi di analogia (*analogia legis* o *iuris*), volta a colmare le lacune del diritto positivo<sup>87</sup>.

Nel 2015 la Corte EDU è tornata ad occuparsi dei principi di determinatezza e prevedibilità delle norme penali nel caso *Contrada c. Italia*<sup>88</sup>, affrontando il tema della compatibilità della figura criminosa del concorso esterno in associazione mafiosa con il principio di legalità di cui all’art. 7 CEDU.

Con tale sentenza la Corte ha riconosciuto la violazione da parte dell’Italia del principio di legalità ex art. 7 della CEDU, concretizzatasi nella condanna da parte della magistratura per dei fatti avvenuti prima dell’elaborazione giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa.

Bruno Contrada, secondo quanto statuito dalla Corte di Strasburgo, sarebbe stato condannato per dei fatti risalenti agli anni tra il 1979 ed il 1988, antecedenti rispetto alla

---

<sup>86</sup> Corte EDU, sent. n. 181 del 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*. La Corte ha precisato che è ammissibile un’interpretazione estensiva nel caso in cui la norme penale costituisca l’approdo di una prassi ormai indiscussa; ovvero nel caso in cui l’interpretazione risulti plausibile alla luce delle mutate situazioni storico- sociali.

<sup>87</sup> Con il ragionamento analogico si estende la disposizione oltre i suoi limiti, applicandola ad un caso da essa non previsto, ma simile a quello contemplato. Il procedimento per analogia trascende il tenore letterale della norma, comportandone l’estensione a un’ipotesi concreta solamente simile a quella contemplata dalla norma stessa, al fine di colmare una lacuna e disciplinare una materia che non è ancora stata regolamentata dal legislatore.

<sup>88</sup> Corte EDU, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

sentenza Demitry<sup>89</sup>, con cui la Suprema Corte ha definitivamente stabilito i presupposti applicativi dell'incriminazione in questione.

La Corte di Cassazione avrebbe violato i corollari del principio di legalità e in particolare i canoni di chiarezza della legge: la giurisprudenza precedente alla sentenza “pilota” Demitry, seppur risalente alla fine degli anni Sessanta, non viene ritenuta sufficientemente consolidata al momento della consumazione della condotta

Infine, la Corte rileva una questione che lo stesso Contrada aveva rimarcato in ogni grado di giudizio, ovvero la concreta possibilità di conoscere il reato ai tempi della condotta, argomento non sufficientemente approfondito dalla Suprema Corte (che si è limitata a verificare la sussistenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge interna).

Tuttavia, si nota una discutibile commistione di piani ordinamentali nell'applicazione del principio di legalità, non essendo chiaro se, con la sentenza in questione, la Corte abbia inteso imporre all'Italia una valorizzazione in chiave vincolante del precedente<sup>90</sup>.

Come sottolineato da larga parte della dottrina, l'esaltazione della prevedibilità rischia di svilire il profilo della determinatezza della fattispecie, che funge da architrave del modello penale<sup>91</sup>.

Nel caso Contrada, il groviglio concettuale è ingenerato dalla sovrapposizione fra la

---

<sup>89</sup> Cass. SS.UU., sent. n. 16 del 5 ottobre 1994.

<sup>90</sup> 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 [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2015. *Questa interpretazione porterebbe a ritenere allora le Sezioni Unite della Cassazione (sempre che si ritenga sufficiente o necessaria, ai fini della valutazione di prevedibilità del precetto applicato, una pronuncia della Cassazione in tale formazione) come organo con funzione non più soltanto nomofilattica, ma propriamente produttiva di norme giuridiche, in grado di vincolare gli altri giudici sul piano dell'applicazione del diritto. E questo introdurrebbe inevitabilmente, in qualche modo, il principio dello stare decisis nel nostro ordinamento, seppur a determinate condizioni: soluzione non accettabile, alla luce degli specifici principi su cui si regge il nostro ordinamento costituzionale.*

<sup>91</sup> P. MAGGIO, *Nella “revisione infinita” del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in CASSAZIONE PENALE, Giuffrè, 2016, p. 3445.

“prevedibilità” in concreto della fattispecie concorsuale, affetta da un difetto di tassatività, e la spinosa *quaestio* del passaggio alla giurisprudenza-fonte.

## 6. Il principio di retroattività favorevole: caso Scoppola c. Italia

Mentre il principio di irretroattività della legge penale ha trovato esplicita enunciazione nella Carta costituzionale<sup>92</sup>, quello di retroattività della *lex mitior*, ossia l'esigenza di non punire fatti che dopo essere stati commessi abbiano cessato di costituire reato (o siano stati sottoposti ad una pena meno afflittiva), non ha trovato un esplicito richiamo nella Costituzione del 1948 .

Tuttavia, il giudice delle leggi ha individuato nell'art. 3 Cost.<sup>93</sup> il fondamento costituzionale della retroattività favorevole.

Ciò anche in accordo con la Corte di Cassazione<sup>94</sup>, secondo cui l'art. 2 comma 4 del codice penale<sup>95</sup> prende in considerazione tutti i mutamenti legislativi e pertanto, una volta che sia entrata in vigore una legge più favorevole, questa deve essere applicata sempre, anche se successivamente sia a sua volta modificata in senso meno favorevole.

Al medesimo esito è pervenuta la Corte di Strasburgo nella sentenza *Scoppola c. Italia*<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Trova invece esplicita consacrazione nell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che al secondo periodo del primo comma recita “Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne”.

<sup>93</sup> “Che impone, in linea di massima di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi sono stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”. Integreerebbe pertanto una discriminazione punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato”, così F. VIGANO , *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, pag. 4.

<sup>94</sup> Cass. Pen., Sez. II, sent. n. 35079 del 7 luglio 2009.

<sup>95</sup> “Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”.

<sup>96</sup> Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009

Nel processo svoltosi in Italia non era stata applicata la pena più mite di trent'anni di reclusione, prevista da una *lex intermedia* entrata in vigore dopo la commissione del fatto (per il quale la legge all'epoca del perfezionamento della condotta prevedeva la pena dell'ergastolo con isolamento diurno), successivamente sostituita da altra disposizione che ripristinava la pena dell'ergastolo (senza isolamento diurno).

Il ricorrente si doleva dell'impossibilità di applicare la disciplina del giudizio abbreviato ex artt. 442 ss. del codice di procedura penale, ammessa però dalla *lex intermedia*.

La Corte EDU, valorizzando l'art. 7 CEDU, ha affermato che il ricorrente avrebbe dovuto essere condannato a trent'anni di reclusione e non all'ergastolo, con ciò desumendo dal predetto articolo il principio di retroattività favorevole<sup>97</sup>.

All'indomani della sentenza, uno dei principali interrogativi concerneva l'impatto di tale qualificazione sul tema del bilanciamento del canone con altri interessi contrapposti, specialmente con il limite del giudicato<sup>98</sup>.

In particolare, negli ultimi anni, un vivace dibattito ha interessato la tendenza recessiva del giudicato in diverse ipotesi di pena illegittima, pur rimanendo tutt'ora valido.

Si segnala la sentenza *Gouarré Patte c. Andorra*<sup>99</sup>, in cui la Corte di Strasburgo ha rilevato una violazione dell'art. 7 CEDU proprio in relazione alla mancata applicazione retroattiva di una legge più favorevole, entrata in vigore successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna pronunciata nei confronti del ricorrente.

---

<sup>97</sup> La Cass. Sez. V, con la sent. n. 16507 dell'11 febbraio 2010, adita da Scoppola con ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p., ha proceduto alla rideterminazione della pena inflittagli nel senso indicato dalla Corte EDU.

<sup>98</sup> F. MAZZACUVA, *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016

<sup>99</sup> Corte EDU, Terza Sezione, sent. 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*

Tuttavia, la Corte ha evitato di prendere una posizione netta sui rapporti tra principio della *lex mitior* e limite del giudicato nella prospettiva convenzionale, sebbene questo rappresentasse effettivamente il *thema decidendum* sollevato dal ricorso<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> La pronuncia trae origine dalla condanna di un ginecologo, colpevole di diversi episodi di abusi sessuali, alla pena di cinque anni di reclusione ed alla sanzione accessoria dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione medica. Tuttavia, secondo il nuovo codice penale andorrano, entrato in vigore dopo il passaggio in giudicato della sentenza, la durata delle sanzioni interdittive non può eccedere quella della più severa tra le pene principali inflitte con la condanna. Il ricorrente sosteneva che la mancata applicazione retroattiva della legge penale più costituisse una violazione dell'art. della Convenzione europea, richiamando l'interpretazione evolutiva maturata nella sentenza *Scoppola*.

## PARTE II

### PRESCRIZIONE NELL'ORDINE COSTITUZIONALE ED EUROPEO

1.Tratti salienti e fondamento dell'istituto.- 1.2 Prescrizione e finalità della pena.- 1.3. Fondamento costituzionale della prescrizione.- 2. Il dibattito sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione.- 2.1 Gli interventi giurisprudenziali sulla natura dell'istituto.- . Disciplina della prescrizione nella giurisprudenza della Corte EDU.- 4. Prospettive de iure condendo.

#### **1.Tratti salienti e fondamento dell'istituto**

Il tema della prescrizione del reato si presenta ammantato da una forte carica sociale e politica: la declaratoria di estinzione del reato frustra l'aspettativa dei consociati rispetto alla finalità propria del processo, ossia l'accertamento della responsabilità.

L'ordinamento di solito ricollega al decorso del tempo effetti giuridici, che nel diritto penale può avere effetti sia sul reato sia sulla pena: la prescrizione è quindi una causa estintiva che interviene quando, a seguito della commissione del reato, non segue una condanna irrevocabile<sup>101</sup>; per alcuni reati, in ragione della loro gravità, è in ogni caso stabilita l'imprescrittibilità<sup>102</sup>.

La disciplina giuridica della prescrizione è stata radicalmente innovata dalla legge 251 del 2005, emanata con l'intento di assicurare una maggiore certezza nel calcolo del "tempo dell'oblio".

Il nuovo art. 157 abbandona il criterio delle "classi di gravità" e lo sostituisce con il criterio della "pena massima edittale per ciascun reato", introducendo una soglia minima di tempo, non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e non inferiore a quattro anni se si tratta

---

<sup>101</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 792 ss.

<sup>102</sup> Secondo A. F. Berner " già dopo il decorso di un certo tempo da quello del commesso reato, una procedura penale sarebbe grandemente difficile, perché le tracce del reato divengono tanto offuscate ed i testi tanto incerti, che la prova sia dell'accusa che del discarico perde quasi ogni possibilità di certezza; trascorso quel tempo, lo Stato, onde evitare errori giudiziari, non acconsente più che si proceda", in C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, p. 31.

di contravvenzione; elimina la rilevanza dell'applicazione delle circostanze aggravanti e attenuanti (ad eccezione delle aggravanti autonome ad effetto speciale, ove si tiene conto dell'aumento massimo); introduce una disciplina differenziata per i recidivi<sup>103</sup> e il raddoppio degli ordinari tempi di prescrizione per alcune tipologie di illeciti penali espressamente indicati dal comma 6<sup>104</sup>.

Volendo operare una breve e schematica rassegna dell'operare dell'istituto, partiamo dal *dies a quo*, che è: per il reato consumato, il giorno della consumazione; per il reato tentato, il giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente, il giorno in cui è cessata la permanenza; se la punibilità dipende dal verificarsi di una condizione, il giorno in cui tale condizione si è verificata; se il reato è punibile a querela, istanza o richiesta, il giorno del commesso reato.

La prescrizione rimane sospesa nei casi di autorizzazione a procedere (art. 313 c.p.), questioni differite ad altro giudizio (artt. 3 e 479 c.p.p.) e nei casi di impedimento delle parti o difensori ( o di sospensione su richiesta dell'imputato o del difensore); riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa di sospensione.

L'interruzione, per effetto della quale il termine prescrizionale già decorso viene meno, interviene nei casi prescritti dall'art. 160 c.p.<sup>105106</sup> e il termine comincia a decorrere *ex novo et ex integro* dal giorno dell'interruzione.

Ad un primo sguardo, la prescrizione del reato è un istituto privo di giustificazione assoluta: l'unico dato che sembra essersi mantenuto immutato nel corso degli anni, è la sensibilità nei riguardi del fattore naturale del decorso del tempo rispetto al fatto storico.

---

<sup>103</sup> Ai fini del computo del tempo necessario a prescrivere il reato, la recidiva opera come circostanza aggravante ad effetto speciale ex art. 63 comma 3 c.p. e quindi occorre calcolare anche questo ulteriore aumento.

<sup>104</sup> Per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 bis, 3 quater c.p.p.

<sup>105</sup> 1) Sentenza o decreto di condanna non irrevocabili; 2) ordinanza che applica le misure cautelari personali e quella di convalida del fermo o dell'arresto; 3) interrogatorio reso davanti al pubblico ministero o al giudice; 4) invito a presentarsi al pubblico ministero per rendere interrogatorio; 5) provvedimento del giudice di fissazione dell'udienza in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di archiviazione; 6) richiesta di rinvio a giudizio; 7) decreto di fissazione dell'udienza preliminare; 8) ordinanza che dispone il giudizio abbreviato; 9) decreto di fissazione dell'udienza per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena; 10) presentazione o citazione per il giudizio direttissimo; 11) decreto che dispone il giudizio immediato; 12) decreto che dispone il giudizio e decreto di citazione a giudizio.

<sup>106</sup> La Corte costituzionale, occupandosi della fattispecie interruttiva disciplinata dall'articolo 160 c.p., ha chiarito che non può assegnarsi alcun rilievo giuridico ad una sorta di aspettativa dell'imputato al maturarsi della prescrizione ( sentenza n. 452 del 17 dicembre 1999).

Al fine di meglio comprendere il fondamento dell'istituto, è utile una rassegna delle teorie elaborate dalla dottrina, senza con ciò aspirare a prospettare con esaustività l'intero panorama di impostazioni dogmatiche.

E' il caso di partire dall'idea maturata, nel periodo dell'illuminismo penale, da Cesare Beccaria, che non mostrando favore particolare per la prescrizione, teorizza l'applicazione della prescrizione ai soli "delitti minori e oscuri", al contrario dei "delitti atroci", i quali non meritano prescrizione<sup>107</sup>.

La "teoria della espiazione morale" postula che i patemi d'animo patiti dal delinquente durante il periodo necessario per il maturare della prescrizione costituiscono una sufficiente espiazione<sup>108</sup>.

Secondo invece la "teoria del possesso di impunità", sostenuta principalmente dal Nicolini<sup>109</sup>, la prescrizione non è altro che una forma di usucapione dell'impunità.

Debitrice della materia civilista è anche la tesi secondo la quale a base dell'istituto vi sarebbe l'esigenza di garantire la stabilità dei rapporti giuridici<sup>110</sup>.

Diversa impostazione teorica ("teoria del deperimento delle prove"), fa leva sul deperimento fisiologico e dispersione delle prove, con la conseguente difficoltà di procedere alla verifica del fatto dopo un certo lasso di tempo.

Altra dottrina<sup>111</sup>, muovendo dal principio di uguaglianza, ritiene che se lo Stato non può ristabilire l'uguaglianza, per ragioni di ordine pubblico, deve impedire il giudizio.

---

<sup>107</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1974. *Quei delitti atroci, dei quali lunga resta la memoria negli uomini, non meritano alcuna prescrizione in favore del reo che si è sottratto colla fuga; i delitti minori ed oscuri devono togliere colla prescrizione l'incertezza della sorte di un cittadino, perché l'oscurità in cui sono stati involti per lungo tempo i cittadini toglie l'esempio dell'impunità, rimane soltanto il potere al reo di divenir migliore.*

<sup>108</sup> C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910.

<sup>109</sup> Riportando le parole dell'autore, "nelle cose penali il consenso pubblico a non tenere un uomo molto tempo per reo, deve convertire in diritto il lungo possesso che egli ha della sua sicurezza e della sua buona fama".

<sup>110</sup> C. GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*, Catania, 1910.

<sup>111</sup> Tale affermazione trova conferma nell'opera del Manzini, *Trattato di diritto penale*, (a cura di P. Nuvolone, G.D. Pisapia), Torino, 1981.

## 1.2 Prescrizione e finalità della pena

Secondo la maggior parte degli studiosi<sup>112</sup>, il fondamento giuridico dell'istituto della prescrizione dovrebbe essere ricercato partendo dalle finalità della pena.

Come è ben noto, le finalità della pena sono da rinvenire nelle diverse prospettive della retribuzione e delle funzioni generalpreventiva e specialpreventiva.

Nell'ottica retributiva, il meccanismo prescrizionale trova la sua legittimazione rinvenendo nel timore della futura sofferenza una forma di punizione, atteggiandosi la prescrizione come un surrogato della pena<sup>113</sup>.

Secondo l'ottica di prevenzione speciale, la pena tardiva è destinata a fallire l'obiettivo rieducativo assegnatale dall'art. 27 comma 2 Cost, laddove richiede che le pene, oltre a non consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, devono tendere alla rieducazione del condannato.

Infine, nell'impostazione classica prevenzione- intimidazione, nella quale l'irrogazione della pena mira alla riconferma sociale della norma, la pena tardivamente irrogata o espiata perde attualità e smarrisce le proprie potenzialità di rassicurazione: la società che ha assistito al fatto di reato è nel frattempo mutata e con essa è sfumata la percezione di quel lontano avvenimento<sup>114115</sup>.

---

<sup>112</sup> Si veda per esempio la posizione di F. PALAZZO in *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

<sup>113</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 20-30.

<sup>114</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 43.

<sup>115</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n.202 del 16 dicembre 1971, ha affermato che alla base della prescrizione del reato vi è l'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venire meno, o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, anche l'allarme sociale della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio.

### 1.3 Fondamento costituzionale della prescrizione

La radice costituzionale della prescrizione è anzitutto l'art. 2 Cost.<sup>116</sup>, che garantisce la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali va annoverato il diritto alla vita, che viene appunto salvaguardato dalla delimitazione temporale del potere punitivo<sup>117</sup>.

Ma, naturale fondamento del meccanismo prescrizionale, è in generale il reticolo di norme costituzionali che impongono allo Stato compiti positivi, volti cioè a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: viene innanzitutto in considerazione l'art. 3 Cost.<sup>118</sup>, che sancisce il principio di uguaglianza, ma anche gli altri numerosi articoli che riconoscono altri fondamentali diritti sociali (artt. 4, 29, 32, 35, 37, 41 Cost.).

Il quadro è completato dal combinato degli artt. 111<sup>119</sup> e 27 comma 3 Cost: il primo, che afferma il principio di ragionevole durata del processo, sarebbe esso stesso espressione del diritto all'oblio quale garanzia della persona; il secondo, rileverebbe sotto il duplice profilo della perenne attesa di espiazione e della finalità rieducativa della pena<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

<sup>117</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 46.

<sup>118</sup> *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

<sup>119</sup> In senso critico, la Cass. Sez. I, nella sentenza n. 4216 del 21 aprile 1986 ha ritenuto che “le norme sulla prescrizione dei reati costituiscono l'espedito di carattere formale escogitato dal nostro legislatore per realizzare quella finalità di carattere sostanziale, costituita dalla ragionevole durata del processo penale, che è tutelata dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che è da tale norma riconosciuta all'imputato, quale suo diritto soggettivo perfetto”.

<sup>120</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 47.

## 2. Il dibattito sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione

Uno dei problemi più dibattuti in dottrina concerne la natura sostanziale o processuale dell'istituto<sup>121</sup>, anche se è fin da ora opportuno citare un fronte dogmatico che patrocina la natura mista della prescrizione.

L'analisi della *voluntas legislatoris* non lascia spazio a dubbi, l'intenzione dei compilatori del codice era assegnare all'istituto natura sostanziale e ciò, sia alla luce dell'opzione criminologica ( il codice parla espressamente di “estinzione del reato”<sup>122</sup>), sia di alcuni passaggi dei lavori preparatori<sup>123</sup>, oltre che per la collocazione nel codice penale della disciplina.

Tuttavia, gli indicatori testuali non sono univoci: all'art. 531 c.p.p., in caso di proscioglimento per estinzione del reato, la formula selezionata è di “non doversi procedere” e non di assoluzione, con ciò suggerendo un'incidenza di carattere processuale.

La dottrina appare concorde nel ritenere impropria l'opzione nomenclativa effettuata nel 1930, evidenziando che si dovrebbe più correttamente parlare di “estinzione degli effetti penale, *rectius* delle situazioni soggettive penali”<sup>124</sup>.

Più precisamente, il fenomeno estintivo penale può definirsi come il venir meno delle situazioni soggettive determinate dal reato per intervento di fatti dotati di tale efficacia dall'ordinamento: a seguito dell'estinzione lo Stato è privato delle situazioni

---

<sup>121</sup> Il confronto risale all'epoca delle prime codificazioni, di essa se ne trova traccia già nell'opera del Carrara. L'Autore pisano osserva che “la questione si complica in questo argomento per la natura proteiforme della prescrizione; la quale sotto un aspetto sembra legge di forma, e sotto un altro legge di sostanza” (ove per legge di forma, egli intende legge procedurale), in *Programma del corso di diritto criminale*.

<sup>122</sup> La formula “estinzione del reato” segna un cambiamento di fondamentale importanza rispetto all'abrogata legislazione; date le motivazioni precise, da cui la riforma in materia fu accompagnata, è assolutamente da escludersi che possa parlarsi di “espressione impropria”; il tecnicismo legislativo di un codice ha importanza decisiva per la costruzione di un sistema scientifico, G. BATTAGLINI, in *Diritto penale*, Padova, 1949.

<sup>123</sup> Nella Relazione del Gurdasigilli di accompagnamento al testo definitivo si legge che le cause estive “ si riferiscono al rapporto giuridico nascente dal reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promuovimento dell'azione penale” (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*).

<sup>124</sup> A. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, 1968, cit. p. 35.

derivategli dal reato stesso, con estinzione delle correlative situazioni passive del reo, contro cui lo Stato nulla può più<sup>125</sup>.

I sostenitori della tesi sostanziale richiamano inoltre l'art. 129 c.p.p.<sup>126</sup>, che espressamente recita: “1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2 Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere” con la formula prescritta”.

Dal che si deduce che la mancanza di una condizione di procedibilità equivale a un difetto dell'azione penale (preclusivo di ogni provvedimento di merito), mentre una causa di estinzione del reato (e dunque anche la prescrizione) non incide sull'azione penale e quindi non ha natura processuale.

Una conferma a tale argomento è contenuta nel dettato dell'art. 527 c.p.p., che distingue nella sequenza decisoria tra la mancanza di una condizione di procedibilità e la sussistenza di una causa di estinzione del reato<sup>127</sup>.

Passando ora alla teoria processuale<sup>128</sup>, il principale argomento riguarda la permanenza di diversi effetti giuridici di carattere penale nonostante l'intervenuta prescrizione.

---

<sup>125</sup> A. PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, 1968, p. 320-321.

<sup>126</sup> <sup>126</sup> G. BATTAGLINI, in *Diritto penale*, Padova, 1949. Occorre precisare che l'argomento esposto era sfruttato quando era ancora vigente il vecchio codice; il riferimento allora all'art. 152 comma 2, del tutto omologo all'attuale art. 129 comma 2.

<sup>127</sup> Art. 527 comma 1 c.p.p.: “Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide separatamente le questioni preliminari non ancora risolte e ogni altra questione relativa al processo. Qualora l'esame del merito non risulti precluso dall'esito della votazione, sono poste in decisione le questioni di fatto e di diritto concernenti l'imputazione e, se occorre, quelle relative all'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza nonché quelle relative alla responsabilità civile”.

<sup>128</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino.

L'assunto è che affinché si possa predicare la natura di causa di estinzione della prescrizione, sarebbe necessario che l'estinzione riguardasse anche tutti gli effetti che caratterizzano il reato<sup>129</sup>.

A sostegno di tale vengono innanzitutto richiamati tre dati codicistici.

L'art. 170 c.p. : l'estinzione del reato presupposto non determina l'estinzione del c.d. reato accessorio; la causa estintiva del reato che integra l'elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato complesso (art. 84 c.p.) non si estende a quest'ultimo; l'estinzione di taluno tra più reati connessi non esclude, per gli altri, l'aggravamento della pena derivante dalla connessione.

L'art. 198 c.p., ai sensi del quale l'estinzione del reato o della pena non importa l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che si tratti delle obbligazioni indicate nei due articoli precedenti (artt. 196e 197 c.p.).

E infine l'art. 531 comma 1 c.p.p.: "Salvo quanto disposto dall'articolo 129 comma 2 , il giudice, se il reato è estinto, pronuncia sentenza di non doversi procedere enunciandone la causa nel dispositivo", formula che coincide con quella prevista per le ipotesi di improcedibilità.

Altra parte di tale corrente dottrinale individua , inoltre, nel ruolo di filtro processuale della prescrizione, un argomento a sostegno della tesi processualistica: la prescrizione, al pari della querela, non necessita, per operare, della previa esistenza di un reato in senso tecnico, essendo sufficiente un fatto storico "ipoteticamente" riconducibile a una norma incriminatrice, quindi anche un fatto che una verifica più approfondita avrebbe considerato penalmente irrilevante.

Secondo la tesi processualistica, considerare la prescrizione un istituto penale equivarrebbe, in buona sostanza, a sostenere che il decorso del tempo fa venir meno la punibilità del fatto lecito<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> "Il decorso del tempo non travolge affatto l'intera illiceità, né tanto meno la potestà punitiva dello Stato: prova ne sia che l'intervento della prescrizione lascia comunque residuare conseguenze penali non irrilevanti-specie nel campo delle misure di sicurezza- tali da risultare abnormi ove non si postulasse la permanenza delle ragioni sostanziali della illiceità", <sup>129</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino.

Come citato all'inizio di tale trattazione, vi è poi da riportare la teoria cosiddetta mista: dal punto di vista del giudicato, l'efficacia della sentenza che dichiara l'estinzione del reato non è inferiore a quella di una condanna o di un'assoluzione; acquisito l'accertamento in diritto, il legislatore reputa superflua l'indagine sulla fondatezza dell'accusa.

Nei casi di improcedibilità ci si deve arrestare alla constatazione pura e semplice che, essendo inibito l'uso degli strumenti processuali, è preclusa tanto la possibilità di punire quanto quella di proclamare l'innocenza, mentre i fatti estintivi della punibilità spiegano, invece, un'efficacia processuale e sostanziale<sup>131</sup>.

Il problema circa la natura sostanziale o processuale della prescrizione riveste un'enorme importanza in ordine ai precetti costituzionali cui ricollegare la disciplina della prescrizione del reato.

L'adesione all'indirizzo sostanzialista involge il precetto dell'articolo 25 comma 2 Cost., con tutti i corollari che ne discendono<sup>132133</sup>, e il principio di retroattività delle norme più favorevoli al reo (espressamente sancito dall'articolo 2 comma 4 c.p. e indirettamente coperto dall'articolo 3 Cost.).

Sostenendo invece la natura processuale della prescrizione, il meccanismo regolativo del fenomeno della successione delle leggi nel tempo dovrebbe individuarsi nel brocardo *tempus regit actum* e non nell'articolo 25 comma 2 Cost<sup>134</sup>.

Tuttavia alcuni autori, che pur sostengono la tesi della natura processuale della prescrizione, ritengono che l'articolo 25 comma 2 Cost. interessa tutte le norme che delimitano in negativo l'area di intervento della pena nella misura in cui esse conferiscono alla parte debole del rapporto punitivo un analogo diritto di impunità; all'opposto vanno

---

<sup>130</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 354.

<sup>131</sup> F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1962, p. 671-678.

<sup>132</sup> In particolar modo vengono in rilievo il principio di riserva di legge e soprattutto il divieto di retroattività di modifiche in *malam partem*, che allungano i termini di prescrizione.

<sup>133</sup> L'art. 25 comma 2 Cost. vieta un'efficacia retroattiva *in pejus* per l'intera disciplina in forza della quale si è o non si è puniti (*an* e *quantum*), comprese le condizioni obiettive, le cause di giustificazione, la prescrizione per l'appunto, la querela, la sospensione condizionale, e quant'altro quella formula individua senza certezze, cit. M. NOBILI, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro.it*, 1998.

<sup>134</sup> Tale principio impone di applicare i termini di prescrizione vigenti al momento di applicare la legge penale, anche se più lunghi rispetto a quelli del *tempus commissi delicti*.

sottratte dallo spettro di garanzia dell'articolo 25 comma 2 Cost. le norme che si limitano ad attribuire al reo un beneficio nei confronti del quale la parte debole del rapporto può vantare una semplice aspettativa<sup>135</sup>.

Una volta spirato il termine prescrizionale, il potenziale autore del reato vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'impunità, che non può essere menomato da un allungamento retroattivo del termine richiesto per l'estinzione.

Al contrario, fintanto che la prescrizione non sia compiuta, al beneficiario può riconoscersi tutt'al più un'aspettativa al mantenimento della disciplina prescrizionale esistente al momento del *tempus commissi delicti*.

Lo spostamento in avanti del confine prescrizionale può ritenersi legittimo solo nella misura in cui dipenda da situazioni eccezionali, che il legislatore è chiamato a fronteggiare<sup>136</sup>.

## 2.1 Gli interventi giurisprudenziali sulla natura dell'istituto

La *vexata quaestio* della natura della prescrizione trova risoluzione nei principi affermati dalla Corte costituzionale e pedissequamente bissati dalla giurisprudenza di legittimità<sup>137</sup>.

Con la sentenza n. 202 del 16 dicembre 1971 la Consulta, nel decidere sulla questione di legittimità costituzionale (sollevata dal Tribunale di Taranto) dell'articolo 152 c.p., nella parte in cui impediva al giudice, una volta intervenuta la prescrizione del reato, di prosciogliere l'imputato perché il fatto non sussiste o perché egli non lo ha commesso o

---

<sup>135</sup> Per distinguere tra diritto all'impunità e aspettativa d'impunità bisogna guardare alla struttura dell'istituto, o meglio alla sua fisionomia secondo il diritto vigente al momento della realizzazione, ponendo in particolare l'accento sul carattere automatico o semplicemente eventuale dell'effetto favorevole alla parte privata, F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 81.

<sup>136</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, cit. p. 84-85.

<sup>137</sup> Cass. Sez. I, sent. 17 novembre 1984, n.10220; Cass. Sez. I, sent. 24 giugno 1988, n. 7442.

perché non è previsto dalla legge come reato, in relazione agli articoli 3 comma 1 e 24 comma 2 Cost.<sup>138</sup>, affermò *incidenter tantum* che la prescrizione è istituto sostanziale.

Di recente<sup>139</sup>, occupandosi della disciplina transitoria della legge cosiddetta *ex-Cirielli* (l. 5 dicembre 2005 n. 251), il giudice delle leggi ha avuto modo di ribadire la natura sostanziale della prescrizione<sup>140</sup>, inserendolo nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>141</sup>.

### 3. Disciplina della prescrizione nella giurisprudenza della Corte EDU.

In via preliminare e generale, è da riconoscere come l'attuale disciplina della prescrizione del reato sia oggetto di diffusi e copiosi dibattiti, fondati sulla considerazione degli effetti deformanti che questa disciplina produce sull'intero sistema penale, sia sostanziale che processuale<sup>142</sup>: si pensi al malessere avvertito dalla maggior parte della dottrina<sup>143</sup> all'indomani della sentenza della Cassazione sul caso *Eternit*<sup>144</sup>, con la quale è stato dichiarato estinto il reato di disastro innominato *ex* articolo 434 c.p.

---

<sup>138</sup> La questione venne dichiarata non fondata, ma la posizione *illo tempore* assunta è stata poi cambiata con la sentenza n. 275 del 1990, con cui venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p. nella parte in cui non prevede che la prescrizione del reato possa essere rinunziata dall'imputato.

<sup>139</sup> Sent. n. 393 del 23 novembre 2006, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 comma 3 della l. 251 del 5 dicembre 2015, limitatamente alla dizione "dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata dichiarazione di apertura del dibattimento".

<sup>140</sup> La Consulta ha inoltre chiarito che il principio della retroattività della *lex mitior* si applica anche alle disposizioni dettate in tema di prescrizione; l'art. 2 comma 4 c.p. deve essere interpretato 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 e con l'effetto da essa prodotto, in quanto il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé.

<sup>141</sup> Sentenze n. 455 e n. 85 del 1998, ordinanze n. 317 del 2000, n. 288 e n. 51 del 1999, n. 219 del 1997 e n. 137 del 1996.

<sup>142</sup> La considerazione degli effetti della prescrizione rispetto a fenomeni criminali particolarmente allarmanti è stata sviluppata in modo assai significativo nel rapporto di valutazione elaborato dal GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione), operante nell'ambito del Consiglio d'Europa, nel luglio 2009, che raccomandava di prendere in considerazione l'introduzione di confisca *in rem*, sganciate dal presupposto di una sentenza di condanna, destinato frequentemente a mancare per effetto del meccanismo della prescrizione del reato.

<sup>143</sup> Sul punto, S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in *ww.dirittopenalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2015.

<sup>144</sup> Cassazione, Sez. I, sent. n. 7941 del 23 febbraio 2015.

Ma anche, e soprattutto, la disciplina italiana della prescrizione è contrassegnata da rilevanti deviazioni rispetto agli standard europei<sup>145</sup>.

L'accelerazione del processo di unificazione europea e la conseguente concentrazione in capo all'Unione europea di funzioni e interessi economico-finanziari di particolare consistenza hanno posto, in modo sempre più pressante, l'esigenza di apprestare un adeguato sistema di protezione giuridica degli interessi europei.

Tale esigenza di tutela è assai sentita anche nel diritto penale, soprattutto se si considera che la dimensione europea degli interessi suddetti ha contribuito ad alimentare fenomeni di criminalità transazionale, che richiedono mezzi di repressione sempre più incisivi<sup>146</sup>.

Proprio a cagione delle esposte necessità sovranazionali, il diritto penale interno si sta arricchendo, nel corso degli anni, di nuove fattispecie e discipline<sup>147</sup>.

Inoltre, veri e propri obblighi di tutela penale derivano dalla CEDU, obblighi che si traducono nel dovere dello Stato parte di criminalizzare le condotte lesive dei diritti fondamentali ivi contenuti, che possono talvolta porre un problema di compatibilità con la disciplina nazionale e alla luce dei quali si inserisce la sentenza *Taricco*.

In particolare, in tema di prescrizione, in relazione a quelle norme idonee a precludere una tutela effettiva dei diritti fondamentali della vittima della violazione, il problema si era già posto più volte.

Nel caso *Alikaj c. Italia*<sup>148</sup>, che riguardava l'uccisione di un giovane albanese durante un inseguimento di polizia, l'agente era risultato colpevole di omicidio colposo a seguito di sentenza della Corte d'assise italiana, emessa però undici anni dopo il fatto.

---

<sup>145</sup> Basti prendere in considerazione le soluzioni accolte dai principali ordinamenti dell'Europa continentale nel disciplinare il rapporto tra il termine di estinzione del reato e i tempi del processo. In tutti i sistemi giuridici di interesse sul piano comparatistico si stabilisce che il compimento di determinati atti processuali fa decorrere *ex novo* il termine di prescrizione: ad esempio, il codice penale spagnolo stabilisce che l'effetto estintivo non può maturare nel periodo impiegato dall'ordinamento per l'esercizio della giurisdizione.

<sup>146</sup> Cit. R. GAROFALI, *Manuale di diritto penale- Parte speciale*, Del diritto Editore, 2017.

<sup>147</sup> A titolo esemplificativo, sono di origine comunitaria le norme della sicurezza sul lavoro e delle relative norme incriminatrici contenute del D.Lgs. 9 aprile 2008 n.81; le disposizioni che introducono nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa della persona giuridica ex D.Lgs. 8 giugno 2001 n.231; le norme in tema di tutela dell'ambiente introdotte dal D.Lgs. 7 luglio 2011 n.21.

<sup>148</sup> Corte EDU, Sez. II, sent. 29 marzo 2011, Pres. Tulkens, ric. N. 47357/08.

La Corte aveva applicato le attenuanti con la conseguenza di far scattare la prescrizione; le successive impugnazioni erano state rigettate, per cui i parenti della vittima si erano rivolti alla Corte di Strasburgo.

I giudici di Strasburgo hanno censurato lo Stato italiano con riguardo alla pronuncia di prescrizione del delitto di omicidio colposo contestato dall'autore del fatto<sup>149</sup>, sull'assunto che il meccanismo di prescrizione del reato, come disciplinato in Italia, può produrre risultati contrari agli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali dell'uomo (così come enunciati nella CEDU), rendendo possibile che restino impuniti violazioni anche molto gravi.

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è giunta **in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia italiane in occasione delle manifestazioni contro il G8 di Genova del 2001, a danno** di un uomo sessantaduenne rimasto gravemente ferito durante l'irruzione della polizia nella scuola Diaz<sup>150</sup>.

I giudici di Strasburgo hanno sostenuto che lo Stato italiano non ha assicurato alle persone offese il dovuto ristoro, da fornire mediante la punizione dei responsabili, non risultando sufficiente la possibilità di un mero risarcimento di carattere pecuniario.

Nel dettaglio, la mancata punizione dei responsabili era dovuta al fatto che, non contemplando l'ordinamento italiano apposita norma incriminatrice dei fatti di tortura, gli autori di condotte contrarie all'articolo 3 CEDU, qualificate semplicemente come reati comuni di lesioni, percosse, violenza privata, abuso di ufficio, finiscano per essere assoggettate ai brevi termini di prescrizione previsti per tali reati, oltre che dei benefici introdotti dall'ultimo provvedimento di indulto di cui alla legge n. 241 del 2006, con sostanziale sottrazione ad ogni sanzione.

La Corte ha quindi concluso statuendo la necessità *“che l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'articolo 3 e ad impedire che*

---

<sup>149</sup> La Corte ha infatti condannato lo Stato italiano al pagamento di 155.000 euro complessivi ai ricorrenti.

<sup>150</sup> Corte EDU, Sez. IV, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, ric. N. 6884/11.

*costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte*”, in specie quelli correlati ad un regime non congruo di prescrizione<sup>151</sup>.

Il problema del divieto che discende dall’articolo 3 della Convenzione era stato, invero, precedentemente focalizzato nella sentenza *Saba c. Italia*<sup>152</sup>.

La Corte, accogliendo il ricorso presentato da V. Saba, che aveva denunciato atti di violenza ad opera di sette agenti penitenziari avvenuti all’interno del carcere di Sassari, ha dichiarato la sussistenza di una violazione dell’aspetto procedurale dell’articolo 3 CEDU, rilevando che l’eccessiva lunghezza del procedimento penale aveva comportato una decisione di non doversi procedere per prescrizione, il che non si concilia con l’obbligo delle autorità di condurre l’inchiesta con celerità.

Oltretutto, allargando lo sguardo al di fuori dell’ambito europeo, gli aspetti critici del modello italiano di prescrizione erano stati evidenziati già nel 2007, in occasione della trentottesima sessione dei lavori del *Committee Against Torture* (Comitato contro la Tortura) dell’ONU<sup>153</sup>.

#### **4. Prospettive *de iure condendo***

Nel senso di una progressiva presa di coscienza del legislatore italiano, si segnala che la Commissione Giustizia del Senato il 4 maggio del 2016 ha approvato il testo base del disegno di legge sulla riforma del codice penale, al quale vengono abbinati i disegni di legge sulla prescrizione.

---

<sup>151</sup> **A seguito di tale pronuncia, il 23 marzo 2015 è iniziata in aula della Camera la discussione della proposta di legge n. 2168**, risultante dall'unificazione del disegno di legge già approvato dal Senato il 5 marzo 2014 e una serie di altre proposte di legge presentate alla Camera. **Il testo ora in discussione è notevolmente diverso da quello approvato dal Senato**, essendo stato oggetto di una incisiva rielaborazione durante l'esame da parte della Commissione.

<sup>152</sup> Corte EDU, 1 luglio 2014, ric. N. 36629/10.

<sup>153</sup> Il Comitato aveva espresso l’opinione che la repressione penale degli atti di tortura, assicurata mediante le figure delittuose previste del codice penale italiano, non dovrebbe essere soggetta alla disciplina della prescrizione. Si è raccomandata quindi una riforma di tale disciplina per garantire la piena coerenza con le obbligazioni derivante dalla Convenzione dell’ONU contro la tortura, in modo da rendere possibili le indagini, i processi e le punizioni di simili atti senza limiti di tempo.

Particolare importanza assume l'aver rimesso in discussione, dopo oltre un anno ci stallo presso la Commissione Giustizia del Senato, il disegno di legge in tema di prescrizione contenente il cosiddetto "Emendamento Ferranti", che modifica la legge *ex Cirielli*.

Il disegno di legge sembra andare nella logica di separare il tempo dell'oblio dal tempo del processo, laddove prevede la sospensione della prescrizione per il giudizio di appello (per due anni) e per quello di cassazione (per un anno).

Tuttavia, viene così a crearsi una sorta di ibrido, poiché per il giudizio di primo grado il tempo del processo continua ad essere fermato dalle cause di interruzione e dunque dipendere dal tempo dell'oblio, determinato in base alla gravità del reato.

Il tempo del processo continua invero ad essere influenzato dalle cause di sospensione, alle quali ne vengono aggiunte altre due (perizia per accertamenti tecnici di particolare complessità e ricusazione).

Altro principale punto della riforma della prescrizione è quello dell'allungamento della metà dei termini prescrizionali per i reati di cui agli articoli 318, 319 e 319 ter<sup>154</sup>, reati per i quali la *notitia criminis* di frequente emerge tardivamente, così che la prescrizione rischia di essere in gran parte dei casi già "consumata" quando si istaura il procedimento<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Rispettivamente, *corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio e corruzione in atti giudiziari*. L'allungamento dei termini prescrizionali non è stato invece previsto per i reati di cui agli articoli 317 (concussione) e 319 quater (induzione indebita), le cui cornici edittali si iscrivono nello stesso ordine di grandezza dei reati di corruzione: solo in questi ultimi il *pactum scleris* crea quello schermo omertoso all'origine della tardività della *notitia criminis*.

<sup>155</sup> Cit. F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale, gennaio 2016, p. 57.

## PARTE III

### IL PRINCIPIO DI LEGALITA' IN ALTRI PAESI DI CIVIL LAW: IL SISTEMA SPAGNOLO, FRANCESE E TEDESCO. UNA COMPARAZIONE TRA CIVIL LAW E COMMON LAW: DINAMICHE DEL DIRITTO PENALE INGLESE

1. Le ragioni di uno sguardo comparatistico.- 2. Il sistema spagnolo.- 2.1 La disciplina della prescrizione in Spagna.- 3. Il sistema francese.- 3.1 La disciplina della prescrizione in Francia 4. Il sistema tedesco.- 4.1 La disciplina della prescrizione in Germania.- 5. Dicotomia civil law- common law.- 5.1 Il sistema inglese.- 5.2 La disciplina della prescrizione in Inghilterra.

#### **1. Le ragioni di uno sguardo comparatistico**

La scienza del diritto penale è stata, almeno nel corso del XX secolo, tra le ultime a interessarsi della comparazione.

Tuttavia, anche in questa branca del sapere, l'assunto da cui partire è sicuramente quello secondo cui la propensione e l'utilità comparatistica è rilevabile attraverso particolari "indici di sensibilità comparatistica", ovvero la propensione universalistica dell'esperienza giuridica e la propensione a valorizzare la molteplicità e diversità dei dati giuridici<sup>156</sup>.

Sulla base di tali sintetiche considerazioni, uno studio comparatistico del principio di legalità e dell'istituto della prescrizione in ordinamenti diversi dal nostro, può essere senz'altro fruttuosa al fine di una ricognizione delle soluzioni che sono state elaborate e gli effetti connessi alle scelte tecniche privilegiate oltre confine.

Uno sguardo agli ordinamenti giuridici dei Paesi europei dell'area di *civil law* può presentarsi proficuo in considerazione dell'omogeneità concettuale e pratica.

---

<sup>156</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 2-6.

Al contrario, l'interesse nei confronti dei sistemi appartenenti alla famiglia della *common law* consente di indagare in quale diverso modo è sentito da dottrina e giurisprudenza il principio di legalità e se e in che misura l'istituto della prescrizione penale non abbia una carica valoriale assoluta.

Al fine di un sintetico studio, verranno di seguito illustrate le caratteristiche essenziali, in tema di diritto penale, dei sistemi considerati, sottolineando gli aspetti problematici e i profili di rilievo, seppur superficialmente.

## 2. Il sistema spagnolo

Le trasformazioni sociali e politiche che hanno caratterizzato la recente storia spagnola<sup>157</sup>, a partire dalla morte del dittatore Francesco Franco nel 1975, sono grandi e profonde

.La promulgazione della nuova *Constitución Española* nel 1978 ha dato il via alla fase di transizione dal regime autoritario a quello pluralista e democratico<sup>158</sup>.

Il processo di democratizzazione ha travolto anche la legislazione penale, che da questo rapido sviluppo ha tratto documenti legislativi talvolta incompleti o contraddittori<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> G. QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo*: "L'evoluzione della società spagnola dal 1975 è stata vertiginosa. Con ciò non si vuol dire che prima fosse cristallizzata, ma l'impossibilità di una strutturazione politica non impedì quella civile che, per quanto qui interessa, produsse una copiosa ricchezza di rivendicazioni del dover essere giuridico. Questa ricchezza, venuta meno la resistenza opposta dal precedente sistema politico, si sviluppa e si estende assumendo gli aspetti e le differenze che il sistema democratico rende possibili. Contemporaneamente la società civile, in appena venti anni, passa da un sistema autocratico, confessionale, volontariamente posto ai margini delle democrazie occidentali, molto conservatore per quanto riguarda la morale ed il sesso, tollerante, invece, con la ingordigia commerciale o immobiliare, maschilista fino all'eccesso, irrispettoso dell'intimità ma accanito tutore della dignità formale e sociale di pochi, ad un altro sistema che ha davvero cercato di porsi in una posizione diametralmente opposta a tutto ciò".

<sup>158</sup> A questo cambiamento non è estranea la dottrina, che, al tempo dell'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale, aveva pienamente assimilato i principi propri dell'ordinamento penale di uno Stato democratico.

<sup>159</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 162- 168.

Di natura squisitamente penale è l'articolo 25 comma 1<sup>160</sup>, che consacra il principio di legalità.

Equiparando, però, gli illeciti penali a quelli amministrativi, caratterizzati da una riserva a carattere relativo, la disposizione finisce per attenuare la natura assoluta della riserva in materia penale<sup>161</sup>.

Vanno richiamate, inoltre, altre due norme della Costituzione incidenti sulla natura e sulla portata del principio di legalità in materia penale: l'articolo 53 comma 1<sup>162</sup> e l'articolo 81<sup>163</sup>.

La prima esprime una garanzia nei riguardi dei principali diritti di libertà, coinvolgendo da vicino il diritto penale, che per sua stessa natura implica la libertà personale.

Poiché la riserva di legge in tema di "diritti e libertà" ha carattere pacificamente relativo, si manifesta a proposito di questa norma una certa insoddisfazione.

Il secondo disciplina il procedimento di approvazione delle leggi organiche, leggi per la cui approvazione è richiesta una maggioranza qualificata (procedura "rinforzata"), al fine di impedire abusi della maggioranza parlamentare<sup>164</sup>.

Proprio muovendo dalla riserva di legge organica, non sono mancati contributi interpretativi diretti a dimostrare comunque la natura assoluta della riserva di legge, sostenendo che l'articolo 81 comma 1 postulerebbe l'esclusione di ogni fonte diversa<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Art. 25 comma 1 C.E.: *Nessuno può essere condannato o sottoposto a sanzioni per azioni od omissioni che al momento in cui si sono verificate non costituivano delitto, contravvenzione infrazione amministrativa secondo la legislazione allora vigente.*

<sup>161</sup> Il problema della riserva di legge è ulteriormente complicato dall'uso del termine *legislación* anziché quello più rigoroso, *ley*: una scelta lessicale incapace di affermare univocamente quel monopolio della legge parlamentare.

<sup>162</sup> Art. 53 comma 1 C.E.: *I diritti e le libertà riconosciuti nel Capitolo II del presente titolo vincolano tutti i pubblici poteri. Soltanto per la legge, che in ogni caso dovrà rispettarne il contenuto essenziale, si potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà.*

<sup>163</sup> Art. 81 C.E.: *Sono leggi organiche quelle relative all'attuazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche; l'approvazione, modificazione o abrogazione delle leggi organiche esigerà il consenso della maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto.*

<sup>164</sup> Si pensi ad una maggioranza risicata che produca leggi penali senza alcuna disponibilità ad ascoltare le ragioni della minoranza e comunque senza consentire un autentico dibattito in parlamento.

<sup>165</sup> Resta il fatto che la disputa sulla natura assoluta o relativa della riserva di legge corre oggi il rischio, in Spagna come altrove, di risolversi in una controversia puramente nominalistica; la produzione normativa del

Dalla contrapposizione tra “riserva di legge organica” in materia penale e l’equiparazione tra reato e illecito amministrativo, risalta, come accennato all’inizio, una disciplina costituzionale del principio di legalità non compiutamente lineare.

Come tutte le norme costituzionali, le disposizioni della *Constitución* relative al diritto penale necessitano di traduzione ed attuazione normativa dalla legge ordinaria<sup>166</sup>.

Il codice vigente nel periodo immediatamente successivo all’entrata in vigore della Costituzione del 1978, risaliva al 1944 e appariva, a causa delle continue modifiche intervenute dal 1973, disorganico.

Le basi per la riforma del codice penale sono da ricercare all’inizio degli anni Ottanta, nei quali prende avvio una nuova fase della riforma penale ad opera del *Progetto di legge organica di codice penale*<sup>167</sup>.

La bozza del codice viene elaborata ad opera di una commissione incaricata di redigere una *Proposta di progetto preliminare del codice penale*, ma i tempi della ricodificazione non sono ancora maturi e la *Propuesta* non raggiunge neanche la fase di progetto preliminare.

Vedono invece la luce due leggi ordinarie, tra il 1983 e il 1989, la cui importanza è segnata dall’essere di una sistematicità sconosciuta ai precedenti interventi novellistici<sup>168</sup>.

Nel 1990 viene presentato il *Barrador de Anteproyecto de parte general*, una bozza di riforma della parte generale del codice, poi seguita, nel 1992, da un progetto di riforma integrale.

Il progetto, abbandonato a causa dello scioglimento anticipato del parlamento e ripreso subito dopo le elezioni del 1994, sfocia, nel 1995, nel nuovo codice penale

---

potere esecutivo si è dilatata a dismisura, investendo massicciamente molte delle materia oggetto di tutela penale, F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 167.

<sup>166</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 172- 177.

<sup>167</sup> Il progetto segna l’adesione della cultura penalistica spagnola ai postulati della moderna politica criminale, in particolare al principio secondo cui il diritto penale deve essere l’*extrema ratio*.

<sup>168</sup> La *Legge organica di riforma urgente e parziale del codice penale* del 1983 introduce significative modifiche tanto alla parte generale quanto alla parte speciale del codice del 1944. La *Legge di attuazione del codice penale* del 1989 è invece ispirata al principio politico- criminale di “intervento minima” (l’equivalente di *ultima ratio*).

spagnolo (quasi in contemporanea con l'entrata in vigore del nuovo codice penale francese)<sup>169</sup>.

Negli anni successivi all'emanazione del codice del 1995 si determina una delicata situazione istituzionale, caratterizzata da una serie di profonde riforme legislative, che nel 2010 ha portato alla *Ley Organica*<sup>170</sup>, da alcuni chiamata informalmente *El nuevo Código penal*.

## 2.1 La disciplina della prescrizione in Spagna

L'ordinamento spagnolo conosce un modello di prescrizione strutturalmente simile al nostro, tant'è che è stato espressamente richiamato ad esempio dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza di rimessione alla Corte EDU, del 25 gennaio 2016<sup>171</sup>.

La disciplina della prescrizione, integralmente contenuta nel codice sostanziale nel titolo VII del libro I (dedicato alla *extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*) è imperniata su una duplice tipologia di cause: la prescrizione della responsabilità criminale e la prescrizione della pena<sup>172</sup>.

L'articolo 130 contiene l'elenco delle cause che determinano l'estinzione della responsabilità criminale<sup>173</sup>, tra cui rientra la prescrizione della pena o della misura di sicurezza.

Il successivo articolo fissa, adottando un criterio simile a quello dell'originario Codice Rocco, i termini di prescrizione previsti per i delitti, definiti in base alla gravità del reato.

---

<sup>169</sup> Il nuovo codice penale spagnolo è stato oggetto di numerosi interventi di riforma, tanto che si è parlato di *proceso de constante revisión*.

<sup>170</sup> La legge n. 5 del 2010 è diretta, in senso ampio e articolato, a potenziare gli strumenti di controllo della recidiva.

<sup>171</sup> “E’ noto che alcuni Stati membri invece muovono da una concezione processuale della prescrizione, alla quale la sentenza resa in causa Taricco è più vicina, ma ve ne sono altri, tra cui la Spagna (STC 63/2005, del 14 marzo), che accolgono una concezione sostanziale della prescrizione non differente da quella italiana”, cit. Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 25 gennaio 2017.

<sup>172</sup> Si veda M. I. GONZALEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, 2010.

<sup>173</sup> Le altre cause sono: la morte del reo, l'espiazione della condanna, la remissione definitiva della pena, l'indulto, il perdono della persona offesa.

L'articolo 132 comma 1, anch'esso similmente al codice penale italiano, fissa, come regola generale, il *dies a quo* dei termini prescrizionali nel giorno della commissione della *infracción punible* e prosegue dettando una serie di regole speciali il caso di delitto continuato, delitto permanente e alcuni gravi delitti commessi ai danni di soggetti di minore età<sup>174</sup>.

Il comma 2 prevede poi una generale causa di interruzione, in realtà più simile alla nostra sospensione: la prescrizione si interrompe quando il procedimento penale è diretto nei confronti del colpevole e il termine inizia nuovamente a decorrere in caso di sospensione del procedimento o se il procedimento si conclude con condanna; in buona sostanza il meccanismo comporta che il tempo trascorso durante l'interruzione resti privo di effetti ai fini prescrizionali<sup>175</sup>.

### 3. Il sistema francese

In Francia è stata prestata molta attenzione alla teoria dei diritti dell'uomo e al legame di questi con il diritto penale, tant'è che il nuovo codice penale del 1994<sup>176</sup> è stato definito, durante i lavori preparatori, il "codice penale dei diritti dell'uomo"<sup>177</sup>.

Una connotazione di questo genere dovrebbe riflettersi in una più completa attuazione del principio di legalità, che è filiazione diretta dei diritti dell'uomo in diritto penale.

Il legislatore francese, però, concepisce il principio di legalità in chiave di "conoscibilità e comprensibilità della norma penale da parte del cittadino", che mira più

---

<sup>174</sup> In caso di *delito continuado* il termine inizia a decorrere dal giorno in cui è stata realizzata l'ultima *infracción*; per il *delito permanente* e per le infrazioni che richiedono l'abitudine, il termine decorre dal momento in cui viene rimossa la situazione illecita ovvero da quando cessa la condotta; i termini dei reati perpetrati nei confronti dei minorenni iniziano a decorrere da quando la vittima compie la maggiore età o dal giorno del decesso della stessa.

<sup>175</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 14.

<sup>176</sup> E' interessante notare come, al varo del nuovo codice penale francese, non ha oggi fatto seguito una corrispondente ricodificazione di procedura penale (che è del 1959). Si è verificata in Francia una situazione opposta a quella italiana, dove è stato il nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1989, a convivere con un codice assai più vecchio quale è il codice Rocco del 1930.

<sup>177</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 123- 131.

che altro a rendere accessibile la norma al suo destinatario<sup>178</sup>, piuttosto che proteggerlo da possibili eccessi da parte dei poteri dello Stato diversi da quello legislativo (come avviene in Italia).

Il principio di legalità, pur continuando a svolgere un ruolo centrale nell'assetto del sistema penale francese, non ha registrato, con la riforma del 1994, un radicale potenziamento (come invece farebbe pensare la locuzione "codice penale dei diritti dell'uomo"): ciò si evince, come vedremo a breve, tanto dagli ampi spazi normativi lasciati al potere esecutivo in materia di illeciti contravvenzionali, tanto dal ruolo del giudice penale.

Passando all'esame dei singoli profilo di disciplina concernenti il principio di legalità, bisogna analizzare innanzitutto i rapporto tra la legge penale e le fonti subordinate: l'articolo 111-2 del codice penale francese ribadisce una peculiarità del sistema penale francese, ovvero la competenza della fonte regolamentare a prevedere le contravvenzioni<sup>179</sup>; fanno eccezione le pene, che devono necessariamente essere fissate dalla legge.

Sotto diverso profilo del principio di legalità, è opportuno segnalare il nuovo articolo 111-4<sup>180</sup>, relativo al potere discrezionale del giudice in ordine all'interpretazione della legge penale, con il quale parrebbe che il legislatore francese abbia voluto vietare l'interpretazione estensiva in materia penale.

Ciò che potrebbe lasciare perplessi dell'interpretazione restrittiva è il disconoscimento della natura ineluttabilmente valutativa del procedimento ermeneutico<sup>181</sup>, ma, anche in base all'orientamento della dottrina e giurisprudenza francesi, tale canone si risolve spesso in null'altro che nel tradizionale divieto di analogia.

---

<sup>178</sup> Sotto questo profilo parte della dottrina lamenta l'incompletezza dell'opera riformatrice: se da un lato si deve obiettivamente riconoscere lo sforzo di chiarezza espositiva delle nuove disposizioni, d'altra parte non si può censurare l'uso frequente, nella costruzione del precetto, della tecnica del rinvio a norme spesso di difficile reperimento. (DELMAS- MARTY, *A propos du nouveau code pénal française*, in *Revue de droit pénal ed de criminologie*, 1997)

<sup>179</sup> Art. 111-2: *La legge determina i crimini e i delitti e fissa le pene applicabili ai loro autori. Il regolamento determina le contravvenzioni e fissa, nei limiti e secondo le distinzioni stabilite dalla legge, le pene applicabili ai contravventori.*

<sup>180</sup> Art. 111-4: *La legge penale è d'interpretazione stretta.*

<sup>181</sup> Dal punto di vista storico non si può non rilevare come l'obbligo di interpretazione stretta possa comportare sacrifici eccessi per le reali esigenze di tutela che si manifestano in modo sempre diverso nelle dinamiche società contemporanee.

Un'altra autentica novità del codice penale francese del 1994 riguarda il potere di sindacato del giudice penale sulla legalità degli atti amministrativi<sup>182</sup>.

Com'è noto, molte fattispecie penali hanno tra i loro elementi costitutivi un atto amministrativo; attribuendo tale potere di sindacato al giudice, il legislatore francese impedisce che da un atto illegittimo non possa discendere una responsabilità penale.

L'analisi del tema della legalità nel sistema penale francese non può terminare senza un accenno alla discrezionalità del giudice, che in Francia gode di un potere vasto e penetrante.

In particolar modo è da segnalare il potere in ordine alla commisurazione e irrogazione della sanzione: con la ricodificazione del 1994 sono stati, ad esempio, aboliti i minimi edittali di pena, di tal che per tutti i reati vi è lo stesso minimo (corrispondente al minimo generale fissato per ciascuna specie di pena)<sup>183</sup>.

### **3.1 La disciplina della prescrizione in Francia**

In Francia la regolamentazione degli effetti estintivi connessi al decorso del tempo è collegata al binomio “*prescription de l'action publique – prescription de la peine*”<sup>184</sup>, la cui distinzione risiede nella circostanza che sia o meno intervenuta la condanna giudiziale.

L'azione pubblica per l'applicazione della pena si estingue per la morte dell'imputato, per la prescrizione, per l'amnistia, per l'abrogazione della legge penale e per la cosiddetta “cosa giudicata”; nell'ipotesi di falsità della sentenza o del decreto che ha dichiarato l'estinzione dell'azione pubblica, l'azione può essere ripristinata e la prescrizione deve considerarsi sospesa per il periodo intercorrente tra la data in cui la

---

<sup>182</sup> Art. 111-5: *Le giurisdizioni penali sono competenti nell'interpretare gli atti amministrativi, regolamentari o individuali e nel sindacarne la legittimità quando, da questo esame, dipende la soluzione del processo penale che è a loro sottomesso.*

<sup>183</sup> Tuttavia, l'eliminazione dei minimi edittali è scelta oggi nuovamente in discussione, avendo il legislatore francese reintrodotti limiti di pena incompressibili per i recidivi (cosiddette *peines placher*).

<sup>184</sup> La disciplina della prescrizione dell'azione pubblica è disciplinata dagli artt. 6 ss. del *Code de procédure pénal*; quello della prescrizione della pena nell'art. 131-1 ss. del *Code pénal*.

sentenza o il decreto sono divenuti definitivi sino a quella della condanna del responsabile per il falso o per l'uso di atto falso.

La prescrizione della pena comporta una conseguenza particolare in tema di condanna contumaciale o nulla: non è ammessa la purgazione della contumacia o l'opposizione nel caso in cui sia prescritta la pena oggetto della condanna contumaciale o nulla.

I termini di prescrizione sono modulati in base alla tradizionale tripartizione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni.<sup>185</sup>

Il termine viene interrotto dal compimento di qualsiasi atto di istruzione o di accusa (in questo caso l'azione si prescrive dopo che siano trascorsi dieci anni dal compimento dell'ultimo atto) e l'effetto interruttivo si verifica anche nei confronti delle persone diverse dai destinatari dell'atto di istruzione o di accusa.<sup>186</sup>

Colpiscono, in contrapposizione con il nostro sistema, il fatto che le cause interruttive sono sostanzialmente atipiche<sup>187</sup> e il notevole prolungamento del *temporis* riservato allo svolgimento del processo, che è svincolato dalla gravità del reato<sup>188</sup>.

#### 4. Il sistema tedesco

L'impressione iniziale che desta l'ordinamento tedesco è quella di una sostanziale analogia con il sistema italiano, benché, come un'analisi più approfondita rivela, vi siano almeno tre punti differenti<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> In particolare, l'art. 133-2 stabilisce che le pene irrogate per un crimine si prescrivono trascorsi vent'anni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione di condanna (i crimini contro l'umanità sono imprescrittibili); ex art. 133-3 le pene per i delitti si prescrivono trascorsi cinque anni dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione di condanna; per le pene irrogate per una contravvenzione l'art. 133-4 prevede che si prescrivano in due anni dal momento in cui diviene definitiva la decisione di condanna.

<sup>186</sup> Tal regole sono specificamente previste con riferimento ai crimini, ma si applicano anche ai delitti e alle contravvenzioni, in base al rinvio disposto dagli artt. 8 e 9 del codice.

<sup>187</sup> F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, p. 14.

<sup>188</sup> Il termine è di dieci anni per tutte le tipologie di infrazioni (siano esse crimini, delitti o contravvenzioni).

<sup>189</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 76-83.

Quanto alle somiglianze, si vedano innanzitutto il principio di legalità sancito gli artt. 1 dello *Strafgesetzbuch* (StGB) e 103 della *Legge fonfamentale (Grundgesetz)*<sup>190191</sup>, testualmente identici, i quali ricordano le norme cardine del nostro sistema al riguardo (artt. 1 c.p. e 25 Cost.).

Invece, la prima differenza scaturisce innanzitutto dalla diversa forma di Stato, essendo la Germania una repubblica federale: da ciò discende che i Länder (i singoli stati che compongono la federazione) hanno competenza, tra le altre, in materia penale<sup>192</sup>.

Questa potestà normativa incontra però una serie di limiti che, in concreto, rendono modesto il ruolo dei Länder nell'esperienza legislativa penale nella Germania.

Il potere normativo regionale in materia penale è concorrente, il che importa una non completa autonomia; l'art. 72 della Costituzione tedesca statuisce, infatti, il principio di sussidiarietà, in base al quale il potere normativo dei Länder è escluso per tutte le materie in cui lo Stato federale abbia esercitato il proprio (autonomo) potere legislativo<sup>193</sup>.

Inoltre, l'art. 1 della Legge introduttiva del codice penale (EGStGB) stabilisce che la parte generale del codice si applica incondizionatamente al diritto penale dei Länder, con due sole deroghe, espressamente indicate nel successivo art. 2: il diritto penale regionale può prevedere limiti spaziali diversi e cause di non punibilità più ampie rispetto al diritto penale federale.

Per quanto riguarda la parte speciale del codice penale federale, il legislatore statale, quando intende disciplinare compiutamente una certa materia, può esautorare il legislatore regionale<sup>194</sup>.

---

<sup>190</sup> Art. 103, comma 2: "Un fatto può essere punito solo se la punibilità è prevista per legge prima della sua commissione".

<sup>191</sup> Approvata negli anni del dopoguerra (1949), il *Grundgesetz* non è propriamente una costituzione (*Verfassung*), ma una legge di rango superiore, nella quale si consacrano formalmente molti principi di garanzia e civiltà che interessano direttamente il diritto penale.

<sup>192</sup> Art. 74 del *Grundgesetz*.

<sup>193</sup> Deve essere segnalato che, dopo una importante decisione della Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*), non vi sono dubbi sul fatto il principio di sussidiarietà riguardi anche la potestà locale in materia di illecito amministrativo punitivo.

<sup>194</sup> Tale regola vale anche per i "silenzi intenzionali", ossia per le lacune frutto di consapevoli scelte di non intervento penale.

Chiudendo sul punto delle differenze, l'art. 3 EGStGB prevede che il diritto penale regionale non può prevedere pene detentive superiori a due anni né pene pecuniarie superiori nel massimo ai limiti disposti dal codice penale.

Il secondo, e più interessante, aspetto di diversità rispetto al sistema penale italiano è lo spazio di operatività riconosciuto alla consuetudine e alla analogia, soprattutto in materia di cause di giustificazione.

Infatti in Germania è ormai consolidata la teoria della *tripartizione* dell'analisi del reato (fatto, antigiuridicità e colpevolezza); l'autonomia della categoria dell'antigiuridicità fa sì che il contrasto del fatto tipico con l'intero ordinamento può essere escluso anche dall'autonomo operare dell'analogia e della consuetudine (come fonti del diritto penale indipendenti dall'esistenza di una norma positiva).

A ciò si aggiunga che la parte generale del codice tedesco, volutamente, prevede solo due scriminanti (legittima difesa e stato di necessità), mentre altre si trovano nella parte speciale in riferimento a specifici reati (ad esempio il consenso della persona offesa, prevista per il delitto di lesioni); di qui la necessità di una progressiva applicazione analogica di queste disposizioni a una serie di reati diversi.

Difficilmente concepibili dal penalista italiano sono, sempre in relazione all'analogia, gli "esempi di norma" (*Regelbeispiele*), che costituiscono una tecnica normativa esemplificativa, tramite la quale il legislatore elenca una serie di ipotesi lasciando aperta la possibilità, per l'interprete, di ritenere riconducibili a quella regola anche altri casi simili<sup>195</sup>; tuttavia il contrasto con il principio di legalità deriva più che altro dalla indeterminatezza delle fattispecie in cui i *Regelbeispiele* sono contemplati.

Il terzo aspetto di diversità interessa il contenuto delle norme di parte generale dello *Strafgesetzbuch*, che, a differenza del codice Rocco, non contiene molte norme atte a fornire "definizioni dogmatiche"<sup>196</sup> all'interprete; il legislatore, quindi, non intende

---

<sup>195</sup> Ad esempio l'art. 243 StGB, che punisce con la pena detentiva da tre mesi a dieci anni il "furto di particolare gravità", prevede che "un caso di particolare gravità ricorre *di norma* nelle ipotesi seguenti": il legislatore tedesco dà ad intendere che si tratta di elencazione che non esaurisce le ipotesi di "particolare gravità", risultando passibile di estensione analogica.

<sup>196</sup> Le "definizioni dogmatiche" sono norme che offrono concetti mediante i quali il legislatore non intende solo fornire all'interprete strumenti operativi, ma che implicano una previa concettualizzazione dogmatica.

sovrapporsi alla giurisprudenza e alla dottrina, fintanto che le elaborazioni di queste siano capaci di condurre a soluzioni chiare e univoche.

#### 4.1 La disciplina della prescrizione in Germania

La disciplina della *Verjährung* (prescrizione) presenta delle soluzioni tecniche in parte diversi da quelle adottate dal legislatore italiano, d'altro canto molti aspetti sono simili<sup>197</sup>.

In primo luogo con l'art. 78 comma 1, che sancisce che “la prescrizione esclude la punizione del reato e la disposizione di provvedimenti”, il legislatore tedesco opta per una locuzione indubbiamente meno univoca rispetto alla nostra; al comma 2 viene affermata l'imprescrittibilità dei delitti di genocidio e omicidio.

Il criterio di determinazione del tempo necessario a prescrivere è sostanzialmente simile a quello precedentemente previsto dal Codice Rocco: sono previsti cinque termini prescrizionali, ognuno collegato ad una corrispondente classe di gravità dei reati<sup>198</sup>.

Un altro punto di incontro con il nostro codice è l'art. 78, che contiene la regola di individuazione del *dies a quo* per il computo della decorrenza del termine prescrizionale: la prescrizione inizia il suo decorso “appena il fatto è consumato”; ma “se l'evento si verifica solo successivamente alla fattispecie cui inerisce, allora è da quel momento che la prescrizione ha inizio”.

Quasi diametralmente opposta, invece, la disciplina dalla sospensione, in merito alle situazioni che la producono: il corso della prescrizione, come stabilisce l'art. 78b,

---

Ad esempio nello *Strafgesetzbuch* non ci sono norme corrispondenti agli artt. Da 40 a 43 del nostro codice penale, sulla causalità e sull'elemento soggettivo.

<sup>197</sup> P. BARTOLO, voce *Prescrizione del reato*, in Enc. Giur. Treccani, Roma, cit. p. 1 ss.

<sup>198</sup> Art. 78 comma 3: 1) trent'anni per i reati puniti con l'ergastolo; 2) vent'anni, i reati con pena massima superiore a dieci anni di reclusione; 3) dieci anni, per i reati con pena massima superiore a cinque anni e non superiore a dieci anni di reclusione; 4) cinque anni, per i reati puniti con pena massima superiore ad un anno e non superiore a cinque anni di reclusione; 5) tre anni per tutti gli altri reati. Per il reato circostanziato, l'art. 78 comma 4 prevede che “il termine è individuato in base alla pena prevista dalla legge senza considerare le aggravanti o attenuanti”.

resta sospeso fino al compimento del diciottesimo anno di età della vittima (per i reati di stampo sessuale); fino a quando non matura la perseguibilità del reo (non nelle ipotesi di improcedibilità dovute alla mancanza della istanza, dell'autorizzazione o del prolungamento della pena); se viene pronunciata una sentenza di primo grado prima della scadenza del termine prescrizione, sino alla definizione del processo con "forza di giudicato".

Indubbi profili di affinità si rinvencono nella disciplina dell'interruzione delineata dall'art. 78c, che prevede un catalogo tassativo di atti dotati di efficacia interruttiva<sup>199</sup>.

Dopo ogni interruzione il termine di prescrizione comincia a decorrere *ex novo*, ma in ogni caso il reato si prescrive con il decorso di un periodo di tempo pari al doppio del termine prescrizione determinato a norma dell'art. 78a, o di almeno tre anni se il termine ordinario, in base a leggi speciali, è fissato in meno di tre anni.

Non vigendo il principio di comunicabilità, a differenza del nostro codice, l'effetto interruttivo si produce esclusivamente nei confronti di colui al quale l'atto si riferisce.

Quanto alla successione di leggi nel tempo, l'art. 78c prevede che, in caso di modifica normativa che comporti una riduzione del termine prescrizione, restano efficaci gli atti interruttivi posti in essere prima che la nuova norma fosse emanata, anche se al momento dell'interruzione la perseguibilità ritenersi prescritta.

---

<sup>199</sup> Art. 78 comma 1: 1) il primo interrogatorio dell'incolpato, la comunicazione che nei suoi confronti ha avuto inizio l'istruttoria; 2) ogni interrogatorio giudiziario dell'incolpato; 3) ogni incarico conferito ad un perito da parte del giudice o del pubblico ministero, sempre che sia stato prima escusso l'incolpato o gli sia stata previamente comunicata l'apertura dell'istruttoria; 4) ogni ordine di sequestro o di perquisizione e le decisioni giudiziarie che sostengono tali provvedimenti; 5) il mandato di cattura, l'ordine di soggiorno, l'ordine di presentazione e le decisioni giudiziarie che sostengono tali provvedimenti; 6) l'inizio dell'azione pubblica; 7) l'apertura del processo principale; 8) la fissazione dell'udienza principale; 9) l'ordine di condanna o altra decisione equivalente ad una sentenza; 10) la temporanea sospensione del processo disposta a causa dell'assenza dell'incolpato o, nel processo in absentia, per la ricerca della residenza dell'incolpato o per la sicurezza delle prove; 11) la temporanea sospensione del processo a causa dell'incapacità processuale dell'incolpato, così come ogni decisione del giudice o del pubblico ministero che riguardi una tale sospensione del processo per la verifica della capacità processuale dell'incolpato; 12) ogni richiesta giudiziale di intraprendere un'indagine istruttoria all'estero.

## 5. Dicotomia *civil law- common law*

La mancata attenzione della dottrina italiana ai sistemi di *common law* era tradizionalmente dovuta a una pluralità di fattori: l'abitudine a trovare riferimenti prioritari nella cultura giuridica tedesca; il disagio per l'assenza, negli ordinamenti anglo-americani, di testi legislativi organici; il conseguente disorientamento per un panorama normativo che continua a nascondere molte insidie<sup>200</sup>; la difficoltà nel capire come scelte legislative e giurisprudenziali innovative possano maturare in un contesto spesso conservatore; il differente approccio della dottrina<sup>201</sup>.

Fino agli anni Ottanta, si percepiva una chiara idiosincrasia da parte della nostra dottrina più accreditata nei confronti di quello che veniva semplicemente definito "empirismo inglese", in contrapposto al nostro rigido sistema, legato alla Costituzione e al codice<sup>202203</sup>.

Già nei primi anni Novanta, si registra un mutato atteggiamento della dottrina<sup>204</sup>, anche quella più ortodossa, nei confronti del diritto penale di *common law*, ma la dottrina odierna<sup>205</sup> sembra ancor più aperta a ridurre le differenze e ad aprirsi, anche ai fini di un approfondimento comparatistico; addirittura parte della dottrina sembra suggerire il

---

<sup>200</sup> Il panorama normativo anglosassone è stato efficacemente definito "isole di tecnicismo in un mare di discrezionalità" (HALL-GLUECK, *Cases on Criminal Law and its Enforcement*, St. Paul, Minn., 1958).

<sup>201</sup> F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 210-211.

<sup>202</sup> "Il diritto penale della Gran Bretagna segue da secoli una sua storia e non è pensabile che esso possa confluire con il diritto penale continentale, anche solo in parte, per portare un sicuro contributo alla causa della unificazione. La diversità di mentalità è così radicale che ogni contatto è reso assai difficile: non c'è scelta codicistica, non c'è razionalità di un sistema, non c'è fiducia nel principio, ma c'è solo l'abbandono ad una casistica rimessa all'equità del magistrato e ai precedenti giudiziari quando manchi una norma positiva la quale anche quando esiste ha però carattere puramente sporadico", G. BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padov, 1968, p. 2 ss.

<sup>203</sup> A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione- Studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014, cit. p. 225 ss.

<sup>204</sup> "La dottrina penalistica ha avuto cura di enumerare, però, alcuni settori della legislazione penale, nei quali le divergenze tra quanto è previsto presso i diversi Stati europei sono tali da ostacolare seriamente un processo di unificazione (...). Peraltro, questa diversità di "taglio" in alcuni ordinamenti europei ha, tutto sommato, una importanza minore di quel che potrebbe sembrare a prima vista. Intanto, negli ordinamenti di *common law*, il raggiungimento del fine, che è quello di assicurare certezza al diritto e garanzia al cittadino, nella maggior parte dei casi è perseguito ugualmente, anche se attraverso un mezzo tecnico diverso, che è quello dello *stare decisis*. La differenza pratica tra i due tipi di ordinamento si riduce allora a talune aree marginali" (A. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, RTDPE, 1993, 199 ss.).

<sup>205</sup> In una tale prospettiva, il Donini prende esplicitamente le distanze da chi "esprime scetticismo sulla possibilità di una comparazione fruttuosa con i sistemi penali di *common law*, per l'eccessiva diversità culturale e l'assenza di una teoria del delitto" (M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*).

recepimento dell'esperienza anglosassone in modifiche legislative (in relazione ai singoli istituti e allo stile redazionale delle norme).

Tradizionalmente, si ritiene che il diritto penale dei paesi di *civil law* diversa sostanzialmente da quello dei paesi di *common law* con riguardo soprattutto al diverso assetto sistemico del principio di legalità, diversità che si sostanzierebbe in tre prospettive: le radici illuministiche della legalità, la codificazione e il ruolo dei giudici nella formazione del diritto.

Quanto al primo punto, si ritiene che in Inghilterra non sia avvenuto un processo analogo a quello innescato dai pensatori dell'Illuminismo, come Beccaria in Italia e Voltaire in Francia, i quali hanno coniato il principio di legalità e hanno costruito una teoria ad esso collegata impostata una legge scritta.

Peraltro, è anche vero che gli inglesi hanno avuto degli importanti alfieri della codificazione; si pensi, per esempio, a Jeremy Bentham, che paragonò il rapporto tra il cittadino e l'ordinamento di un paese in cui la legge non è scritta al rapporto tra un cane e il suo padrone: il padrone non insegna al cane a comportarsi in un certo modo mediante un preventivo divieto della condotta non desiderata, ma aspetterà che il cane commetta quella azione e poi lo bastonerà per quello che ha fatto.

Sempre con riguardo alla codificazione, è pensiero comune che sia un fenomeno caratteristico dei paesi di *civil law*; a ben vedere, anche i paesi della *common law* vissuto l'età della codificazione (ad eccezione delle Isole britanniche e di due Stati australiani) e, anche nei paesi come l'Inghilterra, oggi, gran parte dei reati è di fonte statutaria.

Poi, per ciò che attiene al ruolo dei giudici, a differenza dei paesi di *civil law*, nella tradizione di *common law* il giudice è istituzionalmente preposto alla formazione del diritto.

Tuttavia, l'incremento della *lex scripta*, tale potere sta naturalmente scemando; le regole di interpretazione degli *statutes* in Inghilterra (come anche in altri paesi di tale tradizione) sono assai rigorose: il giudice è legato a una interpretazione letterale della norma (in base al principio *statua sunt stricte interpretanda*).

Inoltre va anche ridimensionato il potere riguardo al diritto non scritto: il margine di manovra è sorprendentemente simile a quello che ha il giudice continentale di fronte alle leggi, senza contare che la House of Lords inglese ha da tempo abdicato al potere di dichiarare nuovi reati.

Quanto all'ultimo aspetto, se anche è vero che l'approccio della dottrina di *common law* è induttivo- pragmatico- casistico, mentre il nostro è deduttivo- teorico- astratto, vi è da dire che anche a questo riguardo i due mondi del diritto sembrano pian piano convergere: nei sistemi di *civil law* si tende a dare sempre maggiore importanza allo studio dei "casi", mentre la dottrina anglosassone sembra sempre più interessata ai grandi temi filosofici sottostanti alla *criminal law*<sup>206</sup>.

Superate le differenze sistemiche e appurato che i quattro grandi profili di divergenza tra *civil law* e *common law* vadano ridimensionati, si deve tuttavia concludere che, ad oggi, permangono numerose differenze culturali tra i Paesi appartenenti ai due diversi sistemi, che si riflettono anche in *criminalibus*<sup>207</sup>.

## 5.1 Il principio di legalità nel sistema inglese

In Inghilterra, la circostanza che un determinato profilo del diritto penale sia oggetto di regolamentazione legislativa o rimanga nell'alveo della *common law* è dovuto più al caso che a ponderate scelte di politica criminale<sup>208209</sup>.

Occorre registrare, però, che in questo quadro il sintagma *principle of legality* sembra ormai aver preso il posto del più generico *rule of law*, espressione coniata dallo

---

<sup>206</sup> Temi tra cui il problema della funzione della pena, dei rapporti tra diritto e morale, o ancora alla questione della codificazione. Una delle accuse del Bettiol all'empirismo anglosassone riguardava, appunto, la presunta carenza di interesse per questioni filosofiche riguardanti il fondamento del diritto penale (G. BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*).

<sup>207</sup> A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione- Studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014, cit. p. 237.

<sup>208</sup> PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, cit. p. 235 ss.

<sup>209</sup> Si pensi che il *corpus* della *statutory law* oggi vivente si distende lungo un arco temporale davvero lunghissimo: la più moderna e sofisticata legislazione penale convive con *statutes* risalenti addirittura al XIV secolo (ad esempio il *Traeson Act* del 1351).

studioso A.V. Dicey che la utilizzò nel suo libro *an introduction of the law of the Constitution* nel 1885.

Tuttavia, fu Joseph Raz che, nell'indicare il principio come “la regola che le persone devono obbedire alla legge”, ne compendì dei sotto- principi (simili ai nostri corollari del principio di legalità), i quali fondano le garanzie rispetto al potere arbitrario dei giudici e del legislatore.

I profili di legalità oggetto di maggiore attenzione sono il divieto di irretroattività della legge penale sfavorevole, l'istanza di determinatezza e l'esigenza di una interpretazione restrittiva della legge penale; profili che sottolineano una decisa preminenza della *ratio* di certezza.

L'*irretroactivity principle* è oggetto di una lettura oggi molto criticata in dottrina, nel senso che vieterebbe la sola applicazione retroattiva della legge penale, ma non la fonte giurisprudenziale, nei limiti in cui il giudice andasse così a disciplinare casi futuri.

Il principio del *thin ice* (“ghiaccio sottile”), significa che il cittadino, ne compiere le proprie scelte razionali, deve poter aspettarsi il rischio di incorrere in un reato; a questo è strettamente collegato il principio di *maximum certainty*, in base al quale le norme non possono essere né vaghe né troppo rigide (per dare modo alle autorità di combattere efficacemente il crimine)<sup>210</sup>.

Infine, secondo il principio della *strictu construction* (principio della costruzione stretta) di fronte a un'ambiguità il giudice deve decidere in favore del reo<sup>211</sup>.

Privilegiando le norme che individuano *regole di condotta*, però, si sposta l'angolo di visuale verso la cosiddetta *rules of conduct*, lasciando prive di copertura tutte le norme che non incidono direttamente sulla condotta.

Venendo al tema del *judicial law making*, nonostante numerose istanze di difesa del potere legislativo, questo presenta ancora una certa vitalità<sup>212</sup>, pur dovendosi attenere ai

---

<sup>210</sup> Tale scelta viene giustificata affermando che è meglio che la disparità di forza rispetto al cittadino venga equilibrata attraverso le procedure di polizia, piuttosto che privando gli agenti di strumenti efficaci contro le condotte illecite (politica della difesa sociale).

<sup>211</sup> E' una sorta di divieto di *analogia in malam partem* risalente al 1600, quando vigeva la pena di morte, per cui una legge ambigua veniva risolta in favore della vita come forma di correttezza verso un individuo.

criteri direttivi elaborati dalla House of Lords nel 1996: deve trattarsi di una questione giuridica molto controversa; i giudici devono esercitare un particolare *self-restraint* laddove il parlamento si sia volontariamente astenuto in merito; i giudici dovrebbero evitare di creare diritto riguardo a questioni socialmente molto dibattute; la giurisprudenza dovrebbe ponderare l'eventualità di discostarsi da discipline risalenti; la giurisprudenza dovrebbe comunque astenersi laddove non sia in grado di garantire una successiva stabilità della disciplina vigente.

Infine, per una prospettiva futura, occorre sottolineare come, all'inizio degli anni Ottanta, la *Law Commission* ha avviato un tentativo di codificazione, sfociato nella presentazione del *Draft Criminal Code* nel 1989, il quale, nonostante il ciclo del riproporsi della questione, si ritiene non abbia possibilità di essere approvato.

## 5.2 La disciplina della prescrizione in Inghilterra

I sistemi penali dell'area Common law non conoscono un istituto paragonabile alla prescrizione di *civil law*<sup>213</sup>, ma esistono dei meccanismi volti ad evitare che le azioni giudiziarie vengano intraprese ad una eccessiva distanza di tempo dalla verifica dei che ne sono alla base<sup>214</sup>.

In generale, per designare quegli atti normativi che fissano dei *time-limits* per l'esercizio di determinate azioni, si parla di *statute of limitations* e sottintendono soprattutto a ragioni di natura processuale.

---

<sup>212</sup> Si pensi alla repressione giurisprudenziale dello *stalking* (in Italia disciplinato dall'art. 612 bis c.p.): nell'assenza di previsioni incriminatrici specifiche, la House of Lords ha sancito, nel 1998, la possibilità di ritenere tali comportamenti di molestie penalmente illeciti alla luce della fattispecie incriminatrice di "lesioni corporali"; il contenuto creativo della decisione sta nel fatto che il concetto di "danno corporale" era rimasto circoscritto, fino a quel momento, alle lesioni di carattere fisico.

<sup>213</sup> Infatti nei paesi anglosassoni il termine *prescription*, che pure esiste come vocabolo, ha altri significati (ordine, istruzione).

<sup>214</sup> G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, CEDAM, 2013.

Nella materia penale, limitazioni di natura cronologica, solitamente sono previste solo per reati meno gravi e mira a colpire la negligenza (o la strategia) tenuta dall'accusa<sup>215</sup>.

Occorre preliminarmente chiarire la distinzione che in Inghilterra viene operata tra tre differenti tipologie di reati, *summary offences*, *indictable offences* e *le offences triable either way*: i primi sono quelli meno gravi, giudicabili con il *summary trial*; quelli rientranti nella seconda categoria sono quelli considerati di maggiore gravità e sono processabili con il modulo del *trial on indictment*; nel terzo caso, il giudice può decidere con quale modalità (*summary trial* o *indictment*) procedere<sup>216</sup>.

La regola fondamentale è che in materia di *summary offence* la *cd. information*, ossia l'atto introduttivo contenente la imputazione, deve essere presentata entro sei mesi dalla commissione del fatto e che il giudice può sanzionare le violazioni dei *time-limits* da parte del *prosecutor*<sup>217218</sup>.

Per i reati più gravi, la regola generale è completamente opposta: l'azione può essere esperita in qualsiasi momento, salvo che sia diversamente statuito.

---

<sup>215</sup> Al riguardo infatti assume significativo rilievo la condotta tenuta dal *prosecutor*, il quale, in caso di ritardo nell'esercizio dell'azione, è tenuto a giustificare le ragioni dello stesso.

<sup>216</sup> Tuttavia, la circostanza che il reato risulti di remota commissione costituisce uno degli indici in base ai quali il *prosecutor* decide se procedere o meno alla incriminazione (cfr. para 5.10 *The Code for Crown Prosecutors*).

<sup>217</sup> Si ammette che il giudice possa precludere al *prosecutor* di provare l'accusa, qualora vi sia stato un ingiustificato ritardo tra la presentazione della *information* e il momento in cui il caso viene portato all'attenzione della corte, o qualora il ritardo non sia accompagnato da una adeguata giustificazione.

## CAPITOLO II

### IL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE E IL PROBLEMA DELL'ASCRIVIBILITA' IN CAPO ALLE ISTITUZIONI EUROPEE DI UN'AUTONOMA POTESTA' SANZIONATORIA IN MATERIA PENALE. IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

#### PARTE I

#### PROFILI INTERNI DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE

1. Ratio e portata del principio di riserva di legge.- 2. La qualificazione della riserva di legge.-3. Forme di integrazione ad opera della fonte subordinata.- 4. Il ruolo della consuetudine nel diritto penale.- 5. Il principio nulla poena sine lege.

#### **1. Ratio del principio di riserva di legge**

Il principio di riserva di legge, che trova fondamento nell'art. 25 comma 2 Cost.<sup>219</sup>, esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo configuri come reato<sup>220</sup>, cioè un atto normativo emanato dal Parlamento attraverso le procedure disciplinate dagli artt. 70 ss. Cost., ossia legge formale e atti avente forza di legge.

Un problema a lungo dibattuto dalla dottrina attiene alla tipologia di fonti abilitate a creare, modificare o estinguere l'applicazione della sanzione criminale: volendo aderire ad una visione *formale* della riserva, decreto legge (art. 76 Cost.<sup>221</sup>) e decreto legislativo (art.

---

<sup>219</sup> Art. 25 c. 2 Cost: *nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*

<sup>220</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 51 ss.

<sup>221</sup> Art. 76 Cost.: *l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.*

77 Cost.<sup>222</sup>) risulterebbero inadatti a soddisfare il principio; viceversa, se si appoggia tesi *materiale*, che pone sullo stesso piano la legge e gli atti dell'esecutivo ai quali la Costituzione attribuisce forza di legge.

La giurisprudenza di legittimità, sul punto, ha più volte chiarito che, nel concetto di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. sono da ricomprendere anche il decreto legge<sup>223</sup> e il decreto legislativo<sup>224</sup> delegato, fondando la sua tesi sul fatto che lo stesso ordinamento costituzionale riconosce a tali atti normativi efficacia pari a quella delle leggi ordinarie e che in entrambe le ipotesi è assicurato il controllo del Parlamento (successivo nel caso del decreto legge, preventivo nel caso del decreto legislativo delegato).

La Corte di Cassazione ha però precisato che quando la delega interviene in materia penale, il legislatore delegante ha il dovere di definire l'oggetto della delega e i criteri direttivi cui il Governo delegato dovrà attenersi.

Nell'attuale momento politico- costituzionale la riserva di legge si giustifica con esigenze di garanzia, sia formali che sostanziali, che possono essere soddisfatte solo dal procedimento legislativo: quest'ultimo, pur con le sue imperfezioni, consente di tutelare i

---

<sup>222</sup> Art. 77 Cost.: *il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria; quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni; i decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione; le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.*

<sup>223</sup> La Corte costituzionale, con sent. 360/1996, ha ritenuto l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 77 Cost. dei decreti legge reiterati, allorché intesi a riprodurre il medesimo contenuto delle disposizioni caducate per decorso del termine, in assenza di nuovi presupposti di necessità ed urgenza. Tale riproduzione, altera la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, la cui compatibilità con la riserva di legge è postulata proprio sulla base del fatto che, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto legge risulterebbero travolti integralmente sin dall'inizio (oltre che sulla osservazione che vengono fatte proprie dal Parlamento con una legge formale).

<sup>224</sup> La Corte costituzionale ammette in via generale il ricorso alla legislazione delegata richiedendo che la legge delega sia chiara e particolareggiata circa: i principi e criteri direttivi, limite di tempo entro il quale il Governo deve emanare il decreto, l'oggetto della delega. Con la sent. 134/2003 la Consulta, chiamata a giudicare la fondatezza della censura di legittimità costituzionale riguardante l'art. 13 d.lgs. 295/1998 per contrasto con gli artt. 25 e 76 Cost. (in relazione all'eccessiva genericità della delega), nel dichiarare la questione manifestamente infondata, ha precisato "la piena legittimità costituzionale, anche in materia penale, delle deleghe legislative alla sola condizione che siano in linea con i requisiti dettati dall'art. 76 Cost.

diritti delle minoranze e delle forze politiche di opposizione e, soprattutto, consente di evitare forme di arbitrio del potere esecutivo e giudiziario.

La suddetta *ratio* abbisogna di un insieme di condizioni fattuali affinché la discussione parlamentare assicuri un autentico confronto razionale- discorsivo sulle opzioni di politica criminale: occorre che non vi sia un accentuato squilibrio tra le forze di maggioranza e di minoranza (cosiddetta *tirannia della maggioranza*), che i partiti di governo siano effettivamente aperti alle obiezioni dell'opposizione parlamentare e soprattutto è necessario che le scelte politico- criminali siano fatte oggetto di un ampio dibattito pubblico all'esterno delle sedi politiche e istituzionali.

Negli ultimi anni, purtroppo, le condizioni sopra menzionate sono quasi del tutto mancate, se solo si pensa all'intensità della produzione di norme penali di livello gerarchico secondario, della *nonchalance* repressiva del diritto penale cosiddetto complementare<sup>225</sup> e la criticabilissima normativa penale *ad personam*.

Pacifica, invece, è l'esclusione dal novero delle fonti della legge regionale, sia nelle materia di competenza esclusiva sia in quelle di competenza concorrente *ex art. 117*.

Ciò è sostenuto da quasi unanime dottrina e giurisprudenza, che, partendo dal presupposto che la scelta di criminalizzare determinate condotte è talmente "scottante" e complessa che non può che essere di monopolio dello Stato, argomentano che il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* sarebbe violato se le condizioni di fruizione della libertà fossero differenti da regione a regione.

E ancora ulteriori ragioni poggiano sul pluralismo di fonti regionali contrasterebbe con il principio di unità politica *ex art. 5 Cost.*; infine, il divieto per le regioni di adottare provvedimenti che siano di ostacolo al libero esercizio dei diritti fondamentali dei cittadini previsto dall'art. 120 Cost.

In proposito, occorre richiamarsi all'argomentazione deontologica articolata dalla sentenza costituzionale n. 487/89<sup>226</sup>, relativa allo scrutinio di una normativa regionale

---

<sup>225</sup> Cit. M. ROMANO, *Repressione della condotta antisincadacale, Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>226</sup> V. MAIELLO, *Il bicameralismo asimmetrico nello specchio della riserva di legge in materia penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2016, cit. p. 6.

recante una diversa disciplina dei presupposti di una causa di estinzione del reato fissati da una legge dello Stato: la legittimazione del Parlamento, quale esclusivo custode della produzione normativa in ambito penale, discende dal suo essere organo “che appunto possiede la più generale visione di beni e valori presenti nella società”; come questa logica è evidentemente incompatibile con le capacità di prestazioni rappresentative affidate alla frammentata realtà delle istituzioni territoriali<sup>227</sup>.

Indubbiamente meno problematica appare, al contrario, l'ammissibilità dell'intervento di una legge regionale che, lunghi dall'abrogare una norma statale, abbia l'effetto di ampliare la sfera di liceità penale rispetto alla previsione generale e astratta del precetto penale<sup>228</sup>.

### 1.1 La qualificazione della riserva di legge.

Questione dibattuta in dottrina attiene alla qualificazione della riserva di cui all'art. 25 Cost., quale riserva assoluta o relativa<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> In una prospettiva di realismo storico, non è difficile pronosticare che i due rami del parlamento avranno necessità di avviare relazioni intercamerali orientate all'intesa, quantomeno sulle materie rientranti nella competenza bicamerale paritaria, V. MAIELLO, *Il bicameralismo asimmetrico nello specchio della riserva di legge in materia penale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2016, cit. p. 6.

<sup>228</sup> Sul punto, si veda la sentenza 13 marzo 2014, n. 46, nella quale la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge regionale sarda n. 4/2009 (Disposizioni straordinarie per il sostegno dell'economia mediante il rilancio del settore edilizio e per la promozione di interventi e programmi di valenza strategica per lo sviluppo). La Corte richiama in proposito la propria consolidata giurisprudenza secondo cui la legge regionale non può costituire fonte diretta e autonoma di norme penali, né rendere lecita un'attività penalmente sanzionata (sentenze n. 185/2004, n. 504, n. 213 e n. 14 del 1991), potendo tuttavia concorrere a precisare *secundum legem*, i presupposti di applicazione di norme penali statali [...] svolgendo funzioni analoghe a quelle che sono in grado di svolgere fonti secondarie statali"(vedi già sentenza n. 487/1989). In altre parole, la legge regionale può incidere indirettamente sull'applicazione di norme penali, in particolare laddove la legge statale "subordini effetti incriminatori o decriminalizzanti ad atti amministrativi (o legislativi) regionali", C. RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali in un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 21 marzo 2014.

<sup>229</sup> M. SANTISE- F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto penale*, Giappichelli, 2016, cit. p. 22-23.

Il problema, è evidente, attiene precipuamente alla questione dell'ammissibilità e della delimitazione dei confini dell'intervento delle fonti secondarie nella determinazione della norma penale.

Laddove si qualificasse la riserva di legge come assoluta, come affermano la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, un intervento di fonti normative secondarie nella determinazione del precetto penale finirebbe per essere precluso in radice, se non per mere specificazioni tecniche degli elementi enucleati dalla norma primaria.

Ben diverso e più ampio, invece, risulterebbe lo spazio applicativo delle fonti normative secondarie laddove si concepisse, valorizzando valutazioni di opportunità politico- criminale, la riserva di legge di cui all'art. 35 Cost. come relativa<sup>230</sup>.

Peraltro, la possibilità di un intervento in chiave integratrice della fonte normativa secondaria, inteso come apporto tecnico o specificativo, tende soprattutto ad evitare l'attività concretizzatrice della giurisprudenza, la quale si affida a parametri di valutazione non sempre univoci o controllabili<sup>231</sup>.

Nonostante suddetta interpretazione, di fatto, finirebbe per garantire meglio la sostanza ideologica del principio della riserva di legge, non può essere accolta, venendo a frustrare la *ratio* garantista sottesa al principio in questione.

La giurisprudenza costituzionale<sup>232</sup> è approdata ad una soluzione di compromesso, nello sforzo di contemperare le opposte istanze garantistiche e pratiche, elaborando la teoria della "sufficiente specificazione", secondo la quale sono compatibili con l'assetto

---

<sup>230</sup> *Il rigore della riserva, sicuramente da condividere nella sua istanza ideologica, non lo è più nel contesto di uno standard normativo come quello attuale: proficuo, se contribuisse a trovare finalmente un confine più o meno marcato dell'autentico diritto criminale (...), non è invece realistico né praticabile nel contesto di una normazione penale che persiste a penetrare in ogni settore con una organicità e una capillarità degni di migliore causa, M. ROMANO, *Repressione*, cit. p. 19.*

<sup>231</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 54.

<sup>232</sup> È da escludere pertanto che possa considerarsi violato, per ciò che attiene al profilo del precetto sanzionato penalmente, il principio, enunciato nell'art. 25 della Costituzione, per cui nessuno può esser punito se non "in forza di una legge". Nel caso in esame le esigenze di un decentramento, a fini di differenziazione della normazione, sono più che evidenti; i poteri riconosciuti all'autorità amministrativa locale tutt'altro che arbitrari, apparendo puntualmente e adeguatamente finalizzati, specificati nel contenuto, e delimitati; l'esercizio di essi è aperto al sindacato giurisdizionale. In siffatte condizioni la Corte ritiene osservata la riserva di legge, nei limiti in cui essa deve considerarsi operante in ordine all'aspetto precettistico delle norme penali. Corte Cost., sent. 23 marzo 1966 n. 26

costituzionale leggi penali che descrivono fattispecie incriminatrici in modo, appunto, sufficientemente determinato: la legge dovrebbe indicare i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa<sup>233</sup>.

Questo criterio, però, non è sempre stato rispettato dalla Consulta, che più volte ha salvato discipline operanti ampi rinvii alla discrezionalità della pubblica.

Su questo scenario problematico ha fatto irruzione, nuovamente, la Consulta nel 2014<sup>234</sup>, connotando il principio di riserva di legge come “parlamentare”.

Questo aggettivo, da un lato rimarca i confini obbligati dell'intervento del delegante, dall'altro delimita la “messa in opera” del Governo sotto la direzione della legge<sup>235</sup>.

Argomentando, la Corte costituzionale pare suggerire un rinvio anche al rapporto tra legge penale e fonte ad essa subordinata: sembra prescrivere l'adozione del medesimo criterio in uso per il decreto legge per individuare i limiti legittimi dell'intervento delle fonti secondarie, ammettendo una integrazione della normativa penale limitata ad “attualizzare” un precetto ovvero un elemento del precetto già compiutamente formulato dalla legge incriminatrice.

La Consulta si è volutamente apprestata a precisare un principio costituzionale che il contesto internazionale in cui si cala rischia altrimenti di minare, in ragione della “interferenza” che sul diritto penale nazionale produce il testo della CEDU e la correlata giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Non può non osservarsi, però, come da un lato l'esposta teoria pecchi di una contraddizione intrinseca, laddove considera assoluta la riserva di legge ma poi ammette interventi integratori da parte di norme secondarie o atti amministrativi, e dall'altro che la stessa sembra confondere il profilo di riserva di legge con quello di tassatività (M. SANTISE- F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto penale*, Giappichelli, 2016, cit. p. 23).

<sup>234</sup> Corte Cost., sent. 23 gennaio 2014 n.5.

<sup>235</sup> D. FALCINELLI, *Se punire, se abrogare: la riserva di legge penale “rafforzata”*, in *federalismi.it*, 28 marzo 2014, cit. p. 14-15.

<sup>236</sup> La necessaria fusione degli orizzonti dei mondi di *civil law* e di *common law* ha imposto come requisito minimo per la qualificazione di una disposizione come “legge”, ai sensi e per gli effetti della CEDU, quello della ragionevole conoscibilità e prevedibilità della norma, evidentemente trascurando i livelli nella gerarchia nazionale delle fonti: il risultato cui tende l'argomentare della sentenza in esame è quello di offrire un saldo supporto contro l'attuale crisi politico-istituzionale del principio di riserva di legge “parlamentare” e

## 2. Forme di integrazione ad opera della fonte subordinata

Assodato che la riserva di legge non può che intendersi come assoluta, si pone il problema di verificare la legittimità costituzionale delle interazioni tra normativa primaria e secondaria (regolamento, ordinanza, ecc.) nella determinazione delle fattispecie penali<sup>237</sup>.

Ricostruendo la prassi normativa attuale, è possibile individuare quattro tipi di eterointegrazione: l'ipotesi in cui la legge penale rimette alla fonte sublegislativa la mera specificazione di elementi della fattispecie dalla stessa configurati; l'ipotesi in cui la legge rimette al regolamento la facoltà di stabilire quali comportamenti, tra quelli da essa disciplinati, devono essere sanzionati; l'ipotesi in cui la fonte normativa inferiore si limita a specificare, dal punto di vista tecnico, elementi già contemplati dalla norma incriminatrice; infine, la più complessa ipotesi delle cosiddette *norme penali in bianco*, in cui la legge affida alla fonte secondaria la determinazione del precetto, genericamente previsto dalla legge, che determina esclusivamente la sanzione

Nessun problema di violazione di riserva di legge suscita il primo modello; emblematico è l' art. 659 c.p.<sup>238</sup>, che sanziona con l'ammenda “chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità”, le quali sono rimesse alla determinazione dell'Autorità stessa<sup>239</sup>.

Concordemente ritenuto illegittimo è il secondo modello: il legislatore, nel consentire alla fonte secondaria di selezionare i comportamenti punibili, tra quelli da essa

---

ricondurre in asse un baricentro normativo del sistema che si è progressivamente spostato dall'organo parlamentare all'apparato amministrativo.

<sup>237</sup> M. SANTISE- F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto penale*, Giappichelli, 2016, cit. p. 23-24.

<sup>238</sup> Art. 659 c.p.: *Chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a trecentonove. euro. Si applica l'ammenda da centotré euro a cinquecentosedici euro a chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni della legge o le prescrizioni dell'Autorità.*

<sup>239</sup> Rispetto a tali fenomeni, si ritiene che un certo margine di tolleranza sia imposto dalla circostanza per cui l'articolazione della legge, allo stato di attuale complessità, si raccorda con discipline extrapenali.

disciplinati, si spoglia della funzione normativa in materia penale (affidandola completamente all'esecutivo)<sup>240</sup>.

Il contributo di specificazione tecnica appare invece indispensabile, specie nei settori di legislazione speciale caratterizzati da complessità pratica e bisognosi di perenne aggiornamento: è l'ipotesi del Testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope (D.P.R. n. 309/1990), che integra la legge, la quale stabilisce la nozione di stupefacente, con tabelle aventi funzione di parametri meramente tecnici.

Come già accennato, ben più complessa è la questione delle norme penali in bianco, allorché la legge affidi alla fonte secondaria la determinazione delle condotte concretamente punibili.

In questo senso, norma penale in bianco per antonomasia è la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p.<sup>241</sup>, perché la fattispecie ivi descritta è come un contenitore vuoto: la norma incriminatrice si limita a prevedere che è sanzionato chi non osserva i provvedimenti dell'Autorità emanati per ragioni di ordine pubblico, giustizia, sicurezza e igiene; il contenuto della regola di condotta è rimesso a uno specifico provvedimento ad opera della pubblica amministrazione, che, praticamente, stabilisce il fatto costituente reato.

Benché la *ratio* stessa della riserva di legge porti a ritenere l'inevitabile l'illegittimità della categoria delle norme penali in bianco (con l'eccezione dei casi in cui la determinazione totale o parziale del precetto venga effettuata da una norma integrativa di rango parimenti legislativo), la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente legittimo l'art. 650 c.p. in relazione all'art. 25 Cost.<sup>242</sup>: le norme penali in bianco non violano il principio di legalità quando sia una legge dello Stato a indicare i caratteri presupposti, contenuto e limiti dei provvedimenti dell'Autorità<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 59.

<sup>241</sup> Art. 650 c.p.: *Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro.*

<sup>242</sup> Corte Cost., sent. 8 luglio 1971 n. 168.

<sup>243</sup> Una parte della dottrina ritiene che la tecnica della normazione in bianco contrasti davvero col principio di riserva di legge soltanto quando il precetto penale generico fa rinvio a fonti secondarie di carattere normativo

Sulla configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. è peraltro di recente tornata la Corte di Cassazione<sup>244</sup>: in presenza di norme penali che sanzionano l'inottemperanza a un ordine della pubblica amministrazione, il giudice penale deve verificare la legittimità del provvedimento amministrativo presupposto del reato, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello formale, con riferimento a tutti e tre i vizi tipici che possono determinare l'illegittimità degli atti amministrativi (violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere).

Il giudice deve, inoltre, valutare se il provvedimento corrisponde effettivamente alla funzione legale tipica assegnatagli dall'ordinamento e se, per la sua formulazione, sia - in rapporto alla particolare situazione che si intende tutelare - eseguibile nei tempi e nelle modalità descritte.

Nel solco del dibattito concernente i limiti di ammissibilità dell'integrazione delle fonti secondarie nel precetto penale, si colloca la questione della compatibilità con il principio della riserva di legge della definizione normativa dei reati di doping contenuta negli artt. 9 e 2 della legge n. 376 del 2000.

A seguito dell'introduzione, con la legge citata, del delitto di doping si pose il problema di individuare le sostanze che ne integrassero la nozione; soltanto a due anni di distanza dall'emanazione della legge, il Ministero della salute ha provveduto a "ripartire in classi" le sostanze, completando l'*iter* di positivizzazione delle norme integranti il reato<sup>245</sup>.

---

astratto e generale, che come tali concorrono a integrare il contenuto precettivo della disposizione incriminatrice; sarebbe invece compatibile con la riserva di legge- impregiudicata rimanendo la possibile violazione del principio di sufficiente determinatezza- il diverso fenomeno del rinvio del precetto penale a singoli e concreti provvedimenti dell'autorità amministrativa, come avviene nel caso del modello di incriminazione di cui all'art. 650 c.p. del codice penale, perché qui il singolo provvedimento, non avendo carattere normativo generale e astratto, non contribuirebbe a delineare il contenuto precettivo della fattispecie incriminatrice, ma sarebbe soltanto un presupposto del fatto (M. ROMANO, *Repressione della condotta antisincadacale, Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974).

<sup>244</sup> **Corte di Cassazione, Sez. I penale, 8 febbraio 2012, n. 9157.**

<sup>245</sup> M. SANTISE- F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di Diritto penale*, Giappichelli, 2016, cit. p. 25.

Le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il conflitto creatosi a tal proposito in senso alle sezioni semplici<sup>246</sup>, “salvarono” l’applicazione della legge nel periodo antecedente all’emanazione dei complementari decreti ministeriali<sup>247</sup>.

L’argomento decisivo è il dato letterale di cui all’art. 2 della legge n. 376: atteso che all’Autorità amministrativa compete solo la “ripartizione in classi” delle sostanze dopanti e che, sempre secondo le disposizioni della legge, tale classificazione andrebbe effettuata “anche nel rispetto delle disposizioni della Convenzione di Strasburgo ratificata ai sensi della legge 29 novembre 1995 n. 522”.

Il concetto di *doping* è dunque definito per *relationem*, attraverso il rinvio alla normativa comunitaria.

### **3. Il ruolo della consuetudine nel diritto penale**

Si è soliti definire la consuetudine come la ripetizione generale, uniforme e costante di un comportamento, accompagnata dalla convinzione della sua corrispondenza ad un precetto giuridico<sup>248</sup> (*cosiddetta opinio iuris ac necessitatis*).

Tale convinzione genera una norma giuridica non scritta che, prima di quel momento, era solo un imperativo morale o sociale.

In base agli artt. 1 e 8 delle disposizioni sulla legge in generale, la consuetudine occupa l’ultimo gradino nella gerarchia delle fonti, con un ruolo del tutto marginale: essa può rivestire solo una funzione integratrice *secudum legem e praeter legem*, ma mai *contra legem*.

---

<sup>246</sup> Si erano infatti registrati due orientamenti: secondo il primo (Cass., Sez. III, 2 dicembre 2004, n. 46764), le fattispecie delineate dal legislatore nel 2000 sarebbero state immediatamente operative e autosufficienti; il secondo (Cass., Sez. II, ordinanza 29 dicembre 2004, n. 49949), concludeva la necessità di eterointegrazione delle norme incriminatrici.

<sup>247</sup> Cass. S.U., sent. 29 novembre 2005, n. 3078.

<sup>248</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 61.

La prima ricorre quando la norma consuetudinaria è richiamata da altra fonte, in genere dalla legge, cosicché l'uso assume valore normativo non in virtù propria bensì in forza del rinvio che ad esso fa la fonte superiore, della quale quindi presenta la stessa forza normativa<sup>249250</sup>.

L'uso *praeter legem* è quello chiamato a regolare materie non disciplinate dalla legge: in siffatta eventualità l'uso è l'unica o la principale fonte regolatrice del rapporto, destinata peraltro ad operare purché non contrastante con i principi e i valori fondamentali dell'ordinamento<sup>251</sup>.

L'uso della norma consuetudinaria che si ponga in contrasto con disposizioni di legge o che assuma di regolare materie riservate in esclusiva alla legge o ad altre fonti (*contra legem*), stante la gerarchia delle fonti vigente nel nostro sistema, non è ovviamente in linea di principio ammesso e va di conseguenza disapplicato da parte dei privati e degli operatori del diritto<sup>252</sup>.

La consuetudine è stata gradualmente estromessa quale fonte del diritto penale a partire dal periodo illuminista<sup>253</sup>, tant'è che oggi si può affermare la scomparsa nell'Europa

---

<sup>249</sup> M. TRIMARCHI, *Gli usi tra diritto interno e diritto europeo*, in [www.comparazionedirittocivile.it](http://www.comparazionedirittocivile.it), cit. p. 5-6.

<sup>250</sup> L'uso *secundum legem* è espressamente previsto dall'art. 8 disp. prel. . In relazione a questa disposizione occorre notare che una legge può rinviare all'uso sia dettando contemporaneamente una disciplina della materia (per il caso in cui non ricorra in concreto un fenomeno consuetudinario) sia limitandosi al solo richiamo senza prevedere al tempo stesso una regolamentazione sostanziale.

<sup>251</sup> L'uso *praeter legem* non è espressamente previsto da alcuna disposizione; parte della dottrina tende ad escluderne l'ammissibilità; l'orientamento prevalente, argomentando sul piano formale a contrario sempre dall'art. 8 disp. prel., ritiene che l'attribuzione di forza autonoma alla consuetudine sia coerente ad una società e ad un ordinamento in rapida e continua evoluzione.

<sup>252</sup> Si potrebbe aggiungere che tale irrilevanza riguarda essenzialmente il caso in cui contrasti con norme inderogabili; ove ricorra una norma derogabile, in forza dell'interpretazione proposta dell'art. 8 (sulla quale però la dottrina prevalente non concorda), non si dovrebbero presentare ostacoli alla sua operatività ; e d'altra parte non si potrebbe intendere come una previsione derogabile dall'autonomia privata non possa anche essere superata dall'uso nella misura in cui questo sia espressione libera degli interessi riconducibili agli stessi privati.

<sup>253</sup> Gli illuministi, nel formulare il principio della riserva di legge, rilevarono che la consuetudine costituiva motivo di confusione nell'amministrazione della giustizia e di arbitrio da parte dei giudici che, in assenza di un riferimento scritto, potevano scegliere quella utile a giustificare la conclusione della causa, secondo le proprie convenienze.

occidentale della consuetudine come creatrice di norme incriminatrici o abrogatrice (o desuetudine)<sup>254</sup>.

Controversa è invece una possibile funzione integratrice della consuetudine.

Si discute, cioè, se una norma penale possa rinviare a una consuetudine per la descrizione di un elemento del reato.

In tal senso, per esempio, ci si chiede se l'obbligo giuridico di impedire l'evento *ex* art. 40 comma 2 c.p., cui la norma ricollega la causazione dello stesso, possa scaturire da una fonte consuetudinaria.

La tesi affermativa fa riferimento a quei casi in cui il giudizio penale presuppone il rinvio a criteri sociali di valutazione, ma un conto è la consuetudine in senso stretto, altro sono i criteri di valutazione dominanti nella comunità sociale<sup>255</sup>.

Da preferire è allora la tesi negativa, che fa leva sul contrasto costituzionale tra il principio di legalità e la funzione integratrice della consuetudine.

Giurisprudenza e dottrina tendono ad ammettere il ricorso alla consuetudine scriminante<sup>256</sup>, quale causa di giustificazione, solo se condivide l'*idem ratio* di quelle positivizzate.

---

<sup>254</sup> E' ben possibile che una o più norme penali restino di fatto inapplicate per lunghissimo tempo, in quanto ritenute non più conformi alle nuove concezioni dominanti; ma si tratta di una disapplicazione fattuale che esaurisce la sua valenza su di un piano sociologico, nel senso che funge semmai da indice rivelatore dell'esigenza di un esplicito intervento abrogativo da parte del legislatore (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 61).

<sup>255</sup> E' la cosiddetta *consuetudine interpretativa*: si tratta non di un rinvio dalla legge alla consuetudine, ma dell'interpretazione di concetti e termini (come l'onore, la reputazione, il buon costume ecc.), il cui significato muta con il quadro storico e sociale.

<sup>256</sup> La dottrina di solito ricorre alla categoria delle esimenti non stipulate soprattutto in merito all'attività medico-chirurgica, all'attività sportiva ( in particolare per gli sport intrinsecamente violenti ), alle informazioni commerciali o personali ad opera di agenzie autorizzate ( che potrebbero sfociare nel reato di diffamazione ) e all'attività giornalistica.

#### 4. Il principio *nulla poena sine lege*.

Affinché il principio di legalità possa dirsi rispettato, è necessario che il legislatore specifichi le tipologie di sanzioni e i relativi contenuti, non potendo limitarsi a prevedere il fatto costituente reato.

Allo stesso tempo il legislatore può e deve rimettere al giudice, unico soggetto dell'ordinamento chiamato a valutare il caso concreto, la scelta del tipo e della durata della sanzione.

In uno Stato che si proclama laico, secolarizzato e pluralista, dove la sovranità è attribuita al popolo, non sarebbe ammissibile fare ricorso alla pena per realizzare fini trascendenti o etici<sup>257</sup> ed è indispensabile che le pene siano tese alla rieducazione del condannato (art. 27 ,comma 3, Cost.).

Sotto quest'ultimo aspetto, il giudice dovrà orientare le sue scelte in funzione di tale finalità e scegliere, tra più fattispecie sanzionatorie, quella maggiormente idonea a prevenire il rischio che il reo delinqua ancora; la stessa logica dovrà essere seguita al momento di stabilire il *quantum* di pena entro la cornice edittale fissata dalla norma incriminatrice<sup>258</sup>.

L'esigenza di adattare l'entità la sanzione al disvalore del fatto e la finalità rieducativa che l'ordinamento riconosce alla pena all'art. 27 comma 3 Cost., impongono, come accennato, che il giudice abbia un margine di discrezionalità nello spazio edittale<sup>259</sup>.

Lo spazio edittale deve essere contenuto entro minimi e massimi di pena ragionevoli (in relazione al bene protetto e alla gravità dell'offesa), ossia non devono essere talmente dilatati da attribuire *de facto* un potere discrezionale al giudice<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> 101 DOLCINI-MARINUCCI, Manuale di diritto penale, cit., p. 9.

<sup>258</sup> 110 DOLCINI-MARINUCCI, Manuale di diritto penale, cit., p. 14- 15.

<sup>259</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, cit. p. 74-75.

<sup>260</sup> Dopo un iniziale atteggiamento di *self-restraint* della Corte costituzionale quanto al sindacato di legittimità relativo ai limiti edittali di pena, è successivamente registrabile una maggiore apertura sotto il profilo del controllo di ragionevolezza esercitato alla stregua del principio di eguaglianza: significativa al riguardo è la sentenza n. 26 del 1979 con la quale la Corte ha ritenuto illegittima la equiparazione del trattamento sanzionatorio tra diverse figure di insubordinazione previste dal codice penale militare.

Da tutto ciò si evince che, anche rispetto alle pene, il principio di riserva di legge è assoluto, sia in relazione alla pena principale che alle pene accessorie e a tutti gli altri effetti che dalla condanna discendono<sup>261</sup>.

Comprendere appieno il significato di quanto appena detto è indispensabile al fine di comprendere la critica mossa da dottrina e giurisprudenza alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco*, nella parte in cui la disapplicazione della normativa italiana in tema di prescrizione sembrerebbe finalizzata a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e non alla rieducazione del condannato.

---

<sup>261</sup> Il principio risulta invece più flessibile nella fase di esecuzione della pena, in cui la riserva di legge deve essere controbilanciata dalle finalità rieducative della pena.

## PARTE II

### L'INTEGRAZIONE EUROPEA IN MATERIA PENALE

1. Obiettivi e valori dell'Unione europea.- 2. I principi dell'Unione. Il principio di attribuzione.- 2.1 Il principio di sussidiarietà.- 2.2 Il principio di proporzionalità .- 2.3. Il principio di leale cooperazione.- 3. Quadro generale delle istituzioni dell'Unione europea.- 4. Le fonti dell'ordinamento UE.- 5. Le procedure legislative - 6. La cooperazione in materia penale.- 6.1 La competenza autonoma. – 6.2. La competenza penale accessoria.- 7. Il deficit di democraticità dell'Unione.- 8. Prevedibilità e accessibilità delle norme penali europee.- 9. I controlli sulle norme penali UE. – 10. L'obbligo di interpretazione conforme.

#### **1. Obiettivi e valori dell'Unione europea**

Gli obiettivi dell'Unione europea sono indicati nell'art. 3 TUE, il quale offre un quadro ampio e articolato dei valori e degli interessi<sup>262</sup> da realizzare e tutelare<sup>263</sup>.

Il rispetto di tali principi viene poi concretizzato dall'art. 2 TUE<sup>264</sup>, che, da un lato espressamente lo richiede quale condizione imprescindibile di nuovi Stati membri, dall'altro lo garantisce attraverso un procedimento sanzionatorio a carico degli Stati membri.

---

<sup>262</sup> Art. 3 TUE: *L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne (...). Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite.*

<sup>263</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 27-36.

<sup>264</sup> Art. 2 TUE: *L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.*

I valori della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei valori umani vengono posti a fondamento dell'Unione, sul presupposto (e con la conseguenza) che sono comuni agli Stati membri<sup>265</sup>.

A ciò logicamente segue, sotto un primo profilo, che le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione europea sono tenuti a rispettarli.

Sotto altro punto di vista, una enunciazione siffatta rimanda al patrimonio di civiltà giuridica e politica di tali Stati per una più precisa individuazione della portata dei suddetti valori.

Il valore dello stato di diritto è mutuato dalla moderna concezione dello Stato ed esprime la necessità che l'Unione e tutti gli altri soggetti coinvolti (le istituzioni, gli organi, gli organismi europei, gli Stati membri, persone fisiche e giuridiche), siano tenuti all'osservanza del diritto espresso nei Trattati, nel diritto derivato e in ogni altra norma applicabile nell'ordinamento europeo (tra cui anche la CEDU)<sup>266267</sup>.

In particolare, per ciò che attiene a questa trattazione, il valore della democrazia implica un rinvio ai principi cardine delle democrazie occidentali.

Esso richiede, senza alcuna necessità di un modello rigido, la garanzia di alcuni requisiti minimi e irrinunciabili, quale *in primis* la derivazione dei poteri pubblici dalla volontà popolare<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> In caso contrario, da un lato non è possibile per uno Stato essere ammesso nell'Unione (art. 49 TUE), dall'altro, uno Stato membro può essere sottoposto ad una procedura sanzionatoria, con conseguente sospensione di alcuni diritti (art. 7 TUE). Si aggiunga che l'azione esterna dell'Unione si fonda su tali valori che, ai sensi dell'art. 3 par. 5 e dell'art. 21 par. 1 TUE, l'Unione si prefigge di promuovere nel resto del mondo.

<sup>266</sup> Tale subordinazione è resa forse in maniera più chiara dall'espressione *rule of law* usata nel testo inglese del TUE.

<sup>267</sup> Il principio dello stato di diritto, ormai espressamente menzionato dal Trattato di Lisbona, era stato più volte riconosciuto quale operante nella Comunità europea. Può ricordarsi la sentenza della Corte di giustizia *Les Verts c. Parlamento* del 23 aprile 1986: " si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato".

<sup>268</sup> Un'utile indicazione può desumersi dall'art. 21 par. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata il 10 dicembre del 1948 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che rappresenta la pietra angolare di ogni sistema di protezione dei diritti umani: *La volontà popolare è il donamento dell'autorità del*

Per quanto concerne il riconoscimento del principio di democrazia in capo alla stessa Unione, esso va adattato ai peculiari caratteri di una istituzione che, pur non riducendosi ad una tradizione organizzazione internazionale, non può neppure assimilarsi a un'entità statale di tipo federale; in ogni caso, il suo riconoscimento non può prescindere da un ruolo centrale del Parlamento europeo, che si riflette in un pieno rispetto delle sue prerogative<sup>269</sup>.

Notiamo che l'art. 10, par. 1, afferma i principi democratici anzitutto nella forma della democrazia rappresentativa ("il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa"), per poi svilupparli nel par. 2, ribadendo la cosiddetta "duplice legittimità democratica"<sup>270</sup>: la legittimità "europea", che si manifesta nella rappresentanza diretta dei cittadini dell'Unione nel Parlamento europeo, e la legittimità "nazionale", cioè la rappresentanza indiretta dei popoli dei singoli Stati membri nell'ambito del Consiglio europeo e del Consiglio, attraverso i Capi di Stato o di governo<sup>271</sup>.

Quest'ultimi, essendo a loro volta responsabili verso i parlamenti nazionali, realizzano così una rappresentanza indiretta.

A ciò si aggiunga che, in seguito al Trattato di Lisbona, essi possono esercitare alcuni poteri all'interno dell'Unione, concretizzando una ulteriore forma di rappresentanza popolare diretta e in chiave nazionale<sup>272</sup>.

---

*governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione.*

<sup>269</sup> La Corte di giustizia, nella sent. *Roquette Frères c. Consiglio* del 29 ottobre 1980, ha dichiarato, con riferimento alla consultazione del Parlamento europeo, che quest'ultima "è lo strumento che consente al Parlamento l'effettiva partecipazione al processo legislativo della Comunità; questo potere costituisce un elemento essenziale dell'equilibrio istituzionale voluto dal Trattato; esso riflette, sia pure limitatamente, sul piano della Comunità, un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa".

<sup>270</sup> Art. 10, par. 1 e 2, TUE: *1. Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa. 2. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini.*

<sup>271</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 40- 41.

<sup>272</sup> Art. 12 TUE: *I parlamenti nazionali contribuiscono attivamente al buon funzionamento dell'Unione: a) venendo informati dalle istituzioni dell'Unione e ricevendo i progetti di atti legislativi dell'Unione in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; b) vigilando sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo le procedure previste dal protocollo sull'applicazione dei principi di*

## 2. I principi dell'Unione. Il principio di attribuzione

Le competenze dell'Unione sono individuate attraverso alcuni principi, i quali delimitano sia le competenze tra Unione e Stati membri, sia l'esercizio di tali competenze.

Il primo è quello definito all'art. 5, par. 2 TUE, il principio di attribuzione, in virtù del quale l'Unione agisce esclusivamente nei limiti dei poteri che le sono attribuiti dagli Stati membri mediante i Trattati (in tal senso si dice che sono “derivati” e non “originari”),<sup>273</sup> a conferma che l'Unione non vuole assurgere a “super Stato”<sup>274</sup>.

Ciò, in ogni caso, non vuol dire negare un'identità europea, ma più che altro vuol dire concepirla come l'incontro e il reciproco apprezzamento della ricchezza giuridica e culturale di cui ogni Stato è portatore.

Il rispetto del principio di attribuzione è sanzionato con l'illegittimità dell'atto viziato da incompetenza<sup>275</sup>, ad eccezione dei casi in cui siano gli Stati membri, con accordi singolo e indipendenti rispetto all'ordinamento dell'Unione, ad attribuire determinate funzioni alle istituzioni europee<sup>276</sup>.

---

*sussidiarietà e di proporzionalità; c) partecipando, nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore, in conformità dell'articolo 70 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ed essendo associati al controllo politico di Europol e alla valutazione delle attività di Eurojust, in conformità degli articoli 88 e 85 di detto trattato; d) partecipando alle procedure di revisione dei trattati in conformità dell'articolo 48 del presente trattato; e) venendo informati delle domande di adesione all'Unione in conformità dell'articolo 49 del presente trattato; f) partecipando alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e con il Parlamento europeo in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea.*

<sup>273</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. p. 67 ss.

<sup>274</sup> L'assenza di un intento federalistico è confermata dall'art. 4 par. 2 TUE, che dispone 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, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali”.

<sup>275</sup> Per esempio, con la sentenza del 5 ottobre 2000, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, la Corte di giustizia ha annullato la direttiva 49/93/CE del 1998 sul ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, la quale prevedeva una serie di divieti di pubblicità che non potevano essere prescritti in base all'art. 100 A, par. 1, del Trattato sulla Comunità europea (oggi art. 114 TFUE).

<sup>276</sup> Tale prerogativa è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza europea, per esempio nel 2012 nella sentenza *Pringle*, la Corte ha rilevato che dalla giurisprudenza emerge che “nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, gli Stati membri hanno il diritto di affidare alle istituzioni, al di fuori dell'ambito dell'Unione, compiti come il coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa o la gestione di un'assistenza finanziaria (...), a condizione che tali compiti non snaturino le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni”.

Il principio delle competenze di attribuzione è temperato dalla “clausola di flessibilità” prevista all’art. 352 TFUE, in base alla quale gli Stati, con un procedimento alquanto rigoroso, possono conferire competenze sussidiarie all’Unione, senza una formale modifica dei Trattati<sup>277</sup>, con alcune limitazioni: lo scopo deve già rientrare nel quadro delle politiche definite dai Trattati<sup>278</sup>, l’attribuzione non può comportare l’armonizzazione di disposizioni legislative e regolamenti degli Stati membri nei casi in cui i Trattati lo escludano, la procedura è del tutto esclusa in materia di politica estera e sicurezza comune<sup>279</sup>, infine non può riguardare situazioni puramente interne ad un singolo Stato membro.

Una consolidata giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in controtendenza rispetto al principio delle competenze di attribuzione, fa applicazione della “teoria dei poteri impliciti”, elaborata dalla Corte suprema degli Stati Uniti per ampliare le competenze dello Stato federale: secondo tale teoria, tra i poteri dell’Unione sono da ricomprendere anche quelli funzionali ai poteri espliciti<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Art. 352 TFUE: 1. *Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo;* 2. *La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo;* 3. *Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono;* 4. *Il presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune e qualsiasi atto adottato a norma del presente articolo rispetta i limiti previsti nell'articolo 40, secondo comma, del trattato sull'Unione europea.*

<sup>278</sup> La Corte di giustizia, nel parere 2/94 del 28 marzo 1996, ha affermato che “tale disposizione, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell’ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità”.

<sup>279</sup> A conferma che, malgrado l’apparente eliminazione dei “pilastri” dell’Unione, tale materia conserva una sua specificità che la sottrae alle regole generali operanti nell’ordinamento dell’Unione.

<sup>280</sup> Esempio è la sentenza del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, con la quale la Corte affermò la competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di trasporti.

## 2.1 Il principio di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà, previsto dall'art. 5, par. 3 TUE, delimita l'esercizio delle competenze dell'Unione e degli Stati membri, nelle materie di propria autorità: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".

Appare evidente che l'articolo in esame è espresso in maniera restrittiva, richiedendo, per l'intervento dell'Unione, che siano soddisfatte due condizioni: l'insufficienza dell'azione statale e il "valore aggiunto" dell'intervento.

Al riguardo si parla anche di principio di prossimità, nel senso che le decisioni concernenti il perseguimento degli obiettivi europei devono essere assunte al livello più adatto a consentire ai cittadini di esprimere le rispettive determinazioni<sup>281</sup>.

## 2.2 Il principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità, da tempo affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia, è oggi "codificato" all'art. 5, par. 4, TUE<sup>282</sup>: esso vincola l'Unione e gli Stati membri ad agire, nella forma e nel contenuto, nei limiti del necessario a perseguire gli obiettivi dei Trattati.

---

<sup>281</sup> Il legame tra il principio di sussidiarietà e quello di prossimità emerge esplicitamente dal preambolo del Trattato sull'Unione europea, nel quale gli Stati membri si riferiscono a una Unione "in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà".

<sup>282</sup> Art. 5, par. 4 TUE: *In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.*

Quanto alla forma, l'articolo si riferisce ai tipi di atti adottabili, con la conseguenza che essi devono avere la minore obbligatorietà possibile.

Addirittura, l'Unione deve astenersi dall'emanazione di un atto se l'obiettivo può essere raggiunto semplicemente promuovendo il principio del mutuo riconoscimento, in virtù del quale ciascuno stato dà, appunto, riconoscimento alle situazioni giuridiche conformi alla legge dello Stato nel quale sono venute a determinarsi<sup>283</sup>.

### 2.3 Il principio di leale cooperazione

Nei rapporti tra Unione e Stati membri un ruolo chiave è svolto dal principio di leale cooperazione espresso dall'art. 4, par. 2, 2° e 3° comma, TUE<sup>284</sup>.

Da tale principio la Corte UE ha ricavato, di volta in volta, una serie di specifici obblighi degli Stati.

Tra questi, in particolare, l'obbligo del giudice interno di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> Nella sentenza dell'8 giugno 2010, *Vodafone*, la Corte di giustizia ha affermato “non si tratta di accertare se una misura emanata in un determinato settore fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura medesima”.

<sup>284</sup> Art. 4, par. 2, 2° e 3° comma, TUE: *In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.*

<sup>285</sup> la Corte ha precisato nella sentenza 10 aprile 1984, *Von Colson e Kamann*, punto 26 della motivazione (causa 14/83, *Race*, pag. 1891), l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato.

All'obbligo di leale cooperazione è ricondotto anche il principio di assimilazione, espresso all'art. 352, par. 2, TFUE<sup>286</sup>, alla stregua del quale lo Stato membro deve sanzionare le violazioni del diritto dell'Unione analogamente a violazioni comparabili del diritto interno.

A tal proposito è emblematica la sentenza del 16 giugno 2005 della grande sezione della Corte di giustizia, in relazione ad una questione pregiudiziale promossa dal Tribunale di Firenze: nel corso di un processo a carico di una maestra elementare accusata di maltrattamenti vari e percosse nei confronti dei suoi alunni, il giudice penale si era posto il problema se la mancata previsione nel codice di procedura penale della possibilità di acquisire la testimonianza dei bambini coinvolti tramite un incidente probatorio fosse in contrasto con una decisione quadro adottata dall'Ue nell'ambito del III pilastro.

La portata dell'affermazione dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno appare ancor più evidente in questo caso, considerando che con essa si consente di produrre effetti su un procedimento penale, e quindi di aggravare in esso la posizione dell'imputata, ad un atto emanato nell'ambito di una cooperazione caratterizzata ancora in senso internazionalistico<sup>287</sup>.

### **3. Quadro generale delle istituzioni dell'Unione europea**

L'art. 13, par. 1, TUE, dopo aver dichiarato gli obiettivi del quadro istituzionale dell'Unione (garantire la coerenza, l'efficacia e la continuità delle sue politiche e azioni), definisce come "istituzioni" alcuni organi di fondamentale importanza: il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea, la Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Corte dei conti; il prestigio di tale

---

<sup>286</sup> Art. 352, par. 2, TFUE: *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.*

<sup>287</sup> R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Ue e diritto comunitario*, in Riv. AIC.

qualifica si coglie nel dato che alcune disposizioni dei Trattati si riferiscono esclusivamente alle istituzioni (e non agli altri organi)<sup>288</sup>.

Il Consiglio europeo, formato dai massimi vertici degli Stati membri, i Capi di Stato o governo (nonché dal Presidente del Consiglio stesso e da quello della Commissione), resta in una posizione quasi di superiorità, sul piano politico, rispetto alle altre istituzioni: esso, infatti, assume, oltre ad atti formali sul piano giuridico, le decisioni concernenti lo sviluppo del processo di integrazione europea.

Il Parlamento, il Consiglio e la Commissione, rispettivamente rappresentative dei cittadini, dei governi degli Stati membri e dell'interesse complessivo dell'Unione, sono istituzioni destinate a operare nel quadro della funzione normativa, oltre che nella conclusione di accordi internazionali, approvazione del bilancio e altre importanti funzioni.

I rapporti tra le istituzioni sopramenzionate devono rispondere sia al principio di leale collaborazione *ex art. 13, par. 2 TUE*<sup>289</sup>, sia al principio di equilibrio istituzionale, ossia il rispetto delle reciproche competenze come risultanti dai Trattati<sup>290</sup>.

Le rimanenti istituzioni si caratterizzano per la piena indipendenza, trattandosi di istituzioni giudiziarie (Corte di giustizia), dell'autorità monetaria (Banca centrale europea) e di controllo dei conti (Corte dei conti)<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Per esempio, l'art. 265 TFUE attribuisce la legittimazione a proporre ricorsi "in carenza" dinnanzi alla Corte di giustizia alle "istituzioni europee". Anche nello Statuto della Corte di giustizia (costituente parte integrante dei Trattati) sono presenti norme che riguardano le istituzioni: a norma dell'art. 40, comma 1, le istituzioni possono intervenire nelle controversie proposte alla Corte, senza necessità di allegare un proprio interesse alla soluzione della controversia.

<sup>289</sup> Art. 13, par 2, TUE: *Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione.*

<sup>290</sup> Sentenza 22 maggio 1990, *Parlamento c. Consiglio*: "queste prerogative (del Parlamento) costituiscono uno degli elementi dell'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati. Questi hanno infatti instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni della Comunità secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidatele. Il rispetto dell'equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. Esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola".

<sup>291</sup> L'apparato dell'Unione europea comprende, inoltre, il Sistema europeo di banche centrali (SEBC), costituito dalla Banca centrale europea e dalle banche centrali nazionali (art. 282 TFUE), nonché altri organi bancari, quale la Banca europea per gli investimenti (art. 308 TFUE).

I Trattati istituiscono, inoltre, degli organi ausiliari: il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sono assistiti da un Comitato economico e sociale e da un Comitato delle regioni, che esercitano funzioni consultive (art. 13, par. 4, TUE).

In materia di cooperazione penale e di polizia vanno menzionati l'Unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea (Eurojust) e l'Ufficio europeo di polizia (Europol), entrambi regolati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli artt. 85 e 88, nonché l'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi di tecnologia dell'informazione (IT) nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA).

In particolare, l'istituzione di Eurojust quale organo dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, costituisce la risposta allo sviluppo di nuove forme di criminalità transnazionale<sup>292</sup>.

L'istituzione, nell'intento di migliorare la cooperazione giudiziaria, coadiuva le autorità nazionali degli Stati membri nel coordinarsi tra di loro, agevola le iniziative di cooperazione giudiziaria e assiste direttamente le autorità in queste attività (anche mediante l'organizzazione di "tavoli di lavoro comuni").

Eurojust, nella sua componente nazionale, si inserisce nell'ordinamento italiano attraverso le norme della legge n. 41 del 14 marzo 2005, che definiscono anche lo *status* e i poteri attuali del Membro Nazionale, che svolge una funzione di assistenza e supporto al Pubblico Ministero<sup>293</sup>.

L'art. 86 TFUE contempla la possibilità di istituire, nell'ambito di Eurojust, anche una Procura europea<sup>294</sup> per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nel cui ambito è già operativo l'OLAF (Ufficio europeo per la lotta alle frodi, costituito all'interno della Commissione); nel campo della cooperazione di polizia va poi

---

<sup>292</sup> Eurojust può operare in tutti i casi di criminalità grave ed organizzata, in particolare per tutte le forme di criminalità e i reati per i quali Europol è competente ad agire in qualsiasi momento.

<sup>293</sup> Sul punto, E. ZANETTI, *Eurojust e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2006.

<sup>294</sup> La proposta di regolamento istitutivo della Procura europea, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2013, è attualmente all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio.

menzionata l'Agenzia dell'Unione europea per la formazione dell'autorità di contrasto (CEPOL)<sup>295</sup>.

L'OLAF è un organismo indipendente, incaricato essenzialmente di eseguire indagini sulle condotte che recano pregiudizio al bilancio dell'Unione Europea e su quelle del personale delle Istituzioni Europee che integrano gravi irregolarità, se non addirittura illeciti, ancorché non comportino un pregiudizio al bilancio comunitario.

La competenza OLAF in materia di IVA è controversa, poiché solo una quota dell'imposta è di competenza comunitaria, cui si aggiunge la perdurante tendenza degli Stati a considerare l'IVA come una imposta essenzialmente nazionale.

Tali irregolarità, sia nelle entrate che nelle spese, in determinati casi possono anche integrare reati: in tal caso l'OLAF non conduce indagini penali, ma può, al termine della propria indagine o anche nel corso della stessa, informare la competente autorità giudiziaria.

Le due indagini, quella amministrativa OLAF e quella penale nazionale, possono anche proseguire in parallelo<sup>296</sup>.

#### **4. Le fonti dell'ordinamento UE**

L'ordinamento giuridico dell'Unione consta di una pluralità di fonti, al cui vertice si collocano, con il medesimo valore giuridico, il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

Sullo stesso piano di fonte primaria, ex art. 51 TUE, si pongono i protocolli e gli allegati ai Trattati, che ne costituiscono parte integrante.

---

<sup>295</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp.131- 135.

<sup>296</sup> A. VENEGONI, *OLAF – Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode*, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it), 14 febbraio 2014.

Mentre le dichiarazioni (degli Stati membri o delle istituzioni) allegare ai Trattati hanno valore puramente interpretativo.

La Corte di giustizia, nella causa *Parlamento c. Consiglio* del 28 novembre 2006, ha affermato che costituiscono inoltre disposizioni di diritto primario quelle contenute negli accordi di adesione con nuovi membri e le disposizioni ivi contenute.

Le cosiddette fonti di diritto derivato, ossia gli atti obbligatori che le istituzioni hanno il potere di emanare, ovvero regolamenti, direttive e decisioni, sono subordinate ai Trattati sono

Queste fonti, di regola, non possono modificare o abrogare le disposizioni contenute nei trattati istitutivi<sup>297</sup>.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia è da ritenere che il rango subordinato di detti atti comporta non solo che questi debbano rispettare i Trattati, ma anche che debbano essere interpretati in armonia con Trattati e con i diritti e principi fondamentali del diritto dell'Unione<sup>298</sup>.

Il sistema di diritto derivato è meno nitido, in quanto è assente una gerarchia questo tipo di fonti, salvo i casi di atti delegati di portata generale (art. 290 TFUE) e gli atti che siano esecutivi di un altro (art. 291 TFUE).

Parimenti i Trattati non consentono di operare alcuna distinzione tra atti adottati con la procedura legislativa ordinaria, atti adottati con le procedure legislative speciali e atti emanati dal Consiglio senza consultare il Parlamento europeo<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> La subordinazione delle fonti di diritto derivato risulta espressamente dall'art. 263, comma 2, TFUE, il quale pone tra le cause di invalidità degli atti dell'Unione, suscettibili di determinare l'annullamento, la "violazione dei Trattati".

<sup>298</sup> Sentenza 19 settembre 2013, *Commissione c. Strack*: "secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso, in particolare, con le disposizioni della Carta".

<sup>299</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 253- 254.

## 5. Le procedure legislative

A questo punto appare opportuno accennare brevemente al funzionamento delle varie procedure legislative.

La procedura legislativa ordinaria, comunemente denominata procedura di “codecisione”, è regolata dall’art. 294 TFUE ed è finalizzata all’adozione di un regolamento, direttiva o decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta della Commissione.

La proposta della Commissione, inviata simultaneamente al Parlamento europeo e al Consiglio, segna l’avvio della procedura, con una “prima lettura” della proposta da parte di questi ultimi.

Il Parlamento adotta la sua posizione e la trasmette al Consiglio; se questo l’approva l’atto è adottato, mentre, in caso contrario, il Consiglio trasmette la sua posizione al Parlamento, avviando la fase di “seconda lettura”: entro tre mesi dalla comunicazione della posizione del Consiglio, il Parlamento può approvare tale posizione e quindi l’atto è adottato (a tale ipotesi è equiparato il silenzio-assenso del Parlamento); al contrario, se, entro il suddetto termine, il Parlamento respinge (a maggioranza dei suoi membri) la posizione del Consiglio, l’atto si considera non adottato.

Infine, il Parlamento può proporre (sempre a maggioranza) emendamenti, che entro tre mesi devono essere approvati dal Consiglio, in alternativa, entro sei settimane viene convocato un comitato di conciliazione: se entro sei settimane dalla sua convocazione, il comitato non approva un progetto, l’atto si considera non adottato; altrimenti, si avvia una “terza lettura”, che, per ritenere l’atto approvato, deve concludersi entro ulteriori sei settimane.

L’art. 289, par. 2, TFUE contempla procedure legislative “speciali”, diverse da quella *ex art.* 294, caratterizzate dallo sbilanciamento del rapporto tra Parlamento europeo e Consiglio, a favore dell’uno o dell’altro.

Di regola, è il Consiglio che decide di adottare un regolamento, una direttiva o una decisione e, in questi casi, la consultazione del Parlamento è prescritta come obbligatoria: ciò comporta che il Consiglio è sì vincolato a chiedere al Parlamento europeo il parere sul progetto, ma esso resta poi del tutto libero di accettare o meno tale parere<sup>300</sup>.

Da tale *iter* si evince che il cuore della normativa in tema di procedura legislativa ordinaria consiste nella ricerca di un atto condiviso tra il Parlamento e il Consiglio, cui contribuisce, in veste di conciliatore, la Commissione<sup>301</sup>.

Concludendo sul punto, il sistema del diritto dell'Unione si arricchisce con una serie di altre fonti, quali accordi conclusi con Stati terzi o organizzazioni internazionali, il diritto internazionale generale e i principi generali dell'Unione creati dalla giurisprudenza, che, come sarà più approfonditamente illustrato nella terza parte di questo capitolo, rappresentano una categoria alquanto eterogenea, che neppure la Corte di giustizia ha precisamente inquadrato nell'ordinamento UE.

## **6. La cooperazione in materia penale**

Con il trattato di Lisbona, come si è avuto modo di evidenziare nel capitolo precedente, è stato abolito il sistema dei pilastri e l'Unione europea ha proceduto alla creazione di uno spazio comune di giustizia penale.

Tutto ciò, insieme alle conclusioni della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005, segna il passaggio a una fase nuova dei rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto penale.

---

<sup>300</sup> Sent. 29 ottobre 1980, *Roquette Frères c. Consiglio*: “La regolare consultazione del Parlamento nei casi previsti dal Trattato è quindi una formalità sostanziale, la cui inosservanza implica la nullità dell'atto considerato. In proposito, si deve precisare che l'osservanza di detta formalità esige che il Parlamento esprima effettivamente la propria opinione; tale esigenza non si può considerare soddisfatta da una semplice richiesta di parere da parte del Consiglio. A torto, quindi, il Consiglio indica, fra i “visti” del preambolo del regolamento (...), la “consultazione” del Parlamento”. Quindi occorre che il parere sia effettivamente dato, pena l'illegittimità dell'atto eventualmente emanato. Sia pure eccezionalmente, il Consiglio può emanare l'atto in assenza del parere del Parlamento qualora quest'ultimo ritardi eccessivamente nel darlo.

<sup>301</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 228- 234.

L'avvio dei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale è caratterizzato dalla diffusa consapevolezza che il diritto penale non rientra nelle competenze della Comunità europea ma in quella di ciascuno Stato membro.

Tuttavia, questa affermazione non ha impedito che si evidenziassero un complesso di «fisiologici snodi fra ordinamento comunitario e sistemi penali nazionali».

Il diritto comunitario produce comunque degli effetti sui sistemi penali degli Stati membri, soprattutto attraverso la limitazione della sfera di applicazione di talune disposizioni incriminatrici: sono i cosiddetti “effetti riflessi”, con lui la dottrina italiana indica quel fenomeno che ricollega alla circostanza che in numerosi settori della vita economica la norma penale interviene in funzione sanzionatoria di discipline extrapenali (anche se non sempre ricorrendo alla tecnica della fattispecie penale in bianco); in tali ipotesi l'incidenza della normativa comunitaria nei settori extrapenali presi in considerazione non potrà non esercitare talune influenze sulle disposizioni sanzionatorie<sup>302</sup>.

In secondo luogo, col nascere delle Comunità europee emergono una serie di beni giuridici che appaiono "meritevoli" e "bisognosi" di una protezione penale.

Tali interessi possono essere distinti in due grandi categorie: i beni propriamente istituzionali, cioè necessari per l'esercizio delle competenze e dei poteri sovranazionali attribuiti all'Unione; e gli interessi che nascono dall'attività normativa della Comunità<sup>303</sup>, in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico e all'affermazione delle libertà fondamentali, che devono necessariamente riflettersi anche sui profili sanzionatori delle regolamentazioni nazionali.

---

<sup>302</sup> Così, ad esempio, l'eventuale diretta caducazione della precedente regolamentazione da parte della normativa comunitaria renderà di regola inapplicabili le disposizioni incriminatrici. Ad eguali conclusioni deve pervenirsi nei casi in cui la preesistente disciplina nazionale risulti incompatibile con la regolamentazione della materia operata dalla fonte comunitaria; anche in questa ipotesi risulteranno inapplicabili le relative fattispecie penali.

<sup>303</sup> Si è fatto a questo riguardo riferimento alla tutela del mercato europeo dei capitali, alla disciplina societaria, alla tutela dell'ambiente e alla lotta d'immigrazione clandestina. Si nota correttamente come questi interessi costituiscono degli interessi comuni propri dei singoli Stati, ma che hanno acquistato una dimensione ed una rilevanza europea proprio per effetto dell'attività normativa dell'Unione.

Vengono quindi a determinarsi delle fisiologiche connessioni tra diritto comunitario e diritto penale, che, come anticipato dallo Stella, è diventato uno dei temi centrali della «vita delle istituzioni comunitarie»<sup>304</sup>.

In questo contesto, caratterizzato, come abbiamo visto, da nuove esigenze di protezione penale sovranazionale, si inserisce il Trattato di Lisbona, che ha introdotto nuove norme in materia penale nell'ambito del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, intitolato "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

Si tratta di una novità particolarmente significativa che, positivizzando i principi generali in precedenza elaborati dalla Corte di Giustizia, rappresenta, per il momento, il punto di approdo delle competenze in materia penale dell'Unione europea.

### **6.1 La competenza penale *autonoma***

All'interno del Trattato di Lisbona, il nucleo centrale della competenza penale dell'Unione europea si rinviene nell'art. 83, par.1, TFUE, in base al quale Il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire "norme minime", concernenti le gravi forme di criminalità transfrontaliera<sup>305306</sup>.

Fanno eccezione taluni settori normativi, in relazione a violazioni non particolarmente gravi, nei casi in cui tali violazioni siano contraddistinte nei singoli Paesi

---

<sup>304</sup> G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in Studi in onore di M. Romano, IV, Napoli, 2011, cit. pp. 2307- 2311.

<sup>305</sup> A. BERNARDI, La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012, cit. pp. 43 ss.

<sup>306</sup> La consapevolezza dell'assoluta necessità di combattere in ambito europeo la criminalità transnazionale ha indotto a conferire un carattere autonomo alla competenza penale dell'Unione qui considerata: da un lato, infatti, tale competenza, non necessita della previa esistenza di norme europee a carattere extrapenale bisognose di tutela, potendo in ogni momento autolegittimarsi in funzione di lotta alle più insidiose manifestazioni espressive della criminalità in questione; dall'altro lato, la suddetta competenza penale UE ha assunto una spiccata autonomia funzionalista, in quanto non è più prioritariamente finalizzata alle esigenze di coordinamento tra le autorità deputate a contrastare i reati.

membri da discipline talmente diverse da ostacolare una loro prevenzione e repressione sufficientemente conforme in tutto il territorio dell'Unione.

Sempre l'art. 83, par. 1, contiene, nel suo comma 2, una elencazione delle suddette sfere criminali, dalla quale è agevole desumere come i poteri penali dell'Unione ivi previsti assumano una notevolissima rilevanza politico-criminale.

Rilevanza ancor più evidenziata dal comma 3, in base al quale il Consiglio può deliberare all'unanimità di adottare una decisione volta ad individuare ulteriori sfere criminali destinate a rientrare nella competenza penale autonoma dell'Unione.

Tale competenza, essendo circoscritta a specifiche sfere di criminalità, le quali in futuro potranno essere integrate solo attraverso una decisione presa dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, risulta dunque pienamente controllabile da ogni singolo Stato membro e, soprattutto, improntata al principio di democrazia.

Alla luce di ciò, la competenza penale *autonoma* non pone dunque problemi né rispetto al principio di sussidiarietà *ex* all'art. 5.3 TUE né rispetto al principio di *extrema ratio ex* art. 5.4 TUE<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> Art. 5, par. 3 e 4, TUE: 3. *In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.*

## 6.2 La competenza penale *accessoria*

Ben più complessa e problematica, nella pratica, appare la competenza penale “accessoria” prevista dall’art. 83, par. 2, il quale stabilisce che, con direttive, possono essere introdotte norme minime nei settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, qualora tali misure siano ritenute indispensabili per garantire l’attuazione efficace della politica dell’Unione in tali settori.

Il carattere accessorio della competenza penale UE prevista dall’art. 83.2 TFUE discende altresì dal fatto che attraverso di essa si possono, a certe condizioni, ravvicinare le risposte punitive adottate ad iniziativa degli Stati membri, consentendo che nei rispettivi settori normativi il processo di ravvicinamento investa anche il versante sanzionatorio.

Tant’è che, oltre la competenza a descrivere gli elementi oggettivi e soggettivi della infrazione penale (nonché a talune scelte in ordine alle forme di manifestazione del reato), con riferimento alla pena applicabile, le norme accessorie possono altresì predisporre il tipo e il *quantum* di sanzione applicabile<sup>308</sup>.

L’esplicito riconoscimento nel TFUE di una competenza che sembra destinata ad espandersi parallelamente alla evoluzione dei settori di competenza extra-penali dell’Unione, con ambiti applicativi potenzialmente più vasti di quelli della competenza penale autonoma, risulta tuttora non facilmente digeribile da parte dei Paesi membri.

Tali difficoltà derivano dall’attitudine delle suddette norme minime a sacrificare la discrezionalità nazionale.

Il caso emblematico è quello in cui la competenza penale accessoria dell’Unione abbia ad oggetto precetti extrapenali previsti in regolamenti, cui verosimilmente, a fronte del carattere tecnico di questi ultimi, le norme di trasposizione nazionale rinverranno.

A differenza della competenza prevista dall’art. 83, par. 1, TFUE, la competenza penale accessoria può intervenire rispetto a qualsiasi settore che è stato oggetto di misure

---

<sup>308</sup> A. BERNARDI, La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012, cit. pp. 33- 36.

di armonizzazione e anche nei settori oggetto di competenza esclusiva e il limiti dell'indispensabilità a garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione non rassicura circa un ricorso poco parsimonioso a misure europee d'armonizzazione penale<sup>309</sup>.

Auspicabilmente, per far fronte a tali preoccupazioni, le prescrizioni delle direttive dovrebbero essere improntate ad una certa flessibilità, al fine di lasciare ai Paesi membri discrezionalità nella precisazione dei precetti e delle sanzioni, per consentire agli stessi di tener conto delle reciproche differenze circa il livello di effettività delle rispettive comminatorie edittali.

Passando ora ai limiti contenutistici delle norme (riguardante invero sia la competenza autonoma che accessoria,) e precisato che i Trattati delimitano la competenza a specifici settori di parte speciale, alle norme penali minime europee non è dato di intervenire su questioni di parte generale o puramente dogmatiche<sup>310</sup>.

I condizionamenti prodotti dalle norme penali europee potranno, semmai, indirettamente vincolare gli Stati rispetto a talune scelte di sistema, qualora, ad esempio, una data norma penale europea obblighi gli Stati membri a punire i reati da essa previsti anche a titolo di tentativo: tale norma obbligherà molti di tali Stati a non etichettare quei reati come contravvenzioni (non punibili nella forma tentata).

---

<sup>309</sup> A giudizio di una parte della dottrina (si veda, per esempio, R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*) poi, ulteriori motivi di preoccupazione circa il fatto che la competenza penale accessoria possa implicare uno smodato ricorso a norme penali di origine europea contrastanti col principio di *extrema ratio* sarebbero dovuti al possibile divario valutativo tra Unione e singoli Stati membri circa l'intrinseca gravità dei comportamenti per i quali sono richieste forme di intervento penale, ovvero circa i rispettivi giudizi di meritevolezza del ricorso alla sanzione criminale in relazione ai suddetti comportamenti: il giudizio di necessità o indispensabilità di pena sarebbe rapportato ad esigenze di effettività di norme extrapenali UE anziché ad esigenze di protezione dei beni giuridici sottostanti alle suddette norme.

<sup>310</sup> Per esempio, non dovrebbero imporre ai singoli sistemi penali degli Stati membri di accogliere una certa definizione o concezione di dolo estranea alla tradizione nazionale, ovvero di rendere punibili sempre e comunque le forme di tentativo inidoneo o di concorso di persone inidoneo, le quali come si sa sono ammesse in taluni sistemi penali nazionali (come quello tedesco) e sono invece respinte in altri (come quello italiano).

## 7. Il *deficit* di democraticità dell'Unione

È pacifico che il principio di legalità in ambito europeo<sup>311</sup> contenga anche il corollario della democraticità: in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto primario dell'Unione non contiene solo principi di diritto scritto, ma anche i principi di diritto non scritto ricavati dalle Costituzioni degli Stati membri<sup>312</sup>.

La procedura legislativa ordinaria, prevista per la maggior parte delle fonti normative europee, abbiamo visto che presenta quel carattere democratico richiesto per le norme a contenuto penale.

Il problema del *deficit* di democraticità non si pone tanto nell'ambito della competenza penale autonoma dell'Unione, in quanto le direttive sono sempre varate secondo la procedura legislativa ordinaria, quanto nelle ipotesi di competenza penale accessoria.

Infatti, le relative direttive d'armonizzazione penale sono adottate secondo la procedura legislativa, sia essa ordinaria o speciale, utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione extrapenale.

Ora, con riguardo a quelle adottate con procedura legislativa ordinaria, la dottrina penalistica italiana ritiene poco rassicurante l'asserito obbligo degli Stati di trasporre le direttive, poiché il legislatore nazionale ha il margine di discrezionalità lasciategli dalla direttiva stessa<sup>313</sup>.

Per altro verso, è stato anche messo in luce che il Parlamento europeo non esprime un livello di democraticità equiparabile a quello proprio dei Parlamenti nazionali, a causa

---

<sup>311</sup> Contenuto all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7 CEDU.

<sup>312</sup> A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012, cit. pp. 21- 24.

<sup>313</sup> Ciò in ogni caso non esonera gli Stati membri dall'adottare meccanismi di trasposizione delle direttive il più possibile democratici e, se del caso, rispettosi del principio di riserva di legge. Al riguardo, non si può tuttavia far a meno di ricordare che i suddetti meccanismi risultano spesso per molti aspetti criticabili (R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*).

della mancanza sia di un “popolo europeo “in senso proprio sia di liste transnazionali per l’attribuzione dei seggi europei.

Passando poi ai casi in cui le misure di armonizzazione extrapenale sono adottate tramite procedure legislative speciali, nelle quali, come abbiamo visto, in gran parte dei casi il Parlamento europeo si limita ad essere consultato, la carenza di democraticità appare lampante<sup>314</sup>.

## **8. Prevedibilità e accessibilità delle norme penali europee**

Diversamente dal corollario della democraticità, i problemi posti dal corollario della prevedibilità si ripropongono in termini analoghi riguardo alle norme prodotte sia nel quadro della competenza penale autonoma che in quella accessoria<sup>315</sup>.

In sede legislativa, alle norme penali comunitarie contenute in direttive d’armonizzazione accessoria, non può essere richiesto il medesimo livello di chiarezza e precisione proprio delle corrispondenti norme nazionali di trasposizione, necessitando di precisazione nei singoli Paesi membri.

Il problema concerne, più che altro, la capacità del legislatore europeo di ideare norme penali minime che non richiedano, nell’attività di trasposizione del legislatore nazionale, un eccessivo sforzo di adattamento<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Per esempio, nel campo della tutela ambientale (artt.191-193 TFUE) è prevista sia la procedura legislativa ordinaria ex art. 192, par.1, ma anche, in specifici sottosectori, una procedura legislativa speciale, previa consultazione del Parlamento europeo.

<sup>315</sup> A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012, cit. pp. 25- 30.

<sup>316</sup> In Italia l’attività di trasposizione ha deprecabilmente assunto nei fatti le vesti di una mera, più o meno letterale trascrizione anche in molti altri casi, sia quando in sede di adattamento del diritto europeo al diritto interno si è fatto ricorso al binomio legge-delega/decreto legislativo, sia persino quando si è optato per il meccanismo dell’attuazione diretta, fra tutti quello più in linea col principio della riserva di legge (A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012).

Quanto alla prevedibilità in sede applicativa, essa non riguarda le norme penali minime contenute nelle direttive (non direttamente applicabili), ma solo le norme penali nazionali di trasposizione utilizzate nell'ambito dell'attività giurisdizionale interna<sup>317</sup>.

Riguardo alla questione della accessibilità delle norme (intesa come materia reperibilità e comprensibilità delle stesse) espressive della competenza penale accessoria dell'Unione, in linea tendenziale, le norme penali minime contenute in una direttiva europea presentano una meno acuta esigenza di accessibilità rispetto alle norme nazionali di trasposizione.

Infatti, solo le seconde si rivolgono ai cittadini dei Paesi membri, mentre le prime sono dirette agli Stati che devono trasporle.

In una certa misura tuttavia permane l'esigenza che le norme penali contenute in direttive debbano avere un sufficiente tasso di accessibilità: come la prassi ha evidenziato, il legislatore nazionale tende punire le violazioni di precetti extrapenali di fonte europea rinviando ai suddetti precetti, aumentando così il rischio che i difetti strutturali delle norme contenute in direttive tendano a riproporsi nelle norme nazionali di trasposizione.

## **9. I controlli sulle norme penali UE**

Rinviando al capitolo successivo per una trattazione più approfondita circa le risposte dei giudici e della dottrina italiana all'operare dell'Unione europea in materia penale, basti in questa sede rilevare che un contrappeso è costituito dai principi di

---

<sup>317</sup> “L'interpretazione ragionevole della norma penale nazionale di derivazione europea da parte del giudice interno risulta a sua volta condizionata dalla interpretazione ragionevole della norma penale minima europea da parte dei giudici di Lussemburgo. Senonché, come ho già avuto modo di osservare in taluni miei risalenti lavori in tema di diritto penale europeo, talora neppure l'interpretazione data dalla Corte di giustizia offre una risposta chiara ed univoca all'organo interno, ma al contrario risulta fonte di ulteriori dubbi e insicurezze. Addirittura – complici talora le carenze del giudice nazionale nel formulare le questioni pregiudiziali di interpretazione – non sono mancate pronunce della Corte di giustizia in cui i criteri da essa forniti a tale giudice per la soluzione dei casi in questione sono risultati talmente elastici e opinabili da lasciare, verosimilmente, aperto il campo a ogni possibile soluzione” (A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012).

sussidiarietà e di proporzionalità sanciti, rispettivamente, dall'art. 5 par. 3 e 5 par. 4 TUE<sup>318</sup>.

In virtù del principio di sussidiarietà ex art. 5, par. 3, TUE, l'intervento dell'Unione nei settori che non sono di sua competenza esclusiva è subordinato alla condizione per la quale gli obiettivi dell'azione non possono essere raggiunti in misura soddisfacente dagli Stati membri; quello di cui all'art. 5, par. 4, TUE, limita l'azione a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.

Tutto ciò, visto anche alla luce dell'art. 83, par. 2, TFUE che limita il ricorso alle norme d'armonizzazione accessorie alla indispensabilità delle stesse nella prospettiva di una efficace tutela delle politiche dell'Unione, sembrerebbe evidenziare la volontà di ridurre il meccanismo della competenza penale accessoria<sup>319</sup>.

Nella pratica, le norme penali minime di armonizzazione accessoria tendono ad erodere il potere discrezionale del legislatore nazionale chiamato a darne attuazione<sup>320</sup>.

Ai parlamenti nazionali è affidato il compito di vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà<sup>321</sup>, mentre il rispetto di entrambi è delegato a un controllo successivo da parte della Corte di giustizia<sup>322</sup>.

Considerato che la prassi dei giudici di Lussemburgo è stata quella di valutare in primo luogo non già se l'azione intrapresa a livello nazionale risultasse sufficiente a raggiungere gli obiettivi perseguiti, bensì se tali obiettivi potessero essere meglio realizzati a livello europeo, più agevole risulterà l'azione di controllo preventivo operabile dai

---

<sup>318</sup> A. BERNARDI, La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012, cit. pp. 39- 42.

<sup>319</sup> Questo incremento dei vincoli posti dall'art. 83, par.2, alla competenza penale accessoria ben si spiega alla luce sia della natura penale dei relativi testi europei, sia dell'ampiezza dei settori normativi coinvolti, sia infine degli angusti spazi lasciati alla discrezionalità dei legislatori nazionali in sede di trasposizione.

<sup>320</sup> Infatti in sede di armonizzazione accessoria le norme penali di fonte europea tendono inevitabilmente a incanalarsi entro gli argini costituiti dalle norme extrapenali UE di cui esse mirano a garantire l'effettività.

<sup>321</sup> A tal fine, occorrerebbe interpretare l'incipit dell'art. 83, par. 2 TFUE (*Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale*) come se tale norma recitasse: *Allorché il ravvicinamento delle (preesistenti) disposizioni penali degli Stati membri*.

<sup>322</sup> La scelta di prevedere rispetto al principio di proporzionalità solo un controllo giurisdizionale è stata generalmente motivata dalla considerazione del carattere meramente giuridico del primo di tali principi.

Parlamenti nazionali nei confronti dei progetti di atti legislativi dell'Unione ritenuti non rispettosi del principio di sussidiarietà<sup>323</sup>.

Tuttavia, ai pareri motivati dei Parlamenti nazionali non segue automaticamente il ritiro del progetto, ma il suo riesame, al termine del quale l'organo che ha avanzato il progetto può decidere se mantenerlo, modificarlo o ritirarlo (raramente il legislatore europeo decide di non sottoporre il progetto a un ulteriore esame).

## 10. L'obbligo di interpretazione conforme

In forza del primato del diritto comunitario, costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, si impone al giudice interno di applicare, anche d'ufficio, la norma comunitaria immediatamente precettiva, se del caso disapplicando la norma interna contrastante<sup>324</sup>.

Nel caso di dubbio sulla compatibilità della disciplina europea, il giudice ordinario dovrà adire la Corte di giustizia.

Laddove invece la norma europea non soddisfi il requisito dell'immediata applicabilità, cioè sia priva dei requisiti di competenza, precisione e "incondizionatezza" (situazione frequente nel campo penalistico), il giudice dovrà addivenire a una interpretazione conforme del diritto interno a quello dell'Unione.

---

<sup>323</sup>Vero è peraltro che i suddetti principi sono tradizionalmente caratterizzati da un assai elevato tasso di discrezionalità: sia per quanto concerne la valutazione della insufficienza delle normative nazionali e della migliore adeguatezza dell'azione dell'Unione per il conseguimento degli obiettivi previsti, sia per quanto concerne la stretta necessità dell'azione dell'Unione. Tuttavia, nell'attività di riforma dei Trattati, non mancano segnali sintomatici di una più avvertita attenzione al principio di sussidiarietà quando le norme europee chiamate a rispettarlo hanno contenuto penale. In particolare, l'art. 67 TFUE ricorda che la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve avvenire nel rispetto non solo dei diritti fondamentali, ma anche dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Inoltre anche tutta una serie di testi di soft law prodotti dalle diverse istituzioni UE dimostrano di voler prendere sul serio il principio di sussidiarietà, per esempio individuando una vasta gamma di elementi attraverso i quali ricavare la reale necessità dell'intervento penale dell'Unione.

<sup>324</sup> F. R. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in Riv. Cassazione Penale, cit. p. 3055B.

Tuttavia, occorre rilevare come l'interpretazione conforme presupponga che il contenuto delle disposizioni nazionali consenta al giudice quella possibilità esegetica attraverso cui procedere all'armonizzazione della disposizione interna con quella comunitaria, ossia non deve risolversi in una interpretazione *contra legem*<sup>325</sup>.

Da ciò discende che l'obbligo di interpretazione conforme non può nemmeno condurre a una restrizione dei diritti, non potendosi inserire, il giudice nazionale, in vuoti di disciplina strutturalmente incompatibili con il riconoscimento di un diritto<sup>326</sup>.

Tale impostazione, nella prassi, non è stata sempre rispettata: si pensi al risultato ermeneutico raggiunto nella sentenza *Pupino*<sup>327</sup>, il cui il giudice nazionale ha derogato al principio di tassatività dei casi di incidente probatorio per osservare la direttiva 220/2001, così come interpretata dalla Corte europea, secondo cui il giudice deve poter interrogare bambini vittime di maltrattamenti con modalità che permettano di garantire loro un adeguato livello di tutela.

Talvolta, addirittura, i giudici di Lussemburgo si spingono al punto di indicare al giudice il risultato da raggiungere mediante il criterio ermeneutico, realizzando, di fatto, l'abrogazione delle disposizioni nazionali: viene così a confondersi l'obbligo di interpretazione conforme con l'efficacia diretta delle norme comunitarie, alterando i limiti delle funzioni dell'organo giudicante.

Il sistema dell'interpretazione conforme si arricchisce di ulteriori complessità a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, all'art.6, prevede che l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che questa ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

---

<sup>325</sup> In questi casi, la stessa Corte di giustizia ha affermato il venire meno dell'obbligo di interpretazione conforme, non potendosi la stessa consentire in violazione della legge interna (sent. 10 aprile 1984, Von Colson). In senso contrario, la Corte di giustizia ha talvolta incoraggiato manipolazioni interpretative, incentivando ermeneusi *contra legem*. Si è infatti ritenuta la legittimità dell'interpretazione conforme anche quando, pur in presenza di un contrasto di una specifica norma interna con una fonte comunitaria, questo possa essere superato alla luce dell'intero diritto nazionale considerato nel suo complesso (sent. 16 giugno 2005, *Pupino*)

<sup>326</sup> L'obbligo di interpretazione conforme è un obbligo di mezzi e non di risultato. Il confine tra interpretazione e creazione normativa è affidato al senso istituzionale dei limiti del giudicante, il quale deve essere consapevole che, per volere costituzionale, è soggetto alla legge e non può esserne un produttore.

<sup>327</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), causa C-105/03, 16 giugno 2005.tta

Tra l'altro, il riferimento alla CEDU è comprensivo dei Protocolli addizionali nonché dell'interpretazione delle fonti europee fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia.

La stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha più volte sollecitato i giudici nazionali ad un'interpretazione del diritto interno conforme al diritto internazionale, partendo dalla presunzione di conformità del diritto interno al diritto internazionale, formalizzata in Italia attraverso le note modifiche dell'art. 117, comma 1, Cost<sup>328</sup>.

A fronte di un possibile contrasto tra una norma pattizia e una legge interna, il giudice dovrà interpretare quest'ultima conformemente ai contenuti della disposizione internazionale e, laddove fallisse, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna<sup>329</sup>.

Ne risulta un quadro normativo intricato di fonti, "districato" dalla Corte costituzionale nel solco delle già citate "sentenze gemelle".

La Consulta ha respinto l'ipotesi di "comunitarizzazione" delle fonti convenzionali, muovendo dall'art. 51 TUE, che stabilisce che la Carta si applica all'Unione e agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione<sup>330</sup>.

Nel giudizio circa la presunta illegittimità dell'art. 4 della legge n. 1423/1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575/1965 nella parte in cui non consentono che il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica, la parte privata

---

<sup>328</sup> La Corte Costituzionale ha precisato la portata applicativa del novellato art. 117, comma 1, Cost., distinguendo tra norme consuetudinarie e pattizie. Con riguardo alle prime, il citato articolo afferma la natura di norme interposte; viceversa, con riferimento alle norme pattizie, secondo la Consulta la novella costituzionale realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà forma e contenuto a quegli obblighi convenzionali genericamente evocati. Pertanto, il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost. diviene effettivamente operativo solo nel momento in cui vengono individuate le norme internazionali pattizie che concretizzano nelle singole fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali (Corte Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007).

<sup>329</sup> In particolare, il giudice *de legitimatae legum* ha rilevato come il contenuto degli obblighi internazionali scaturenti dalle fonti pattizie non possa essere desunto solo dal dato testuale, dovendosi ricavare dai contenuti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale gli Stati hanno riconosciuto, con l'art. 32 CEDU, il potere di interpretare autoritativamente gli strumenti medesimi. L'affermazione sembra rafforzarsi con l'obbligo, ex art. 46 CEDU, di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Cost., sent. n. 348/2007).

<sup>330</sup> Corte Cost., sent. n. 80 del 2011.

sosteneva che, in forza del Trattato di Lisbona, le norme della CEDU sarebbero divenute oggetto di diretta applicazione da parte del giudice comune<sup>331</sup>.

Il giudice delle leggi, confrontando il vecchio e il nuovo testo dell'art. 6 TUE, ha osservato che il richiamo alla CEDU contenuto nel nuovo art. 6 TUE non risulta realmente innovativo rispetto a quanto già ricavabile dalla precedente formulazione e dalla giurisprudenza comunitaria, non essendo riferibile alla CEDU il meccanismo incentrato sull'art. 11 Cost..

Tanto l'art. 6 TUE, quanto l'art. 51 della Carta dei diritti, escludono che la Carta possa estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione o modificare il riparto di competenze con gli Stati membri<sup>332</sup>.

Nel contesto giurisprudenziale descritto, risalta la sentenza *Kamberaj*, soprattutto perché, in questo caso, la fattispecie rientrava nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>333</sup>.

Nell'ordinanza di rinvio (emessa prima della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale) il Tribunale di Bolzano, muovendo dal presupposto che il nuovo testo dell'art. 6 TUE avesse comportato l'incorporazione nell'ordinamento dell'Unione della Convenzione europea, ha concluso che suqst'ultima avesse acquisito efficacia diretta.

Al contrario, la Corte di Lussemburgo ha affermato che l'art. 6 TUE "consacra" la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali, ma non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, né fornisce i criteri per risolvere le antinomie tra di essi<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> A.E. BASILICO, *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU ? Il punto di vista della Corte di giustizia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 25 novembre 2012, cit. pp. 7- 12.

<sup>332</sup> Quando una controversia non presenta alcun collegamento con l'ordinamento comunitario, quindi, restano «pienamente attuali» i principi affermati dalla giurisprudenza inaugurata con le «sentenze gemelle» ed è esclusa una disapplicazione della legge per contrasto con la CEDU.

<sup>333</sup> Corte di giustizia, causa c-571/2010, *Kamberaj*, 24 aprile 2012.

<sup>334</sup> La decisione della Corte di Lussemburgo non appare del tutto esauriente, non spiegando perché quella disposizione, che pure afferma in maniera chiara che i diritti garantiti dalla CEDU «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», non determini «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». La chiave di lettura della risposta della Corte risiede presumibilmente nella formulazione del quesito, che mirava a verificare se, in caso di conflitto tra una legge interna e la CEDU, il giudice nazionale potesse disapplicare la

Risposta prevedibile, se si rammenta che sono i diritti fondamentali e non la CEDU stessa a far parte del diritto comunitario<sup>335</sup>.

Sulla questione, come già sottolineato nel capitolo precedente, non vi sono ancora state pronunce risolutive da parte delle Corti.

Per altro, il vero problema riguarda la disapplicazione di una legge interna contrastante con il principio di non discriminazione, il quale impone che situazioni analoghe siano trattate ugualmente e che situazioni diverse non siano trattate allo stesso modo (salvo che ciò non sia obiettivamente giustificato), principio che è sancito dal diritto primario dell'Unione.

Sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto che il margine lasciato al legislatore statale per prevedere trattamenti diversi tra i propri cittadini e quelli provenienti da altri Stati membri, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, indurrebbe a escludere che il divieto di discriminazione sia sempre di per sé sufficiente a fondare la disapplicazione della norma interna incompatibile.

La Corte di giustizia, tuttavia, in alcune sentenze<sup>336</sup>, ha affermato che il giudice comune ha il dovere di garantire la piena efficacia del principio di non discriminazione,

---

prima «senza dovere previamente sollevare questione di costituzionalità innanzi alla Corte Costituzionale nazionale» (A.E. BASILICO, *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte di giustizia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 25 novembre 2012, cit. pp.9- 10).

<sup>335</sup> Confortano questa tesi le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot il quale, muovendo dal rilievo secondo cui «la competenza della Corte è limitata unicamente al vaglio delle disposizioni del diritto dell'Unione», ne trae la conseguenza che essa non è competente a pronunciarsi sulle modalità con le quali il giudice nazionale deve risolvere il contrasto tra una norma di diritto interno e la CEDU. Leggendo questo passaggio, si può ipotizzare che il motivo per cui il diritto comunitario non fonda il potere-dovere del giudice di disapplicare le leggi interne contrastanti con la CEDU è che quest'ultima, nonostante la nuova formulazione dell'art. 6 TUE, non è diritto dell'Unione e quindi non può vantare le qualità del primato e dell'effetto diretto che lo caratterizzano (A.E. BASILICO, *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte di giustizia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 25 novembre 2012, cit. p.10).

<sup>336</sup> Corte giust., sent. 2 febbraio 1989, C-186/87, Cowan :non è compatibile con il principio di non discriminazione, sancito in particolare dall'art. 7 TCE, una normativa che subordini la concessione di un indennizzo statale, inteso a risarcire il danno subito in detto Stato dalla vittima di un'aggressione che le abbia provocato una lesione personale, al requisito della titolarità di una tessera di residente od al requisito della cittadinanza di un paese che ha concluso con lo Stato membro stesso un accordo di reciprocità, «per quanto riguarda soggetti che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario». Corte giust., sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, Küçükdeveci: in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata.

disapplicando, se necessario, qualsivoglia disposizione contraria della normativa nazionale<sup>337</sup>.

La consapevolezza che gli obblighi di interpretazione conforme assumono un valore “derivato” rispetto alla fonte normativa da cui promanano, orienta l’interprete nell’ipotesi in cui diversi obblighi di interpretazione conforme di trovino a concorrere.

Il giudice interno, laddove si trovi davanti diverse letture comunitariamente, convenzionalmente e costituzionalmente obbligate, dovrà procedere nella consapevolezza che l’obbligo conformante assume valore prevalente o meno in base alla fonte da cui scaturisce<sup>338</sup>.

Se la disposizione da interpretare non è attratta nella materia di competenza comunitaria, il giudice dovrà adeguarsi a un’ermeneusi costituzionalmente conforme e, in subordine, a quella imposta dalla fonte convenzionale.

---

<sup>337</sup> Tuttavia, soprattutto se si considerano altri principi generali, permane comunque un’incertezza sui casi in cui il giudice possa disapplicare la legge interna quando la fattispecie rientra nell’ambito del diritto dell’Unione, perché vengono in rilievo atti comunitari, atti nazionali di attuazione o deroghe nazionali a norme comunitarie che si assume siano giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali.

<sup>338</sup> Al tal fine, il diritto comunitario, in forza degli artt. 11 e 117, comma 2, Cost., è preordinato, quanto a gerarchia, alla Carte dei valori ma è da ritenersi sovraordinato per competenza e quindi prevalente rispetto alla fonte costituzionale (fatta eccezione dei cosiddetti contro limii).

## PARTE III

### IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. L'apparato giudiziario dell'Unione europea. - 2. La competenza in via pregiudiziale. - 3. Oggetto del rinvio pregiudiziale. - 4. Condizioni di ricevibilità della domanda. - 5. Cenni procedurali. - 6. Stile delle sentenze. - 7. Gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia. - 8. Il valore del precedente della Corte di giustizia. - 9. Un paragone tra il precedente comunitario in Italia e in Inghilterra.

#### **1. L'apparato giudiziario dell'Unione europea**

Da quanto detto finora emerge che la giurisprudenza della Corte di giustizia sta assumendo, nel corso degli anni e specialmente in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un ruolo sempre più centrale nel panorama normativo europeo.

Pensando all'impatto che ha avuto nel nostro ordinamento la sentenza della Corte nel caso *Taricco* e alle reazioni, forti e variegate, da questa scaturite, risulta evidente come sia imprescindibile, al fine di comprendere le problematiche legate a tale *dictum*, una analisi delle funzioni della Corte di Lussemburgo in tema di rinvio pregiudiziale.

Prima di passare al fulcro delle questioni, è necessaria una breve premessa sull'apparato giudiziario dell'Unione europea.

Come la Corte stessa ha dichiarato, l'Unione è una “comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato”<sup>339</sup>.

Per garantire tale controllo sull'osservanza della *rule of law*, i Trattati istituiscono un sistema giudiziario composto dalla Corte di giustizia, dal Tribunale e dai tribunali

---

<sup>339</sup> Corte di giustizia, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, 23 aprile 1986.

specializzati, i quali, ai sensi dell'art. 19, par. 1, comma 1, TUE, prendono complessivamente il nome di Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>340</sup>.

La Corte di giustizia ha sempre svolto, come prima si accennava, un ruolo creativo nello sviluppo del diritto dell'Unione e, in alcuni casi, di supplenza rispetto alle istituzioni, dando contributi decisivi per il superamento di fasi di stallo.

La Corte di giustizia (intesa quale organo giudiziario) e il Tribunale non si pongono su un piano gerarchico e le rispettive competenze sono fissate in base ai Trattati e dallo Statuto della Corte stessa, contenuto nel Protocollo n. 3.

La ripartizione, effettuata primariamente dall'art. 256 TFUE, si basa solo in parte sull'oggetto del ricorso, fondandosi prevalentemente su elementi soggettivi, o meglio sulla circostanza che il ricorrente sia una persona fisica o giuridica (nel qual caso è sempre competente il Tribunale), un'istituzione (con conseguente competenza esclusiva della Corte) o uno Stato membro, i cui ricorsi rientrano nella competenza della Corte, salvo il caso in cui siano diretti contro la Commissione ( ad eccezione dell'art. 331, par. 1, TFUE) o contro il Consiglio (nei casi *ex art. 51*, comma 1, lett. a) dello Statuto della Corte)<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 323- 328.

<sup>341</sup> Articolo 256: 1. Il Tribunale è competente a conoscere in primo grado dei ricorsi di cui agli articoli 263 (legittimità atti), 265 (carenza), 268 (risarcimento danni), 270 (ricorsi dei funzionari) [...], ad eccezione di quelli attribuiti a un tribunale specializzato istituito in applicazione dell'articolo 257 e di quelli che lo statuto riserva alla Corte di giustizia. Lo statuto può prevedere che il Tribunale sia competente per altre categorie di ricorsi. Le decisioni emesse dal Tribunale ai sensi del presente paragrafo possono essere oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia per i soli motivi di diritto e alle condizioni ed entro i limiti previsti dallo statuto. Articolo 51 Statuto: In deroga alla norma di cui all'articolo 256, paragrafo 1, del TFUE, sono di competenza della Corte di giustizia i ricorsi previsti agli articoli 263 e 265 del TFUE, proposti da uno Stato membro: a) contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo o del Consiglio o di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente, salvo che si tratti:[...] - di atti del Consiglio con cui quest'ultimo esercita competenze di esecuzione ai sensi dell'articolo 291, par. 2 del TFUE; [in questo caso il ricorso deve essere presentato al Tribunale] b) contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi della Commissione ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, del TFUE [questioni concernenti la richiesta di uno Stato di partecipare a una cooperazione rafforzata avviata in precedenza da altri Stati membri]. Sono altresì di competenza della Corte i ricorsi, previsti nei medesimi articoli, proposti da un'istituzione dell'Unione contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio, di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente, o della Commissione, e da un'istituzione dell'Unione contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi della Banca centrale europea.

Le competenze giudiziarie non menzionate dall'art. 256 TFUE, come per esempio la procedura di infrazione contro Stati membri<sup>342</sup>, ricadono nella competenza della Corte di giustizia, per le quali, quindi, non sussiste un doppio grado di giurisdizione.

Spetta inoltre alla Corte di giustizia la competenza pregiudiziale (o di rinvio) regolata dall'art. 267 TFUE, fatta eccezione di specifiche materie determinate dallo Statuto<sup>343</sup>.

I commi 2 e 3 dell'art. 256, al fine di salvaguardare l'unità del diritto UE, prevedono la possibilità di un rinvio della causa alla Corte da parte del Tribunale e di un riesame eccezionale delle decisioni di quest'ultimo ad opera della Corte<sup>344</sup>.

Il successivo par. 3, infine, costituisce una disposizione "abilitante", poiché demanda allo Statuto la determinazione dei casi in cui il Tribunale potrebbe avere una competenza a titolo pregiudiziale.

Vi è da sottolineare che tali organi, peraltro, non escludono il contributo dei giudici nazionali, i quali, in base al principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE, sono tenuti a garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati.

A tale compito si ricollega lo strumento di cooperazione con la Corte di giustizia costituito dal predetto rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Inoltre, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali (art. 274 TFUE), così come individuata dal diritto interno di ciascuno Stato membro<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> La procedura può essere attivata per violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, ad opera della Commissione (art. 258 TFUE) o da uno Stato membro (art. 259 TFUE).

<sup>343</sup> Anteriormente al Trattato di Nizza del 2001 tale competenza era esclusiva della Corte di giustizia. Nel testo precedente al Trattato di Nizza, l'art. 225 del Trattato sulla Comunità europea dichiarava, infatti, che "il Tribunale (...) non è competente a conoscere delle questioni pregiudiziali sottoposte ai sensi dell'art. 234 (oggi art. 267 TFUE)".

<sup>344</sup> Il riesame, ai sensi dell'art. 62 dello Statuto, è proposto dal primo avvocato generale.

<sup>345</sup> Va notato che l'Unione non gode di immunità dalla giurisdizione degli Stati membri. Pertanto, per esempio, è consentito esperire contro di essa (rappresentata, in base all'art. 335 TFUE, dalla Commissione) un'azione dinanzi al giudice nazionale per inadempimento contrattuale. Per procedere ad esecuzione forzata contro l'Unione occorre, invece, l'autorizzazione della Corte di giustizia (art. 1 del Protocollo n. 7).

## 2. La competenza in via pregiudiziale

Il meccanismo del rinvio pregiudiziale è il rimedio giurisdizionale maggiormente notorio e dibattuto, nonché il più efficace e diffuso strumento di tutela dei diritti vantati dai singoli nei confronti sia delle istituzioni dell'Unione europea che degli Stati membri.

È attraverso il suo utilizzo che la Corte di giustizia ha contribuito significativamente alla costruzione dell'ordinamento dell'Unione europea<sup>346</sup>.

Si tratta di un procedimento disciplinato dall'art. 267 TFUE, di natura incidentale e non contenziosa, attraverso il quale il giudice nazionale può o deve, a seconda norma in questione, sottoporre alla Corte di Lussemburgo un quesito circa l'interpretazione o la validità di una norma europea, la cui risoluzione sia decisiva per definire la controversia dinanzi a lui pendente<sup>347</sup>.

Dall'art. 267 TFUE<sup>348</sup> risulta che la questione pregiudiziale può avere ad oggetto o l'interpretazione di disposizioni dei Trattati e di atti dell'Unione o la legittimità di tali atti.

---

<sup>346</sup> L'importanza del rinvio pregiudiziale è stata solennemente affermata dalla Corte di giustizia nel parere 1/09 dell'8 marzo 2011 sul progetto di accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti: "L'art. 267 TFUE, essenziale ai fini della tutela del carattere comunitario del diritto istituito dai Trattati, ha lo scopo di garantire in qualsiasi circostanza a detto diritto il medesimo effetto in tutti gli Stati membri. La procedura pregiudiziale così istituita mira a prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire questa applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri (...). Il sistema introdotto dall'art. 267 TFUE istituisce, di conseguenza, una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati. Dal complesso di questi elementi si ricava che le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati".

<sup>347</sup> D. P. Domenicucci, *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, in [www.era-comm.eu](http://www.era-comm.eu), 2012, cit. pp. 1- 2.

<sup>348</sup> Art. 267 TFUE: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

I commi 2 e 3 dispongono che, se una questione pregiudiziale si pone dinnanzi a un giudice le cui sentenze siano impugnabili, tale giudice ha la facoltà di rinviarla alla Corte di giustizia; se si pone innanzi a un giudice di ultimo grado, questo non ha altra scelta che rivolgersi alla Corte<sup>349</sup>.

Spetta al giudice nazionale, e non alle parti<sup>350</sup>, accertare l'esistenza del problema interpretativo, al fine di emanare la sua sentenza.

Nella sentenza *Taricco*, la Corte ha tra l'altro chiarito che le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza, ma se il giudice nazionale non fornisce chiarimento circa la suddetta rilevanza, la questione sottoposta alla Corte è irricevibile<sup>351</sup>.

A tal fine, i giudici nazionali devono inviare alla Corte, oltre che gli elementi di diritto, tutti gli elementi occorrenti per illustrare i fatti in causa.

Nella prassi, la competenza interpretativa della Corte è impiegata frequentemente per accertare la compatibilità con il diritto dell'Unione della condotta di Stati membri, risultante da leggi, atti amministrativi, prassi, ecc.

Questo impiego "alternativo" della competenza pregiudiziale si giustifica presentando, come oggetto della questione, l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione in relazione a una legge, atto amministrativo o prassi, le quali vengono in rilievo "indirettamente".

---

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

<sup>349</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 392- 398.

<sup>350</sup> Le parti possono sollecitare al giudice nazionale osservazioni, ma sempre nei limiti dell'oggetto della questione prospettata dal giudice nazionale. Nella sentenza *Santesteban Goicoechea* del 12 agosto 2008, causa C- 296/08, dopo aver rilevato che le osservazioni della parte nel processo nazionale esulavano dalla questione pregiudiziale a lei sottoposta, la Corte ha dichiarato che "è opportuno ricordare che (...) spetta al giudice nazionale e non alle parti nella causa principale adire la Corte. La facoltà di determinare le questioni da sottoporre alla Corte è quindi riservata al giudice nazionale e le parti non possono modificarne il tenore".

<sup>351</sup> L'esigenza di giungere a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle norme di diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione (sentenza del 27 novembre 2012, causa C- 370/12, *Pringle*).

La Corte di giustizia considera ricevibili questioni del genere, negando che rappresentino una modalità di elusione degli artt. 258 e 259, in quanto le garanzie contro gli inadempimenti degli Stati membri non possono ritenersi limitate a quelle risultanti dai predetti articoli<sup>352</sup>.

La Corte ha inoltre costantemente affermato, per esigenze di certezza del diritto, la propria competenza esclusiva a pronunciare l'invalidità dell'atto<sup>353</sup>, riconoscendo al giudice nazionale il potere di emanare provvedimenti provvisori a tutela dei diritti delle parti.

In quanto rimedio che arricchisce la tutela del singolo, consentendo una pronuncia di invalidità rispetto ad atti che non possono essere impugnati *ex art.* 263, comma 4, TFUE<sup>354</sup>, il rinvio pregiudiziale non può essere esperito laddove la parte avrebbe potuto impugnare l'atto dinnanzi alla Corte di giustizia<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> In tal senso, di fronte a una richiesta di un giudice tedesco che le chiedeva se fosse compatibile con la disciplina europea sulla libera prestazione dei servizi una normativa tedesca che richiedeva certi requisiti per svolgere una data attività professionale in Germania, la Corte ha riformulato la questione, dichiarando: “la questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che con essa si chiede, sostanzialmente, se la normativa comunitaria in materia di libera prestazione dei servizi osti alla legge di uno Stato membro che subordini l'effettuazione, sul proprio territorio, di attività artigianali da parte di prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri al requisito dell'iscrizione di tali prestatori nell'albo degli artigiani dello Stato medesimo”. La Corte ha sottolineato che essa “non è competente né a conoscere dell'esattezza dell'interpretazione data al giudice di rinvio alle disposizioni della legge nazionale né a pronunciarsi, nell'ambito del rinvio pregiudiziale, sulla conformità di tali disposizioni con il diritto comunitario. Alla Corte compete unicamente l'interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario che consentano al giudice medesimo di risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente”. E, in conclusione, la Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione osta ad una normativa, non indicata espressamente, ma il cui contenuto è dettagliatamente descritto e corrisponde perfettamente a quello della normativa tedesca chiamata in causa dal giudice *a quo* (sentenza del 3 ottobre 200, causa C- 58/98, *Corsten*).

<sup>353</sup> L'esistenza di divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza di certezza del diritto (sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*).

<sup>354</sup> L'articolo 263, quarto comma, TFUE consente infatti alle persone fisiche e giuridiche anche di proporre un ricorso d'annullamento «contro gli atti regolamentari che le riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione».

<sup>355</sup> Infatti, ammettere che in circostanze del genere l'interessato possa, dinnanzi al giudice nazionale, opporsi all'esecuzione della decisione eccependo l'illegittimità di quest'ultima equivarrebbe a riconoscergli la possibilità di eludere il carattere definitivo della decisione nei suoi confronti dopo la scadenza dei termini per il ricorso (sentenza 27 novembre 2012, causa C- 370/12, *Pringle*).

### 3. Oggetto del rinvio pregiudiziale

L' art. 267 TFUE traccia la distinzione tra questioni “interpretative” e di “legittimità”<sup>356</sup>.

Le prime riguardano, anzitutto, il cosiddetto diritto primario, ossia le norme dei Trattati, cui vanno equiparate quelle dei protocolli annessi e dei trattati di adesione di altri Stati, nonché i principi generali del diritto dell'Unione e i diritti fondamentali garantiti a livello dell'Unione europea, incluse le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per quanto attiene il diritto derivato, può essere oggetto di rinvio pregiudiziale l'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni, inclusi gli accordi internazionali stipulati dall'Unione e dagli organi o organismi dell'UE<sup>357</sup>.

Nella sfera di competenza della Corte gravitano tutti gli atti idonei ad incidere sulla decisione del giudizio principale, inclusi gli atti enumerati all'art. 288 TFUE (regolamenti, direttive e decisioni), nonché, più in generale, qualsiasi atto delle istituzioni, anche atipico, inclusa la *soft law* (raccomandazioni, pareri e comunicazioni).

Riguardo alle proprie sentenze, la Corte ha sempre consentito domande relative alla loro interpretazione, persino da parte di un giudice nazionale destinatario di una sentenza interpretativa ai sensi dell'art. 267 TFUE<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> D. P. Domenicucci, Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali, in [www.era-comm.eu](http://www.era-comm.eu), 2012, cit. pp. 4- 6.

<sup>357</sup> Il riferimento agli atti delle istituzioni, ai sensi dell'art. 13, primo comma, TUE, deve intendersi effettuato agli atti del Parlamento europeo, del Consiglio europeo, del Consiglio, della Commissione, della Banca centrale europea e della Corte dei conti. Anche le sentenze e ordinanze della Corte possono essere oggetto di questioni pregiudiziali d'interpretazione.

<sup>358</sup> Così, nell'ordinanza del 5 marzo 1986, causa 69/85, *Wünsche Handelgesellschaft GmbH*, la Corte ha affermato che “l'efficacia propria della sentenza pregiudiziale non osta tuttavia a che il giudice nazionale destinatario della sentenza stessa possa ritenere necessario rivolgersi nuovamente alla Corte prima di dirimere la lite principale. Secondo la costante giurisprudenza, la domanda può essere dovuta al fatto che il giudice nazionale si trova di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, ch'egli sottopone alla Corte una nuova questione giuridica o infine ch'egli le sottopone nuovi dati di valutazione atti

Sono invece sottratti alla competenza interpretativa gli atti nazionali, non collegati all'applicazione del diritto dell'Unione, contrariamente al caso in cui il diritto nazionale rinvii al contenuto di una norma dell'Unione per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna allo Stato membro<sup>359</sup>.

Le questioni concernenti la validità degli atti possono vertere sugli atti sopra menzionati, ad eccezione dei Trattati, che fungono da “norme-parametro” per valutarne la legittimità<sup>360</sup>.

L'efficacia della tutela apprestata attraverso il ricorso diretto, il cui accoglimento implica la dichiarazione di nullità *ex tunc* dell'atto, è tuttavia limitata dalla previsione di un ristretto termine per la sua proposizione.

Si ritiene, pertanto, che il rinvio pregiudiziale di validità abbia assunto un ruolo di rilievo a presidio della tutela dei diritti dei singoli, poiché ha progressivamente rivestito nella prassi la funzione di strumento di controllo diffuso della legittimità degli atti dell'Unione europea, esplicantesi in modo analogo a quello previsto dal ricorso diretto<sup>361</sup>.

---

ad indurre la Corte a risolvere altrimenti una questione che era già stata sollevata” (in U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, Cacucci editore, 2016, cit. p. 399).

<sup>359</sup> Nella sentenza del 18 ottobre 1990, cause C-297/88 e C- 197/89, *Dzodzi*, la Corte ha motivato il suo orientamento, statuendo che “ non risulta dal dettato dell'art. 177 (oggi 267) né dalle finalità del procedimento istituito da questo articolo che gli autori del Trattato abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte rinvii pregiudiziali vertenti su di una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna a detto Stato. L'ordinamento giuridico comunitario ha anzi manifestamente interesse, per evitare future divergenze d'interpretazione, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate” (in U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, Cacucci editore, 2016, cit. p.400).

<sup>360</sup> Al riguardo, va ricordato che il TFUE prevede altresì un efficace strumento di controllo della legittimità degli atti di diritto derivato, attivabile mediante ricorso di annullamento, ex art. 263 TFUE, alla Corte o al Tribunale dell'Unione (a seconda della qualità del ricorrente e della materia).

<sup>361</sup> Che è un procedimento inquadrabile nella giurisdizione contenziosa, che si caratterizza per l'azione diretta dei soggetti interessati davanti alla Corte di giustizia. Sostanzialmente, escludendo gli Stati Membri e le Istituzioni, i privati e le imprese possono presentare quattro tipi di ricorso diretto: ricorsi in annullamento di atti delle istituzioni dell'Unione; ricorsi per responsabilità civile delle istituzioni dell'Unione; il ricorso che chiama in causa la responsabilità contrattuale dell'Unione; il ricorso che chiama in causa la responsabilità extracontrattuale dell'Unione a causa di un danno cagionato dai suoi organi o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni (*Ricorso diretto in Corte di giustizia: la tutela nell'UE*, in [www.giurdanella.it](http://www.giurdanella.it), 5 marzo 2015).

#### 4. Condizioni di ricevibilità della domanda

La ricevibilità delle questioni pregiudiziali è subordinata, in primo luogo, alla natura di organo giudiziario posseduta dall'autorità che opera il rinvio, la cui nozione va stabilita secondo il diritto dell'Unione europea<sup>362363</sup>.

In Italia, un problema a lungo dibattuto ha riguardato la nozione di giurisdizione nazionale in riferimento alla Corte costituzionale.

La Consulta, nell'ordinanza n. 536 del 29 dicembre 1995<sup>364</sup>, aveva dapprima dato una soluzione negativa, per poi mutare atteggiamento, nel 2008, riguardo all'ipotesi in cui una questione relativa al diritto dell'Unione europea si ponga in una causa nella quale la Corte costituzionale sia adita in via principale<sup>365</sup>.

Tra l'altro, la Corte di Lussemburgo ha affermato che l'art 267 TFUE osta a una normativa statale che obblighi il giudice a rivolgersi in via prioritaria alla Corte costituzionale, qualora il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere al loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte<sup>366</sup>.

---

<sup>362</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. pp. 402- 410.

<sup>363</sup> Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit e Cordenier*: “Per valutare se l'organo remittente posseda le caratteristiche di un giudice di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (...). Secondo la giurisprudenza della Corte, un tribunale arbitrale convenzionale non costituisce una giurisdizione di uno Stato membro ai sensi dell'art. 234 CE perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro”.

<sup>364</sup> In tale ordinanza ha affermato che “nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella *giurisdizione nazionale* alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poiché la Corte non può essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”.

<sup>365</sup> Corte cost. sent. del 15 aprile 2008 n. 102.

<sup>366</sup> Corte di giustizia, sent. 22 giugno 2010, cause C-188/10 e C- 189/10, *Melki e Abdeli*.

È opportuno precisare che, quando la Corte costituzionale sia legittimata al rinvio alla Corte di giustizia essa ha il dovere, in quanto giudice le cui decisioni non possono essere impugnate, di operare tale rinvio.

Infatti, i commi 2 e 3 dell'art. 267 TFUE, stabiliscono una differenziazione tra giudici di ultima istanza, obbligati al rinvio, e giudici le cui decisioni possono essere impugnate con un ricorso giurisdizionale di diritto interno, i quali hanno la mera facoltà di proporre il rinvio<sup>367</sup>.

La *ratio* della diversificazione è rinvenibile nel dato fattuale in base al quale un eventuale errore di un giudice che non sia di ultima istanza può essere riparato nel giudizio successivo, contrariamente un errore commesso da un giudice di ultima istanza, che non essendo suscettibile di riforma, acquista forza di giudicato<sup>368</sup>.

Tale obbligo in capo ai giudici di ultima istanza consta, tuttavia, di due eccezioni, individuate dalla Corte di giustizia: quando la questione sollevata sia materialmente identica ad altra già decisa in via pregiudiziale<sup>369</sup> e quando la disposizione sia talmente chiara da non porre un problema interpretativo<sup>370</sup>.

Affinché la Corte di giustizia possa esercitare la competenza pregiudiziale occorre infine che sussistano anche talune condizioni oggettive, riguardanti il contesto processuale nel quale si ponga la questione.

In altre parole, in base alla più volte ribadita necessità che la sua pronuncia sia propedeutica alla pronuncia del giudice, la Corte ha negato la propria competenza quando il giudice dello Stato membro non fornisca gli elementi (di fatto o di diritto) necessari a risolvere la questione sottoposta.

In altri casi i giudici europei hanno escluso la propria competenza quando le questioni proposte siano puramente ipotetiche (o non siano collegate alla causa in

---

<sup>367</sup> Tale facoltà non può essere esclusa da una norma nazionale che imponga a un giudice di conformarsi alle valutazioni giuridiche formulate da un organo giudiziario di grado superiore (sentenza del 5 ottobre 2010, causa C- 173/09, *Elchinov*).

<sup>368</sup> A ciò si aggiunga la maggiore autorevolezza delle sentenze di tali giudici, che tendono ad orientare la giurisprudenza del proprio Paese in senso conforme.

<sup>369</sup> Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1963, *Da Costa*.

<sup>370</sup> Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, *CILFIT*.

corso)<sup>371</sup>, nonché nel caso in cui le controversie siano state artificialmente inventate al fine di ottenere, tramite rinvio pregiudiziale, una determinata pronuncia<sup>372</sup>.

## 5. Cenni procedurali

Una volta pervenuta in cancelleria l'ordinanza del giudice nazionale (e attribuito il numero di ruolo progressivo), la cancelleria della Corte procede alla notifica della stessa alle parti del processo, agli Stati membri e alla Commissione (e anche al Consiglio ed al Parlamento quando l'atto emani da questi ultimi)<sup>373</sup>.

Successivamente alla notificazione dell'ordinanza di rinvio, gli interessati possono presentare una memoria scritta, le cosiddette "osservazioni", entro il termine tassativo di due mesi, il cui scopo è quello di suggerire alla Corte le soluzioni alle questioni sollevate dal giudice nazionale, esponendo le tesi a sostegno delle soluzioni prospettate<sup>374</sup>.

Una volta fissata l'udienza, ne viene comunicata la data alle parti e agli altri interessati, che possono partecipare anche se non hanno presentato memorie scritte.

Tre settimane prima dell'udienza, al fine di raccogliere eventuali osservazioni, è inviata alle parti una relazione d'udienza e poi messa a disposizione del pubblico all'ingresso dell'aula d'udienza<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> Corte di giustizia, sent. del 24 aprile 2012, *Kamberaj*.

<sup>372</sup> Corte di giustizia, sent. 11 marzo 1980, *Foglia c. Novello*.

<sup>373</sup> D. P. Domenicucci, Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali, in <http://www.era-comm.eu>, 2012, cit. pp. 18-30.

<sup>374</sup> In base all' art. 104, par. 4, reg. proc., la Corte può decidere di omettere la fase orale se nessuna delle parti e nessuno degli interessati che hanno il diritto di depositare le osservazioni presenta una domanda nella quale indicare i motivi per i quali si desidera essere sentiti.

<sup>375</sup> La relazione d'udienza è preceduta, nel lavoro di organizzazione interna della Corte, da una relazione preliminare (*rapport préalable*) predisposta dal giudice relatore e discussa nel corso delle periodiche riunioni generali. Tale documento, redatto in francese, contiene un breve riepilogo dei fatti, della normativa applicabile e degli argomenti presentati dalle parti. In esso, il giudice relatore propone le misure di organizzazione della procedura (durata della discussione, composizione della sezione, eventuali domande scritte alle parti ecc.) e espone una prima personale valutazione del caso. È evidente la fondamentale

In udienza le parti possono replicare alle osservazioni presentate dalle altre parti e dagli interessati e rispondere ad eventuali richieste di chiarimento della Corte.

La Corte può deliberare con ordinanza l'irricevibilità della domanda pregiudiziale, qualora il quadro giuridico- fattuale del provvedimento di rinvio non sia sufficientemente chiaro ovvero non sia dimostrata l'attinenza delle questioni sollevate con la soluzione della controversia principale (artt. 92 e 104, par. 3, reg. proc.)<sup>376</sup>.

In circostanze avvalorate da una reali esigenze, il presidente della Corte, su domanda del giudice a quo e sentito l'avvocato generale, può in via eccezionale decidere di trattare la domanda pregiudiziale secondo un procedimento accelerato (art. 104 bis reg. proc.)<sup>377</sup>.

La data dell'udienza viene fissata senza indugio e, contestualmente alla notifica del provvedimento, viene comunicata alle parti della causa principale ed agli altri interessati di rinvio e le osservazioni scritte potranno essere depositate dalle parti o dagli altri interessati in un termine ridotto (non inferiore a quindici giorni) fissato dal presidente.

Un altro procedimento particolare è quello pregiudiziale d'urgenza, collegato alla necessità che la Corte statuisca il più celermente possibile, nei casi in cui una questione di interpretazione o di legittimità sia sollevata in un giudizio che riguardi una persona in stato di (art. 267, comma 4, TFUE)<sup>378</sup>.

---

importanza della fase scritta, posto che difficilmente nel corso dell'udienza potranno emergere elementi di interesse per il giudice.

<sup>376</sup> La Corte può altresì decidere con ordinanza nei casi menzionati dall'art. 104, par. 3, reg. proc.: a) quando la questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale essa ha già statuito; b) quando la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza; c) quando la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli. Nelle prime due ipotesi, la Corte può, dopo avere sentito l'avvocato generale, statuire con ordinanza motivata, facendo riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente, mentre nella terza ipotesi può statuire con ordinanza motivata solo dopo aver informato il giudice a quo e aver sentito le eventuali osservazioni degli interessati e l'avvocato generale.

<sup>377</sup> È il caso dell'ordinanza n. 24 del 2017, con cui la Corte Costituzionale ha disposto di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE (cfr. Introduzione).

<sup>378</sup> Tale procedimento, applicabile *ratione materiae* a questioni inerenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V del TFUE), è disciplinato dall'art. 104 ter reg. proc. Può essere richiesto, ad es., nel caso di una persona detenuta o privata della libertà, qualora la soluzione data alla questione sollevata sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero in una controversia relativa alla

La domanda deve esporre le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e, in particolare, i rischi in cui si incorrerebbe qualora il rinvio seguisse il rito normale.

## 6. Stile delle sentenze

Sul modello delle sentenze continentali, a differenza del modello anglosassone, le sentenze della Corte di giustizia sono redatte collegialmente, senza la possibilità per i giudici di esprimere *opinions* dissenzienti o separate<sup>379</sup>.

Ogni sentenza, dopo l'indicazione del numero della causa, delle parti e dei giudici del collegio, si articola in due parti principali, fatto e diritto, concludendosi con il dispositivo, cui segue la sottoscrizione dei giudici che hanno partecipato alla decisione<sup>380</sup>.

Le conclusioni dell'avvocato generale costituiscono un significativo correttivo ai limiti sopra evidenziati, in quanto esse sono redatte con uno stile colloquiale e disteso e contengono specifici riferimenti ai fatti di causa e a tutte le deduzioni svolte dalle parti.

È imprescindibile, nello studio di ogni sentenza della Corte, una attenta considerazione delle conclusioni dell'avvocato generale, al fine di individuare in modo realistico e completo la *ratio decidendi*.

Subito dopo il deposito, alcune copie della sentenza vengono messe a disposizione del pubblico nell'aula di udienza e il testo è anche diffuso sul sito della Corte, disponibile per l'accesso gratuito.

---

potestà dei genitori o alla custodia dei figli, qualora la competenza del giudice adito in base al diritto dell'UE dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale.

<sup>379</sup> Ove si tenga conto che nella Corte siedono giudici provenienti da sistemi giuridici spesso profondamente diversi tra loro, è agevole avvedersi che sarebbe forse stata impossibile la enucleazione dei caratteri di fondo dell'ordinamento comunitario se ognuno di essi avesse potuto esprimere la propria *opinion*.

<sup>380</sup> E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in Rivista Critica del Diritto Privato, 2009, cit. pp. 7- 9.

L'unica fonte ufficiale è la Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, pubblicata in tutte le lingue comunitarie, mentre quello pubblicato per primo è redatto in lingua francese (sebbene la sentenza sia redatta nella lingua utilizzata nel processo).

## 7. Gli effetti delle pronunce della Corte di giustizia

L'efficacia delle pronunce pregiudiziali, non condizionata ad alcun meccanismo deliberatorio, è assoluta nel suo dispositivo, nella motivazione e nei passaggi connessi alla conclusione espressa nel dispositivo, mentre gli *obiter dicta* assumono sostanzialmente una rilevanza extraprocessuale<sup>381</sup>.

Essa va esaminata sotto un duplice profilo: a livello endoprocessuale, con riferimento cioè al medesimo giudizio nel quale è stata sollevata la questione ed ai suoi eventuali gradi successivi; a livello extraprocessuale, vale a dire nei confronti di tutti gli altri processi nazionali in cui trovi applicazione la normativa dell'Unione esaminata dalla Corte.

Sotto il primo profilo, la sentenza è sicuramente vincolante per il giudice *a quo* (nonché le altre giurisdizioni eventualmente chiamate a conoscere del medesimo litigio, in caso di appello o di ricorso per cassazione), il quale è tenuto a decidere il caso in conformità dell'interpretazione fornita dalla Corte o della sua sentenza di validità<sup>382</sup>.

Il giudice richiedente potrebbe adire nuovamente la Corte per chiedere ulteriori chiarimenti, per sottoporle una nuova questione di diritto o nuovi elementi di valutazione suscettibili di indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata, ma non per contestare la validità della sentenza.

---

<sup>381</sup> D. P. Domenicucci, Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali, in <http://www.era-comm.eu>, 2012, cit. pp. 16- 20.

<sup>382</sup> La sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità di un atto adottato da un'istituzione dell'Unione risolve, con la forza del giudicato, una o più questioni di diritto dell'Unione e vincola il giudice nazionale per la definizione della lite principale (ordinanza del 5 marzo 1986, causa 68/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH*).

Quanto, invece, agli effetti extraprocessuali, la sussistenza di un precedente della Corte fa cessare l'obbligo del rinvio in capo al giudice di ultima istanza, attesa la natura stessa di sentenze e ordinanze che si pronunciano su punti di diritto, non può non riconoscersi la portata sostanzialmente vincolante *erga omnes*<sup>383384</sup>.

Per quanto riguarda le pronunce in tema di legittimità di un atto dell'Unione, l'effetto è strettamente limitato al caso di specie e ai motivi specifici della censura, non potendo estendersi ad atti analoghi<sup>385</sup>; ciò nonostante, un altro giudice chiamato ad affrontare una questione identica potrà giovare di tale pronuncia.

La sentenza che dichiari l'invalidità dell'atto impone, non solo al giudice rimettente di uniformarvisi, ma anche istituzioni europee di provvedere a revocarlo o modificarlo.

Ove, invece, la Corte abbia dichiarato l'atto legittimo, l'efficacia della sentenza è limitata al giudice *a quo* e la questione di legittimità potrà quindi essere sollevata da altri giudici e per motivi differenti<sup>386</sup>.

Le pronunce pregiudiziali hanno efficacia retroattiva, nel senso che la norma europea oggetto della questione pregiudiziale si dovrà interpretare in armonia con quanto

---

<sup>383</sup> D'altra parte, lo scopo fondamentale di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione perseguito dal rinvio pregiudiziale risulterebbe frustrato se le pronunce interpretative della Corte dispiegassero i loro effetti solo nella controversia nazionale che è all'origine dei quesiti pregiudiziali.

<sup>384c</sup> La sentenza della Corte che accerti, in forza dell'art. 177 del Trattato, l'invalidità di un atto di un'istituzione, in particolare di un regolamento del Consiglio o della Commissione, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione che esso debba emettere; poiché tale constatazione non ha tuttavia l'effetto di privare i giudici nazionali della competenza loro attribuita dall'art. 177 del Trattato, spetta a tali giudici stabilire se vi sia interesse a sollevare nuovamente una questione già risolta dalla Corte nel caso in cui questa abbia constatato in precedenza l'invalidità di un atto di un'istituzione della Comunità. Tale interesse potrebbe, in particolare, esistere qualora sussistessero questioni relative ai motivi, alla portata ed eventualmente alle conseguenze dell'invalidità precedentemente accertata" (sentenza 13 maggio 1981, causa 66/80, *ICC*).

<sup>385</sup> "L'art. 234, comma 3, CE (oggi art. 267, comma 3, TFUE) fa obbligo al giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno di adire la Corte di giustizia con una questione relativa alla validità delle disposizioni di un regolamento anche nel caso in cui la Corte abbia già dichiarato invalide corrispondenti disposizioni di un analogo regolamento" (sentenza del 6 dicembre 2005, causa C- 461/03, *Schul*).

<sup>386</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016, cit. p. 412.

statuito dalla Corte sin dal momento della sua entrata in vigore e quindi anche a rapporti sorti anteriormente alla sentenza<sup>387</sup>.

Quanto agli effetti che si producono al di fuori del processo, la regola della retroattività può essere temperata in ragione di alcune condizioni come il principio del legittimo affidamento e la portata “innovativa” della sentenza pregiudiziale<sup>388</sup>.

La Corte ha competenza esclusiva a limitare nel tempo gli effetti di una pronuncia pregiudiziale, enunciandolo nella sentenza che fornisce l’interpretazione richiesta o che dichiara invalido l’atto contestato; diversamente, i giudici nazionali non possono addurre considerazioni di certezza del diritto o di tutela del legittimo affidamento all’effetto *ex tunc* delle pronunce pregiudiziali.

La Corte costituzionale italiana ha respinto tale giurisprudenza, in quanto contraria al principio, *ex art. 24 Cost.*, affermando con chiarezza che “il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l’applicazione di una norma riconosciuta illegittima”<sup>389</sup>.

Il richiamo non è passato inosservato agli occhi della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, che ha affermato che l’attore nella causa principale, così come gli altri

---

<sup>387</sup>“L’interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell’esercizio della competenza ad essa attribuita dall’art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all’applicazione di detta norma” (sentenza 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit*).

<sup>388</sup> La Corte ha infatti precisato che tale limitazione non può pregiudicare “coloro che, prima della data della sua pronuncia, abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario” (sentenza 4 maggio 1999, causa – 262/96, *Sürül*). Solo in via eccezionale, dunque, la Corte, considerati i gravi sconvolgimenti che la sua pronuncia potrebbe provocare nei rapporti giuridici costituiti in buona fede, ha la facoltà di limitare la possibilità per gli interessati di far valere la disposizione interpretata allo scopo di rimettere in discussione situazioni già definite.

<sup>389</sup> Corte cost., sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, *Fragd*.

operatori che abbiano presentato analogo reclamo, possono legittimamente invocare tale declaratoria di invalidità nell'ambito della causa principale<sup>390</sup>.

## 8. Il valore del precedente della Corte di giustizia

Abbiamo visto che le decisioni della Corte di giustizia rese in via pregiudiziale spiegano i propri effetti, oltre che nei confronti del giudice *a quo*, anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto interpretata dalla Corte<sup>391</sup>.

A tal proposito, sorge il problema di stabilire entro quali limiti le decisioni della Corte costituiscono dei precedenti vincolanti e se la Corte stessa è vincolata al rispetto dei propri precedenti.

Nelle trattazioni istituzionali dedicate all'argomento talora si afferma che nel diritto comunitario non esiste una regola del precedente e quindi che la Corte non è obbligata ad uniformarsi ai propri precedenti.

Tuttavia, se è vero che non esiste alcuna disposizione del Trattato che impedisce alla Corte di decidere in modo difforme dai propri precedenti, è altrettanto vero che il Regolamento di procedura della Corte contiene una disposizione (molto vicina al cosiddetto *rule making power* tipico dei paesi di *common law*) all'art. 104, par. 3, il quale dispone che “qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente”.

---

<sup>390</sup> U. VILLANI, Istituzioni di Diritto dell'Unione europea, Cacucci editore, 2016, cit. p. 414.

<sup>391</sup> E. CALZOLAIO, Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, cit. pp. 9- 14.

A prescindere dall'esistenza di disposizioni espresse sul punto, è comunque l'esame della giurisprudenza della Corte a confermare che quasi mai essa si discosta dalle proprie precedenti decisioni.

Infatti, a partire dalla celebre sentenza *Cilfit*<sup>392</sup>, la Corte ha inaugurato una serie ininterrotta di sentenze che si sono ispirate al principio in essa chiarito, in base al quale essa si ritiene vincolata ai propri precedenti, in ossequio alla necessità di una uniforme interpretazione del diritto comunitario, evitando "che si producano divergenze giurisprudenziali all'interno della Comunità".

Oltretutto, viene in rilievo il problema della natura, dichiarativa o creativa, del precedente comunitario, ossia se il principio di diritto indicato dalla Corte si applichi o meno anche a fattispecie sorte prima della decisione della Corte e quindi se esso abbia effetto retroattivo.

La Corte sembra chiaramente indirizzata nel ritenere la natura dichiarativa delle proprie pronunce<sup>393</sup>.

D'altro canto, una rigida osservanza dei precedenti può rappresentare un freno all'evoluzione del sistema e per questo motivo nei sistemi di common law il vincolo al rispetto

---

<sup>392</sup> La controversia riguardava l'imposizione del pagamento di una somma in sede di importazione di lane, che era stata ritenuta contraria a quanto previsto in un regolamento comunitario in materia. L'amministrazione statale non riteneva esistenti dubbi interpretativi, mentre i privati insistevano che essendo stata posta la questione di un contrasto con il diritto comunitario la Corte di cassazione fosse obbligata al rinvio pregiudiziale. Questo caso ha offerto alla Corte comunitaria l'occasione di chiarire il significato e la portata del rinvio pregiudiziale, precisando che non è sufficiente che venga sollevata in giudizio una questione di interpretazione per fondare l'obbligo di rimessione alla Corte (**sentenza del 6 ottobre 1982, causa 283/81, Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità**).

<sup>393</sup> Ad esempio, può essere ricordato il caso *Barra*, relativo al rimborso di tasse di iscrizione pretese dallo Stato belga in ragione del fatto che gli studenti provenivano da altro paese, in violazione dell'art. 7 (cittadinanza) del Trattato, come era stato ritenuto in precedenza dalla Corte in un caso analogo. La Corte, richiamando proprie precedenti sentenze, ha statuito che quando interpreta una norma di diritto comunitario essa "chiarisce e precisa, se è necessario, il senso e la portata della norma stessa come deve o avrebbe dovuto essere compresa e applicata dal momento della sua entrata in vigore"; sicché la norma così interpretata va applicata dal giudice anche a rapporti sorti e costituiti prima della sentenza che ha pronunciato sulla domanda di interpretazione. Vi possono essere delle eccezioni, dovute alla necessità di evitare che vengano rimessi in discussione rapporti giuridici consolidati; ma in questi casi è sempre la Corte, nella stessa sentenza, a "decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce" (sentenza del 2 febbraio 1988, in causa C-309/85, *Barra c. Stato Belgia*).

del precedente postula anche la possibilità di mutamenti, con le tecniche dell'*overruling* e del *distinguishing*.

Nella prima ipotesi il giudice determina l'esclusione retroattiva del precedente dalla common law e la sua sostituzione con il nuovo precedente stabilito dal giudice che l'ha operata; nella seconda, il giudice distingue il caso di specie da quello precedente che ad un primo esame sembrerebbe applicabile, dimostrando che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente.

Lo studio delle sentenze della Corte di giustizia consente di riscontrare un uso sempre più diffuso di tecniche analoghe<sup>394</sup>.

Inoltre, la rilevanza che la Corte attribuisce ai propri precedenti è indicata dallo studio della giurisprudenza precedente e dallo stile, sempre più raffinato, che i giudici comunitari adottano nelle motivazioni delle proprie sentenze.

## 9. Un paragone tra il precedente comunitario in Italia e in Inghilterra

Rimandando al capitolo precedente per una premessa sull'importanza di uno studio comparato di taluni istituti e principi, appare in questa sede opportuno chiarire quale valore i giudici degli Stati membri attribuiscono alle sentenze comunitarie, iniziando dalla nostra esperienza per poi passare a quella inglese<sup>395</sup>.

La Corte costituzionale, Sin dalla celebre sentenza *Granital*<sup>396</sup>, ha dichiarato che il carattere direttamente applicabile della norma comunitaria implica che la norma interna

---

<sup>394</sup> Un esempio di *overruling* è la sentenza resa nel caso *Hag II* in materia di tutela del marchio, in cui la Corte ha ritenuto necessario discostarsi in modo esplicito da una propria precedente sentenza (sentenza del 17 ottobre 1990, causa C-10/89, *Cnl sa-Sucal nv c. Hag GF AG*). In altri casi, pur in presenza di conclusioni dell'Avvocato generale nel senso di una disapplicazione di un precedente, la Corte ha invece espressamente ritenuto corretta la decisione, confermandola in modo integrale (sentenza del 5 dicembre 1996, cause riunite C-267/95 e 268/95, *Merck & Co. Inc. ed altri c. Primecrown Ltd. ed altri*). In altri casi ancora, il precedente è stato ridimensionato nella sua portata applicativa (sentenza del 30 aprile 1996, causa C-308/93, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank c. J.M. Cabanis-Issarte*).

<sup>395</sup> E. CALZOLAIO, Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, cit. pp. 15- 21.

<sup>396</sup> Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170.

che contrasta con essa deve essere disapplicata dal giudice comune, senza la necessità una pronuncia esplicita della Corte, precisando che spetta al giudice rimettente farsi carico, in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia, di adire quest'ultima per provocare quell'interpretazione certa della disposizione oggetto di contrasto.

In questo modo la Corte costituzionale richiede al giudice comune non solo di affrontare la questione comunitaria prima di quella costituzionale, ma anche di esaminare la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Questi principi costituiscono ormai giurisprudenza costante della Corte costituzionale ed hanno riflessi di particolare rilievo, come è possibile riscontrare dalla recente sentenza n. 284 del 2007<sup>397</sup>.

Nel caso, la Consulta ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità, rilevando che se esiste nell'ordinamento interno un "diritto vivente" contrario alla giurisprudenza della Corte di giustizia, non si tratta di una questione di costituzionalità, ma di compatibilità del diritto interno con norme comunitarie, sicché i giudici nazionali sono tenuti a sottoporre la questione alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

La Corte di cassazione ritiene, per di più, che esiste un vero e proprio "valore normativo" delle pronunce interpretative della Corte di Lussemburgo<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> Il caso ha ad oggetto una questione di costituzionalità della normativa interna in materia di gioco e scommesse (L. 13 dicembre 1989, n. 401), che sanziona penalmente l'esercizio in Italia dell'attività di commessa da parte di chi sia privo di concessione, autorizzazione o licenza. La Corte di giustizia aveva ritenuto che tale normativa limita il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi (rispettivamente: art. 43 e art. 49 del Trattato), lasciando al giudice nazionale di verificare la sussistenza di valide ragioni che giustificano questa restrizione. Chiamata pronunciarsi in proposito, la Corte di cassazione ha ritenuto legittima la normativa interna, in ragione dell'esigenza di prevenire la possibile degenerazione criminale. Il giudice investito della questione ha però rilevato che tale statuizione della Corte di cassazione non è conforme ai criteri indicati dalla Corte di Giustizia, che ha espressamente ritenuto che lo Stato membro non può invocare esigenze di ordine pubblico quando ha in realtà favorito e incoraggiato i consumatori a partecipare a lotterie e giochi di azzardo. Il giudice remittente si è dunque trovato di fronte a indicazioni contrastanti: da un lato, la Corte di giustizia sembra escludere la legittimità della normativa interna; dall'altro lato, il "diritto vivente" della Corte di cassazione sembra invece confermarne la piena conformità al diritto comunitario (Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 284).

<sup>398</sup> Ad esempio, in un caso avente ad oggetto la contrarietà del lavoro notturno per le sole donne lavoratrici, mentre ha ritenuto non disapplicabile l'art. 5 della L. n. 903 del 1977 stante la impossibilità di attribuire effetto cd. orizzontale alle direttive comunitarie, ha anche precisato, in un significativo *obiter dictum*, che se

Per quanto riguarda il Regno Unito, lo *European Communities Act 1972*, ossia la legge di recepimento del Trattato di Roma, non contiene in proposito alcuna disposizione che attribuisce espressamente autorità legislativa all'Unione e neppure trasferisce specifiche materie dalla competenza del Parlamento.

Tuttavia, esso prevede che il diritto comunitario è incorporato nel Regno Unito e dispone che ogni diritto riconosciuto dai Trattati ha efficacia nel diritto interno, senza necessità di specifica attuazione.

Lo *European Communities Act 1972*, senza disconoscere questo principio, ha allora previsto che “qualsiasi legge emanata in epoca successiva deve essere interpretata ed avere effetti subordinatamente alle previsioni di questa sezione” e che “ogni questione relativa al significato o all'efficacia dei Trattati, o alla validità, al significato o all'efficacia di una qualunque misura comunitaria, deve essere trattata come una questione di diritto”.

Posto che la giurisprudenza della Corte di giustizia, prima dell'adesione del Regno Unito, ha fissato il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno e che le sentenze della Corte sono vincolanti nel diritto interno inglese in forza dello *European Communities Act*, principio del primato del diritto comunitario ha fatto, dunque, ingresso nel diritto inglese.

La familiarità che i giudici inglesi hanno con il sistema del precedente comporta una grande sofisticazione nella valutazione delle sentenze della Corte di giustizia, talora con il risultato di affrancarsi dalla applicazione di precedenti comunitari scomodi attraverso la tecnica del *distinguishing*.

Questo fenomeno si è prestato ad essere letto come la manifestazione di una certa riluttanza dei giudici inglesi rispetto alle statuizioni della Corte, anche alla luce delle statistiche fornite dalla Corte di giustizia, dal cui esame risulterebbe che le corti inglesi

---

la norma comunitaria fosse stata dotata di efficacia diretta le statuizioni della Corte di giustizia sarebbero state vincolanti. La Corte ha poi affermato che “le statuizioni delle sentenze interpretative pronunciate in via pregiudiziale (...) hanno diretta ed immediata applicazione nel nostro ordinamento interno e determinano l'effetto della ‘non applicazione’ della legge nazionale dichiarata incompatibile con l'ordinamento comunitario col limite, peraltro, del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale dei diritti ineliminabili della persona umana” (Cass., sez. lav., 20 novembre 1997, n. 11571).

hanno utilizzato il ricorso al rinvio pregiudiziale in misura largamente minore rispetto a quello di altri paesi<sup>399</sup>.

Non può non rilevarsi, d'altra parte, che il riconoscimento del valore delle sentenze della Corte è stato consacrato anche in numerosi precedenti delle Corti superiori inglesi, innestando per tal via un circolo "virtuoso", sicché una volta recepito per via giurisprudenziale il principio del precedente vincolante delle sentenze della Corte, sancito per via legislativa dallo *European Communities Act 1972*, esso è divenuto a tutti gli effetti un principio fondamentale della stessa *common law*, per via appunto della fonte giurisprudenziale.

In base a tale legge è stato sempre chiaro che ogni corte del Regno Unito in sede di decisione deve disapplicare la regola di diritto interno in conflitto con la norma europea direttamente applicabile.

La *House of Lords* riconosce ormai, in modo pacifico, il potere vincolante delle sentenze della Corte di giustizia, evitando di proporre il rinvio in presenza di una questione già decisa dalla Corte<sup>400</sup>.

A testimonianza del grado di integrazione delle sentenze della Corte di giustizia nell'ordinamento inglese, è significativo rilevare che nelle ricostruzioni correnti del sistema di giustizia inglese la Corte comunitaria è posta al primo posto nella gerarchia delle Corti, al di sopra della stessa *House of Lords*<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> Se, ad esempio, di statistiche si vuol parlare, non può allora essere trascurato il dato che la *House of Lords* decide annualmente non più di 80 casi, sicché il fatto che nel complesso dal 1972 al 2006 abbia proposto 35 rinvii pregiudiziali sembra estremamente significativo ove comparato al dato della nostra Cassazione, che pronuncia oltre 20.000 sentenze l'anno e che, dal 1956 al 2006, ne ha proposti appena.

<sup>400</sup> Come esempio, può citarsi il caso *British Fuel*, in materia di trasferimento di azienda, in cui l'esistenza di una sentenza comunitaria che risolve con chiarezza un problema interpretativo è stata ritenuta motivo sufficiente per evitare il rinvio pregiudiziale.

<sup>401</sup> È doveroso rilevare che la situazione appena descritta è destinata inevitabilmente a mutare in seguito alla firma, da parte del premier britannico Theresa May, della lettera con cui il 28 marzo 2017 formalmente si è innescato il processo di uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, la *Brexit* (come deciso dal referendum del 23 giugno 2016), previsto dall'art. 50 TUE.

## CAPITOLO III

### IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA AL VAGLIO DELLA TEORIA DEI CONTROLIMITI

#### PARTE I

##### I PRINCIPI SUPREMI DELL'ORDINAMENTO INTERNO

1. Il caso *Taricco* e la rilevanza dei principi supremi dell'ordinamento nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2017.- 2. I principi supremi dell'ordinamento: limiti *intra moenia* e limiti *extra moenia*. -3. La costituzione rigida a tutela dei principi fondamentali.- 4. Il limite alla revisione costituzionale espresso dall'art. 139 Cost. nelle ricostruzioni dottrinali.- 5. Al di là dell'articolo 139 Cost.: limiti inespressi alla revisione costituzionale.- 6. I limiti derivanti dall'art. 138 Cost.- 6.1 La "debolezza" del procedimento "rafforzato" ex art. 138 in una prospettiva comparata.- 7. Derogabilità al procedimento di cui all'art. 138.- 8. I limiti ricavati dalla necessaria omogeneità dell'oggetto del referendum abrogativo.- 9. Le incertezze interpretative intorno all'art. 139 Cost. e la teoria della Costituzione materiale.- 10. I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

#### **1. Il caso *Taricco* e la rilevanza dei principi supremi dell'ordinamento nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2017**

Tutto ciò che è stato detto nei capitoli precedenti ci consente di comprendere la rilevanza di taluni principi, costituzionalmente riconosciuti, del nostro ordinamento e come a questa identificazione non corrisponda necessariamente un corrispondente e identico riconoscimento a livello europeo.

La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco* entra nel cuore della materia penale, toccando principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, strettamente connessi a quel patrimonio costituzionale primario cui gli Stati non vogliono e non riescono a rinunciare nel processo di integrazione europea.

In particolare, il principio di legalità, con tutti i suoi corollari dapprima esaminati, pone garanzie talmente pregnanti in relazione all'uso della fonte primaria, che non sorprendono le obiezioni costituzionali a una pronuncia che impone una disapplicazione a fronte della quale, mancando nell'ordinamento UE una norma più specifica da applicare, sarà per forza di cose il giudice del caso concreto a creare, di volta in volta, la norma da applicare alla fattispecie.

La sentenza in esame rappresenta quindi l'emblema delle possibili idiosincrasie tra diritto dell'Unione Europea e diritto penale, quanto a conflitti tra principi costituzionali, fonti sovranazionali e pronunce della Corte di giustizia in materia penale<sup>402</sup>.

Appare quindi evidente la rilevanza della cosiddetta teoria dei controlimiti, elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, quale garante dell'identità statale a fronte delle cessioni di sovranità compiute a favore dell'Unione.

Queste ultime, secondo la citata teoria, incontrano un limite invalicabile nell'insieme di principi costituzionali che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale.

In un panorama dottrinario fortemente influenzato dalle suggestioni del diritto mite, della normazione tramite principi e del diritto del caso concreto, l'ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 della Corte costituzionale si configura come una forte presa di posizione a favore della certezza del diritto, della normazione generale astratta e della separazione dei poteri, quali elementi essenziali del tessuto di principi supremi della costituzione italiana<sup>403</sup>.

---

<sup>402</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, 2017, p.331 ss.

<sup>403</sup> F. FARRI, *Quando i principi supremi dell'ordinamento italiano prevalgono sul diritto europeo: dalla Corte costituzionale italiana una pronuncia storica sull'effettività dei "controlimiti"*, in *Riv.di Diritto Tributario*, cit. p. 3.

La pronuncia oggetto del giudizio, che ovviamente si riferisce al sistema penale, può e deve essere presa ad esempio anche per altre branche del diritto, ove parimenti vige il principio costituzionale supremo di soggezione del giudice alla legge, e in modo identico per le branche del diritto in cui vige il principio di legalità.

In questo contesto, evidenziata la necessità di delimitare la discrezionalità giudiziaria e chiarito che a tale obiettivo osta ogni norma basata su concetti ambigui e reperibili attraverso l'esercizio della funzione interpretativa, la Corte ribadisce che *“nell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice”*<sup>404</sup>.

Non è possibile, a parere della Corte, che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale, da raggiungere con qualunque mezzo fornito dall’ordinamento e in assenza di una norma sufficientemente determinata.

Costituisce, infatti, principio supremo dell’ordinamento quello per cui l’attività del giudice deve dipendere da disposizioni legali che predefiniscano analiticamente casi e condizioni.

In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*: essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale e respingono l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo in assenza di una legge che specifichi i mezzi e limiti in cui ciò possa avvenire.

Altrimenti opinando, del resto, *“si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato”*<sup>405</sup>.

Nel merito, l’ordinanza offre un importante contributo alla demitizzazione della diffusa presunzione della compatibilità dell’ordinamento europeo con i valori fondamentali dello Stato italiano<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 5.

<sup>405</sup> Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall’art. 49 della Carta di Nizza, così Corte cost., ord. n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 9.

Volendo affrontare il tema dei controlimiti nel senso sopra espresso, bisognerà però partire dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei principi supremi del nostro ordinamento, per poi passare solo successivamente a valutare quest'ultimi alla luce di un possibile freno all'espandersi del diritto (penale) europeo.

## **2. I principi supremi dell'ordinamento: limiti *intra moenia* e limiti *extra moenia***

La terminologia “controlimiti” si riferisce tanto ai limiti *intra moenia* che ai limiti *extra moenia*, ossia, rispettivamente, limiti di revisione costituzionale e controlimiti in senso stretto.

Mentre i primi pongono un limite all'attività del legislatore costituzionale, i secondi arginano il processo di trasformazione dell'ordinamento a fronte dell'espansione del diritto europeo.

Pur facendo fronte ad esigenze diverse, essi rispondono, come abbiamo visto, alla stessa nomenclatura, adottata per lungo tempo sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, fino alla definitiva enunciazione della concezione unitaria dei principi supremi contenuta nella sentenza numero 238 del 2014.

Con tale sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 24 della Costituzione, di due disposizioni relative alle immunità giurisdizionali degli Stati esteri nei giudizi di risarcimento del danno patito dalle vittime dei crimini di guerra e crimini contro l'umanità.

Sebbene si tratti di giurisdizione civile, è indubbia la rilevanza anche sotto il profilo dei fondamentali principi di diritto penale (alla luce del diritto internazionale consuetudinario).

---

<sup>406</sup> F. FARRI, *Quando i principi supremi dell'ordinamento italiano prevalgono sul diritto europeo: dalla Corte costituzionale italiana una pronuncia storica sull'effettività dei “controlimiti”*, in *Riv.di Diritto Tributario*, cit. p. 3.

Infatti, nella sentenza in oggetto la Corte costituzionale fa valere con forza l'esistenza di controlimiti che, paralizzando l'operatività del rinvio di cui all'art. 10 Cost., ostacolano l'ingresso nel nostro ordinamento di norme del diritto internazionale che si pongano in conflitto con il sistema di valori consacrati nella Costituzione<sup>407</sup>.

### **3. La costituzione rigida a tutela dei principi fondamentali**

I principi supremi dell'ordinamento sono un terreno del diritto costituzionale coltivato già da tempo dalla dottrina, il cui interesse è cresciuto parallelamente al dibattito sulle riforme costituzionali e all'espansione del diritto europeo: quanto più si discute della necessità di modificare la costituzione, tanto più si elaborano teorie sui limiti di tali modifiche<sup>408</sup>.

I principi supremi dell'ordinamento sono quindi una risposta al problema del bilanciamento tra ragioni del mutamento e ragioni della conservazione.

A questa tensione, di cui si occuparono già i padri del pensiero costituzionale rivoluzionario, dall'abate Sieyès<sup>409</sup> a Madison e Jefferson<sup>410</sup>, la costituzione rigida del

---

<sup>407</sup> Questo appunto il caso 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: norma che si pone in insanabile contrasto con l'art. 24 Cost., laddove impedisce la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale, quale quello della dignità umana, sancito dall'art. 2 Cost, così C. MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità internazionale dello Stato estero*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 24 ottobre 2014.

<sup>408</sup> E parallelamente, ma mano che l'ordinamento si trasforma attraverso l'espansione del diritto dell'Unione Europea, si costruiscono nello stesso passo controlimiti al fine di affermare le ragioni del diritto costituzionale interno.

<sup>409</sup> La concezione politica avanzata dall'abate francese trova il proprio perno nella distinzione fra l'insieme di tutti i cittadini francesi, chiamato "società civile" o "nazione", a cui viene per l'appunto attribuito il potere costituente, e l'organizzazione istituzionale dello Stato, alla quale spettano i poteri costituiti. La volontà generale del popolo francese, unito nel corpo unitario della nazione generato dal diritto naturale e non da quello positivo, non può essere ridotta alla somma delle volontà individuali, ma assume i caratteri di una vera e propria "persona" morale, la quale si perpetua mediante gli individui e attraverso le generazioni. "La nazione è preesistente a tutto, è l'origine di tutto. La sua volontà è sempre conforme alla legge, è la legge stessa". Di conseguenza, il potere costituente, come volontà dell'intera nazione, è la legittimità fonte di ogni legalità. La costituzione è la forma giuridica che limita i poteri costituiti e che non può limitare il potere costituente, la volontà onnipotente della nazione, essendone anzi il prodotto. La sovranità della nazione, la

secondo dopoguerra offre una risposta innovativa in una certa parte già sperimentata dall'esperienza costituzionale statunitense.

La novità introdotta dalla Costituzione del 1948 è quella di aver disciplinato, seppure prevedendo procedimenti aggravati rispetto al procedimento di approvazione delle leggi ordinarie, le condizioni del mutamento dei vincoli costituzionali e di avere attribuito a un giudice la competenza di vigilare sul rispetto di quelle disposizioni costituzionali.

La rigidità costituzionale, dunque, è allo stesso tempo strumento di stabilità rispetto alla legge ordinaria e di mutamento rispetto all'esperienza delle costituzioni irrevocabili<sup>411</sup>.

La Costituzione è un patto sociale, le cui clausole principali sono i diritti fondamentali, serventi a limite e vincolo alla maggioranza a garanzia delle libertà e dei diritti delle minoranze<sup>412</sup>.

Il termine “costituzione” già nella sua etimologia evidenzia un qualcosa che deve rimanere stabile, ma che, d’altro canto, non può conservarsi senza mutare.

Altrimenti argomentando la Carta costituzionale rimarrebbe insensibile al mutare dei rapporti politici e della coscienza sociale, condannandola ad essere travolta dalla storia.

Del resto, la revisionabilità assoluta, suscettibile di intaccare il nucleo essenziale della Costituzione, farebbe perdere a quest’ultima quei caratteri di continuità e stabilità sui quali si fonda l’autorità etica (prima che giuridica) della Carta fondamentale e, quindi, dello Stato costituzionale di diritto.

---

sua volontà, il suo potere costituente, sono superiori a ogni forma costituzionale (E. J. SIEYES, *Che cosa è il terzo stato*, editori Riuniti, Roma, 1989).

<sup>410</sup> Il primo celebrava le virtù durature che il testo costituzionale avrebbe dovuto avere, mentre il secondo riteneva che una generazione successiva non poteva essere definitivamente vincolata alle leggi di una generazione precedente e quindi la Costituzione doveva sempre poter essere messa in discussione (così, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli Edizioni, 2015).

<sup>411</sup> A differenza dello Statuto Albertino, legge perpetua e irrevocabile della monarchia, la Costituzione della Repubblica italiana può essere modificata dal Parlamento secondo le modalità indicate dall'articolo 138.

<sup>412</sup> Gli stessi costituzionalisti sottolineano che l’idea della Costituzione come contratto sociale non è solo una categoria filosofica, ma si identifica, sul piano giuridico, con la rifondazione su basi pattizie della convivenza civile in seguito a eventi traumatici che segnano una radicale rottura nella storia di un popolo.

Risulta evidente a questo punto l'esistenza di un limite logico generale, che consiste nel fatto che il potere di revisione costituzionale, in quanto derivato dal potere costituente, è anch'esso un potere costituito e, quindi, è un potere vincolato a restare all'interno dell'ordine "legale" proprio della Costituzione originaria<sup>413</sup>.

La costituzione non è più legge perpetua e revocabile, ma anche il mutamento costituzionale, espressamente stabilito dall'art. 138 Cost., incontra dei limiti, nell'ultimo articolo della costituzione, che sottrae la forma repubblicana alla revisione costituzionale<sup>414</sup>.

#### **4. Il limite alla revisione costituzionale espresso dall'art. 139 Cost. nelle ricostruzioni dottrinali**

Veniamo quindi al limite sancito dall'art.139 Cost. ("La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale") cui la dottrina ha iniziato a interessarsi in relazione ai principi supremi, inizialmente dal punto di vista dei limiti interni, negando, in un primo momento, l'esistenza di ogni barriera alla revisione costituzionale.

Secondo quella dottrina che negava insuperabilità dell'art. 139 Cost., attraverso un procedimento di doppia revisione, a norma dell'art. 138 Cost. si sarebbe potuta emanare una legge di revisione costituzionale abrogativa dell'art. 139 Cost., reintroducendo a questo punto una forma di Stato non repubblicana<sup>415</sup> (in evidente contrapposizione con la disposizione di cui all'art. 139 Cost., che stabilisce inequivocabilmente un limite alla revisione).

---

<sup>413</sup> F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www. edizionicafoscari.unive.it/](http://www.edizionicafoscari.unive.it/), 2013, cit. pp. 464- 467.

<sup>414</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli Edizioni, 2015, cit. cap. I).

<sup>415</sup> Notiamo in alcuni autorevoli interventi in Assemblea Costituente (come quello dell'on. Togliatti che, assieme ai deputati De Vita e Basso) che alcuni costituenti ritenevano che l'irriducibilità della forma repubblicana significava che essa non poteva modificarsi "con quello che sarà il normale procedimento di revisione costituzionale, ma eventualmente con una procedura di secondo grado": seduta del 29 novembre 1946, A.C., VI, 738.

Secondo l'impostazione teorica della doppia revisione, vi è un sottile equilibrio tra poteri, pendenti verso il Parlamento, il quale avrebbe come unico limite sostanziale quello dei vincoli procedurali imposti dall'art. 138 Cost.

Un'altra lettura che indebolisce i principi supremi è quella rigorosamente formalistica, secondo cui l'irrivocabilità della forma repubblicana deve essere equiparata a un mero divieto di successione ereditaria della carica di Capo dello Stato.

Il modello repubblicano viene quindi opposto al modello monarchico sulla base della vicenda del *referendum* costituzionale del 2 giugno 1946, dando alla scelta repubblicana un significato limitato alla ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato, Presidente della Repubblica e non più re<sup>416</sup>.

Nello sforzo di ricercare un *quid pluris* caratterizzante l'imperativo repubblicano di cui all'art. 139 Cost. c'è chi ha proposto una lettura secondo la quale l'ultimo articolo della Costituzione deve essere letto tenendo ben presente il primo.

Volendo leggere il *referendum* del 1946 come una scelta volutamente e definitivamente democratica, che ricomprende garanzie che superano la mera elezione del Capo dello Stato, non potrebbero essere modificati in alcun modo i presupposti indefettibili della democrazia liberale e pluralista voluta dei costituenti<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Il significato del vincolo imposto dall'art. 139 sarebbe quindi limitato all'elettività e temporaneità dell'Ufficio di Capo dello Stato, in contrapposizione al diritto personale e al carattere e al carattere vitalizio del Capo dello Stato monarchico (così, F. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, Padova, 1962). Nella forma più restrittiva di questa interpretazione, la forma repubblicana è una fotografia degli esiti del referendum del 2 giugno: ossia non era la figura del re in generale che veniva ripudiata, ma era particolarmente la monarchia sabauda che veniva messa al bando dalla Costituzione. Questa ipotesi interpretativa si appoggiava anche sulle disposizioni transitorie finali, che sancivano l'esilio dei Savoia. In questo senso la disposizione finale della costituzione avrebbe impedito alla Casa Sabauda di tornare ad abitare il Quirinale.

<sup>417</sup> Si veda la lettura di Stefano Maria Cicconetti, secondo il quale «la mancanza o l'insufficienza di un richiamo testuale esclude perciò che nella nostra Costituzione possano individuarsi altri limiti della revisione in aggiunta all'unico espressamente formulato dall'art. 139 in relazione all'art. 1». Ciò «esclude che possano modificarsi direttamente le disposizioni costituzionali contenenti riferimenti alla Repubblica; che possa abolirsi la carica di Presidente della Repubblica per tornare alla figura del Capo di Stato monarchico; che, pur mantenendosi formalmente la carica di Presidente della Repubblica, se ne alterino nella sostanza i requisiti che la caratterizzano, stabilendosi ad esempio che essa è a vita o che ad essa si accede non in quanto eletti bensì per diritto ereditario» (S. M. CICCONE, *Revisione costituzionale (voce)*, in Enc. Dir., XL, 1989, 154).

Analogamente si è detto che a norma dell'art. 139 Cost. qualunque revisione in senso regressivo deve considerarsi illegittima, quale che sia il principio costituzionale intaccato, in quanto nella tutela della forma repubblicana sarebbe da includersi tutto il valore innovativo di quella<sup>418</sup>, talché quello della puntualità e specificità dei mutamenti costituzionali integrerebbe un limite "logico" alla riforma costituzionale, che sarebbe operante in maniera assoluta, in relazione a qualsiasi procedimento avente un epicentro parlamentare<sup>419</sup>.

## 5. Al di là dell'articolo 139 Cost.: limiti inespressi alla revisione costituzionale

Partendo dalle considerazioni dapprima riportate, si sono negli anni addizionate letture dei limiti di revisione costituzionali che finiscono per essere soltanto formalmente ancorate al testo costituzionale citato, i cui contenuti possono e devono essere individuati sulla base di un'interpretazione sistematica della Costituzione.

Tra le letture espansive dei limiti alla revisione che, a partire dall' art. 139 Cost., abbracciano anche altri principi costituzionali, vi è quella che finisce per portare sotto l'ombrello dei limiti alla revisione costituzionali quasi l'intera Costituzione<sup>420</sup>.

Sono varie le posizioni della dottrina sulla definizione dei criteri per identificare l'elenco di questi diritti inviolabili e la misura della loro inviolabilità: si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, definito come "fondamentale diritto

---

<sup>418</sup> G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi di onore P. Biscaretti di Ruffa*, Milano, 1987.

<sup>419</sup> S. GAMBINO- G. D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffè, 2007, cit. p. 741.

<sup>420</sup> Tra le interpretazioni estensive possono annoverarsi quelle di Carlo Esposito e Vezio Crisafulli. Il primo si soffermava invece sul principio di indivisibilità della Repubblica, drasticamente sottratto alla disponibilità del legislatore costituzionale rispetto alla stessa forma repubblicana dello Stato. Secondo Crisafulli sarebbero sottratti alla revisione costituzionale il principio di eguaglianza, il principio di rigidità della costituzione, il principio di sovranità popolare e quello di democraticità della Repubblica ( G. U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in *Riv. AIC*, Padova 20 giugno 2003).

dell'individuo”, e alla necessità del suo bilanciamento con l’iniziativa economica privata e con il diritto al lavoro<sup>421</sup>.

L’irrieducibilità della forma repubblicana comporterebbe, quindi, la sottrazione alla revisione di un lungo elenco di principi costituzionali, che spaziano dalle libertà civili alla costituzione economica, dalle disposizioni che regolano la giurisdizione alle norme che sanciscono i diritti sociali<sup>422</sup>.

Tra le disposizioni alle quali la dottrina si è ancorata per delineare i margini costituzionali sottratti ad ogni forma di revisione vi sono innanzitutto i principi descritti negli artt. dall’ 1 al 12 e nella prima parte, dedicata ai “Diritti e doveri dei cittadini”, che caratterizzano, strutturando in profondità, l’ordinamento costituzionale<sup>423</sup>.

In particolare, tra le disposizioni sulle quali la dottrina ha fatto leva per evincere i margini della Costituzione sottratti alla revisione costituzionale, ulteriori rispetto al limite dell’art. 139 Cost., vi sono quelle che attribuiscono a determinati diritti il valore della “inviolabilità”.

Oltre alle disposizioni costituzionali peculiari di cui agli artt. 13 (“la libertà personale è inviolabile”), 14 (“il domicilio è inviolabile”), 15 (“la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili”),<sup>24</sup> comma 2

---

<sup>421</sup> Deve però ribadirsi che, in assenza di elementi testuali certi per identificare tali diritti e, più in generale, i principi supremi, la loro concreta determinazione è rimessa, in definitiva, all’apprezzamento della Corte costituzionale, che concorre, sotto questo profilo, con i soggetti politici nella determinazione dei contenuti storicamente mutevoli della materia costituzionale (F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www.edizionicafoscari.unive.it/](http://www.edizionicafoscari.unive.it/), 2013, cit. p. 7).

<sup>422</sup> Un esempio significativo è quello fornitoci da Antonio Reposo, il quale desume dall’art. 139 non solo il principio di elettività del Capo dello Stato, ma anche una serie di corollari ad esso collegati: il Presidente della Repubblica non potrebbe che essere eletto in “secondo grado”, dal Parlamento in seduta comune; gli organi coinvolti nell’elezione del Capo dello Stato non potrebbero che essere eleggibili, secondo modalità che dovrebbero necessariamente contemplare il suffragio universale, l’universalità dell’elettorato passivo e il principio proporzionale del sistema elettorale. (A. REPOSO, *La forma repubblicana secondo l’art. 139 della Costituzione*, Garangola, 1970).

<sup>423</sup> Quest’ultimo verrebbe meno nel caso in cui i predetti principi non fossero osservati e tutelati. I valori citati assumono, allora, una valenza giuridica essenziale, tale da potere affermare che la stessa organizzazione dei pubblici poteri sia in via principale funzionale alla loro attuazione.

(“la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”), si è fatto riferimento alla generica proclamazione di cui all'art. 2 Cost.<sup>424</sup>.

Le più attente ricostruzioni hanno sottolineato, inoltre, la differenza tra “previsioni” e “violazioni”.

Di violazione o di inviolabilità può parlarsi, infatti, sia in riferimento al diritto come norma giuridica oggettivamente considerata, sia in relazione alla situazione giuridica soggettiva che la norma conferisce al singolo, ma è in quest'ultimo senso che viene intesa l'espressione comunemente adoperata di “diritti inviolabili; di revisione, di rivedibilità o di irridibilità si parla, invece, unicamente in relazione alle disposizioni dell'ordinamento, per descrivere l'aspetto e le eventuali modalità della loro abrogazione o modificazioni<sup>425</sup>.

Secondo questa impostazione, la revisione della forma repubblicana è recepita come la più grave minaccia ai diritti inviolabili, intesi come patrimonio identificativo e irretirabile dello Stato italiano<sup>426427</sup>.

## **6. I limiti derivanti dall'art. 138 Cost.**

---

<sup>424</sup> Art. 2 Cost.: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

<sup>425</sup> P. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili della Costituzione*, Padova, 1972, cit. p. 101.

<sup>426</sup> I termini “diritti umani”, “diritti inviolabili”, “diritti costituzionali” e “diritti fondamentali” sono termini equivalenti, essendo di indicare i diritti che dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale. Ciò sembra testare, come un sapere comune, il profondo intricato rapporto che lega da sempre diritto naturale e diritto positivo. Secondo questa lettura, la Costituzione offre numerosi indizi testuali, tali da permettere una ricostruzione del principio di dignità umana indissolubilmente legata al cittadino. Ricostruzione che trova conforto nelle parole “l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro” (art. 1); o ancora nell'articolo 5, laddove proclama che la Repubblica è una e indivisibile

<sup>427</sup> Secondo un'impostazione che leggermente si discosta da quest'ultima, giungendo però alle stesse conclusioni, inviolabilità dei diritti e rivedibilità della forma repubblicana sono complementari, nel senso che rispetto al nucleo irrinunciabile di valori sottesi alla forma repubblicana, la garanzia dei diritti inviolabili non è soltanto una parte necessaria, ma ne rappresenta il principio primo o il fondamento interno.

Oltre ai limiti sostanziali, la Costituzione italiana prevede anche, come si è detto, un limite formale espresso, opposto al legislatore costituzionale, consistente nell'aggravamento della procedura di revisione.

A norma dell'art. 138, la legge di revisione deve essere approvata con doppia deliberazione, rispettando l'intervallo minimo di tre mesi tra le due deliberazioni e le maggioranze richieste<sup>428</sup>.

L'*iter* è disciplinato dai regolamenti di Camera e Senato rispettivamente agli artt. 97 ss. e 121 ss. (non essendo prevista una specifica procedura dell'art. 138 Cost.), i quali stabiliscono che in prima deliberazione si applicano le procedure previste per i progetti di legge ordinaria (art. 97 reg. Camera e art. 121 reg. Senato) e prevedono le sole disposizioni che non sono invece applicabili nella seconda votazione (art. 99 reg. Camera e art. 123 reg. Senato)<sup>429</sup>.

Partendo dalla tesi del paradosso di Alf Ross sulle norme giuridiche autoreferenziali<sup>430</sup> (che può essere in estrema sintesi riassunta nell'affermazione "una proposizione non può riferirsi a sé stessa"), si è ritenuto che il procedimento di revisione costituzionale non fa logicamente parte della Costituzione, ma contiene norme presupposto, poste su di un piano più elevato.

---

<sup>428</sup> In dottrina, per quanto concerne l'intervallo non minore di tre mesi che deve intercorrere tra le due votazioni, sono presenti due filoni interpretativi. Uno, minoritario, ritiene che nel conteggio dei giorni che intercorrono tra le votazioni di Camera e Senato debba utilizzarsi il principio di consecutività. Un altro, maggioritario, considera il principio dell'alternatività più conforme ai principi di logica giuridica e di parità dei due rami del Parlamento. Il principio di alternatività consente innanzitutto che una Camera non proceda alla seconda deliberazione senza conoscere l'orientamento dell'altra e di evitare il raddoppio dell'intervallo tra le due votazioni (L. BELLODI, *L'ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Costituzione*, in *Riv. Amministrazione in cammino*, cit. p. 3).

<sup>429</sup> L. BELLODI, *L'ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Costituzione*, in *Riv. Amministrazione in cammino*, cit. p. 2.

<sup>430</sup> "Le norme della Costituzione che prevedono una speciale procedura per la modificazione della Costituzione stessa sono, nello stesso tempo, norme che costituiscono un'autorità costituente distinta da quella legislativa (...) ciò significa che non esiste una norma superiore la quale determini le condizioni tanto della loro valida emanazione quanto della loro modificazione. Da un punto di vista giuridico, quindi, è impossibile pronunciarsi circa il modo in cui la superiore ideologia istitutiva (presupposta) può essere modificata"; e questo perché non è possibile che "una norma determini le condizioni della propria emanazione, compreso il modo in cui può essere modificata" (A. ROSS, *Diritto e Giustizia*, trad. di G. Gavazzi, Torino, 1965).

Poiché le disposizioni che regolano la modifica di una norma appartengono al presupposto di queste, se ne deduce una superiorità delle prime sulle ultime.

Ma in merito, le elucubrazioni dottrinali sono vaste e variopinte.

Taluno ha stimato modifiche all'art.138 Cost., sul presupposto che dovesse essere mantenuto intatto il principio di rigidità costituzionale<sup>431</sup>, mentre altri hanno ritenuto ammissibile soltanto modifiche che inasprissero ulteriormente il procedimento<sup>432</sup>.

Altri hanno sostenuto l'inderogabilità dell'art. 138 Cost., in quanto la norma opererebbe su un piano distinto rispetto a quelli su cui opera la carta costituzionale e la sua immutabilità sarebbe un corollario dell'essere stesso la carta in grado<sup>433</sup>.

Ancora, c'è chi non solo ha ammesso la modificabilità dell'art. 138 Cost., ma ha argomentato l'esistenza di un preciso obbligo costituzionale di una sua revisione, al fine di aggiornarlo al mutare del quadro politico- istituzionale<sup>434</sup>.

## **6.1 La “debolezza” del procedimento “rafforzato” ex art. 138 in una prospettiva comparata**

Le perplessità della dottrina circa l'effettiva capacità della maggioranza prevista dall'art. 138 Cost. di garantire il coinvolgimento delle forze politiche di opposizione nel procedimento di revisione costituzionale, sono state ulteriormente irrobustite dalle riforme del 1993 e del 2006, che hanno rispettivamente adottato una formula tendenzialmente maggioritaria e un meccanismo proporzionale con premio di maggioranza al 55%.

Sebbene fosse comunemente accettata, tra le varie rivalità politiche, la regola tacita secondo la quale la Costituzione non può essere modificata unilateralmente, come

---

<sup>431</sup> *Ex multis*, A. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss*, Torino, 1961.

<sup>432</sup> *Ex multis*, A. PACE, *Morte di una costituzione*, in *Giur. cost.*, 1999.

<sup>433</sup> V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1974.

<sup>434</sup> *Ex multis*, F. RIGANO, *La costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Padova, 2013.

estensione dell'indirizzo di maggioranza<sup>435</sup>, in una prospettiva comparata, il meccanismo attraverso il quale viene assicurata la rigidità della nostra Costituzione è fra i meno democratici<sup>436</sup>.

La quasi totalità delle costituzioni vigenti nel mondo, con poche eccezioni (tra cui Regno Unito, Nuova Zelanda e Israele), prevede, per la modifica della Costituzione, procedure diverse dall'ordinario procedimento legislativo, che si accompagnano alla introduzione di altri istituti di garanzia della rigidità costituzionale.

Anche i Paesi dell'Unione europea si inseriscono in questa tradizione, riconoscendo la superiorità del dettato costituzionale nelle formule di revisione costituzionale, prevedendo procedimenti aggravati finalizzati ad ottenere, attorno all'*higher lawmaking*, un consenso più vasto ed articolato rispetto alle decisioni di *normal lawmaking*, affidato alle maggioranze politiche.

Diversamente a quanto accade per la Costituzione italiana, è diffusa (specie negli ordinamenti che si sono dotati di nuove costituzioni a seguito di processi di democratizzazione) la scelta in favore di procedure differenziate per la modifica delle diverse parti della costituzione (cosiddetta "rigidità variabile")<sup>437</sup>.

In primo luogo, volendo riportare alcuni casi, la maggioranza assoluta prevista dall'art. 138 Cost. è più bassa di quella stabilita, ad esempio, in Germania e Portogallo (due terzi in unica votazione<sup>438</sup>), in Brasile (tre quinti in tre distinte votazioni<sup>439</sup>), in Liechtenstein (tre quarti con doppia votazione in mancanza dell'unanimità<sup>440</sup>).

---

<sup>435</sup> Questa logica consensuale è stata, però, contraddetta dalle due revisioni costituzionali del 2001 e del 2006, aventi ad oggetto, l'una, la riforma del Titolo V, della Parte seconda della Costituzione, la seconda, ampie modificazioni dell'assetto costituzionale, peraltro respinte in via referendaria, (F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www.edizionicafoscari.unive.it](http://www.edizionicafoscari.unive.it), 2013, cit. p. 471).

<sup>436</sup> F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www.edizionicafoscari.unive.it](http://www.edizionicafoscari.unive.it), 2013, cit. p. 470 ss.

<sup>437</sup> Cit. T. GROPPI, *La revisione della costituzione. Commento all'art. 138*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVIERI, *Commento alla Costituzione*, Vol. III, UTET, Torino, 2006.

<sup>438</sup> Art. 79 GG tedesca e art. 276 Cost. Portogallo.

<sup>439</sup> Art. 60 Cost. brasiliana.

<sup>440</sup> Art. 111 Cost. del Liechtenstein.

Inoltre, in numerosi Stati, fra cui la Svizzera<sup>441</sup>, l'Irlanda<sup>442</sup>, la Danimarca<sup>443</sup> (art. 88) e il Giappone<sup>444</sup> il *referendum* è un presupposto ineliminabile nel procedimento di revisione, a differenza dell'Italia (come anche della Spagna<sup>445</sup>)<sup>446</sup>.

Molte costituzioni, emulando la Costituzione francese del 1971, arrivano al punto di prevedere che sul testo di revisione costituzionale si esprimano due distinte legislature, disponendo lo scioglimento automatico delle Camere che hanno approvato la legge di revisione costituzionale in prima lettura (così le costituzioni belga, olandese, danese, svedese, greca e bulgara).

A ciò si aggiungono le previsioni di quei Paesi (come Austria, Svizzera e Spagna), in cui è consentita una modifica totale o delle parti più basilari della Costituzione, che, con il chiaro intento di preservare la rigidità del dettato costituzionale, stabiliscono procedimenti ancora più aggravati rispetto a quello regolamentante la revisione “parziale” o di parti ritenute meno pregnanti.

## **7. Derogabilità al procedimento di cui all'art. 138**

Il meccanismo della doppia lettura fu ritenuto dai Costituenti la garanzia migliore della rigidità della Costituzione, al fine di evitare audaci leggerezze e, allo stesso modo, ancoraggi conservatoristici<sup>447</sup>.

---

<sup>441</sup> Art. 195 Cost. svizzera.

<sup>442</sup> Art. 36 Cost. irlandese.

<sup>443</sup> Art. 88 Cost. danese.

<sup>444</sup> Art. 96 Cost. giapponese.

<sup>445</sup> Art. 167 Cost. spagnola.

<sup>446</sup> In generale, si rileva che sono pochissimi i paesi nei quali, attraverso un referendum obbligatorio, la volontà popolare viene ad inserirsi come momento costitutivo della legislazione di rango costituzionale: ciò avviene in Danimarca, Irlanda, Francia (dove il *referendum* può essere scongiurato attraverso modalità procedurali che comportano una maggioranza più elevata). *Referendum* obbligatori sono previsti limitatamente alla revisione di alcuni articoli in Estonia, Lettonia, Lituania, Malta e per la revisione totale in Austria. In alcuni ordinamenti (Polonia, Slovenia, Spagna, Svezia) è invece previsto un referendum facoltativo, a valenza chiaramente oppositiva, in quanto l'iniziativa è riservata a minoranze parlamentari (T. GROPPi, *La revisione della costituzione. Commento all'art. 138*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVIERI, *Commento alla Costituzione*, Vol. III, UTET, Torino, 2006).

Si comprende quindi la grande rilevanza del problema della derogabilità del procedimento di revisione costituzionale, cioè l'adozione di una procedura eccezionale di revisione atta a consentire una straordinaria manovra sulla Costituzione finalizzata alla manutenzione della stessa.

I due casi più significativi sono i procedimenti previsti dalle leggi costituzionali del 6 agosto 1993 n. 1 e del 24 gennaio 1997 n. 1, istitutive delle cosiddette bicamerali per le riforme, le quali autorizzavano, mediante l'approvazione di una legge costituzionale secondo il procedimento ordinario, una variante *una tantum* al procedimento di revisione.

La situazione che ne risulta è del tutto eccezionale: i senatori membri del Comitato prenderebbero parte alle sedute della Camera dei deputati e, viceversa, i deputati membri del Comitato apparirebbero quali soggetti attivi del confronto in Senato.

Una Commissione bicamerale, in luogo di una commissione referente in seno a ciascuna delle due Camere, sembra però contrastare anche con l'art. 72 Cost<sup>448</sup>.

Anche se al terzo comma del predetto articolo si ammette la possibilità di sottoporre a esame e approvazione i disegni di legge a generiche "commissioni", bisogna tenere presente anche il disposto del primo comma, che allude alla libertà di organizzazione dell'*iter* legislativo nell'ottica nel principio del bicameralismo.

In entrambe le leggi è poi contenuta, sempre in via derogatoria, una disciplina riduttiva della facoltà di proporre modifiche nel corso del procedimento di revisione, nella fase successiva all'elaborazione del progetto di riforma costituzionale<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> L. BELLODI, *L'ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Costituzione*, in *Riv. Amministrazione in cammino*, cit. p. 12 ss.

<sup>448</sup> Art. 72 Cost.: Ogni disegno di legge, presentato ad una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione e poi dalla Camera stessa, che l'approva articolo per articolo e con votazione finale. Il regolamento stabilisce procedimenti abbreviati per i disegni di legge dei quali è dichiarata l'urgenza. Può altresì stabilire in quali casi e forme l'esame e l'approvazione dei disegni di legge sono deferiti a Commissioni, anche permanenti, composte in modo da rispecchiare la proporzione dei gruppi parlamentari. Anche in tali casi, fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o un decimo dei componenti della Camera o un quinto della Commissione richiedono che sia discusso e votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il regolamento determina le forme di pubblicità dei lavori delle Commissioni. La procedura normale di esame e di approvazione diretta da parte della Camera è sempre adottata per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi.

La legge costituzionale n. 1/1997, sempre al fine di velocizzare e ridurre l'iter legislativo, non consente questioni pregiudiziali, sospensive e di stallo degli articoli<sup>450</sup>.

Derogando a quanto previsto nei regolamenti di Camera e Senato, la legge costituzionale n. 1 del 1997 prescrive il voto palese sia per la votazione in Commissione che in Assemblea<sup>451</sup>.

Avendo ancora riguardo alla sola legge costituzionale del 1997, l'art. 2 quarto comma prevede, in via del tutto innovativa, un termine entro cui la Commissione deve trasmettere alle Camere un progetto di legge<sup>452</sup>; l'art. 81 reg. Camera, che prescrive un termine di due mesi per la conclusione dei lavori della Commissione in sede referente, non obbliga la Commissione a presentare un progetto.

Nell'ipotesi in cui siano stati presentati più progetti, al momento della votazione finale, l'Assemblea, dopo aver approvato articolo per articolo e con due successive deliberazioni i progetti di legge costituzionale, dovrà passare alla votazione finale sul complesso degli articoli di tutti i progetti<sup>453</sup>.

Ciò è lapalissianamente in contrasto con la volontà del Costituente, che aveva valutato e ritenuto rischioso procedere a una revisione della Carta attraverso una procedura di revisione unitaria, preferendo, evidentemente, revisioni puntuali e riportate ad una singola procedura.

---

<sup>449</sup> Tali discipline derogano alle disposizioni regolamentari, rispettivamente art. 86, primo comma, reg. Camera e art. 100, terzo comma, reg. Senato, i quali prevedono una più permissiva disciplina circa la presentazione di emendamenti.

<sup>450</sup> Una tale disposizione deroga alla ordinaria disciplina legislativa in quanto, gli artt. 93 reg. Senato, e 40 reg. Camera, prescrivono che questioni pregiudiziali e sospensive possono essere proposte da un Senatore o Deputato prima che abbia inizio la discussione oppure, a certe condizioni anche durante la discussione.

<sup>451</sup> Nello specifico, al combinato disposto del secondo, quarto e settimo comma art. 113 del reg. Senato e agli artt. 49 e 51 reg. Camera, che invece ammettono lo scrutinio segreto.

<sup>452</sup> Tale previsione fu fortemente criticata dal senatore popolare Leopoldo Elia, contrario "all'idea di porre un termine finale ai lavori del Parlamento sulle riforme, perché su un tema così importante non è possibile porre vincoli di tempo se non quelli della fine della legislatura".

<sup>453</sup> Non solo una simile eventualità non è prevista all'art. 138 Cost, ma non vi è traccia anche nei disposti regolamentari di Camera e Senato in cui, rispettivamente agli artt. 97 ss. e 121 ss., è riportato il "disegno di legge costituzionale".

Infine, meritano di essere citate due deroghe all'ordinaria procedura di revisione costituzionale, contenute in ambedue le leggi costituzionali, che hanno ad oggetto l'approvazione, in seconda deliberazione, con la sola maggioranza assoluta<sup>454</sup> e il *referendum* obbligatorio<sup>455</sup>.

Benché i progetti di riforma che avrebbero dovuto essere adottati a valle del procedimento speciale siano stati abbandonati, i medesimi problemi si sono riproposti nel corso degli anni nell'esperienza costituzionale italiana (anche se fino ad oggi le procedure derogatorie non hanno condotto ad alcuna modifica della Costituzione).

Un esempio è fornito dal disegno di legge costituzionale approvato dal Senato il 23 ottobre 2013 ("Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali"), che non propone ingenti modifiche alla procedura di revisione.

Infatti, in aderenza all'art. 138 Cost., esso prevede che i progetti di revisione costituzionale nelle materie della forma di Stato, della forma di Governo, del bicameralismo e dei sistemi elettorali siano esaminati, in sede referente, da un Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali (composto da venti senatori e da venti deputati).

Ciascuno di tali progetti (emendabili), da trasmettere ai Presidenti delle Camere, deve essere contenutisticamente omogeneo e sistematicamente coerente.

Il procedimento di revisione prevede due successive deliberazioni di ciascuna delle Camere, con un intervallo di almeno un mese, le quali devono concludersi entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup>La deroga risiede nel contrasto con il disposto del dettato costituzionale, il quale, all'art. 138 Cost., tra i modi possibili di approvazione della legge, ammette la votazione nella seconda deliberazione di entrambe le Camere a maggioranza dei due terzi.

<sup>455</sup> Per quanto invece concerne il referendum, la l. cost. 1/1993 contiene una sola deroga, ovvero l'obbligatorietà dell'istituto; mentre nella l. cost. 1/1997 è aggiunta anche la previsione di un quorum pari alla maggioranza dei cittadini aventi diritto di voto.

<sup>456</sup>Diversamente dal procedimento parlamentare di revisione regolato dall'art. 138 Cost., che prevede solo un termine minimo per la revisione, il disegno di legge costituzionale prevede sia un termine minimo sia un termine massimo.

L'approvazione della legge in seconda votazione, con la maggioranza dei due terzi dei componenti, non inibisce un successivo *referendum* popolare.

Il disegno, tuttavia, è formalmente fermo in Commissione alla Camera dal 21 novembre del 2013<sup>457</sup>.

## **8. I limiti ricavati dalla necessaria omogeneità dell'oggetto del *referendum* abrogativo**

Come abbiamo visto, l'art. 138 Cost. consente che una legge di revisione costituzionale venga legittimamente approvata e divenga efficace senza che il popolo abbia l'opportunità di intervenire.

In tale ottica, il *referendum* costituzionale appare come il garante delle minoranze parlamentari, alle quali è riconosciuta la facoltà di richiedere il ricorso al corpo elettorale esclusivamente nel caso in cui ritengano la revisione costituzionale dannosa dei loro diritti<sup>458</sup>.

Dalla rilevanza che il *referendum* risulta avere in relazione al principio fondamentale di democraticità, è evidente come esso sia stato utilizzato dalla dottrina come argomento al fine di costruire limiti sostanziali al legislatore costituzionale, sulla base delle conclusioni della giurisprudenza costituzionale in merito al *referendum* abrogativo.

Al pari del *referendum* abrogativo, il *referendum* costituzionale dovrebbe essere caratterizzato da una matrice omogenea, al fine, chiaramente garantista, della tutela della volontà dell'elettore, il quale potrebbe essere favorevole solo a una parte della riforma<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in *www.edizionicafoscari.unive.it*, 2013, cit. pp. 472- 473.

<sup>458</sup> Questa interpretazione è confermata dallo stesso relatore Rossi, il quale sostenne che il riconoscimento della possibilità di approvare una legge di revisione con il voto favorevole della sola maggioranza assoluta doveva ritenersi strettamente legato al sistema elettorale di tipo proporzionale.

<sup>459</sup> E' stato in particolare sostenuto che la Costituzione non prevede la possibilità di riforme "totali" o "disomogenee", ma legittima solamente quelle "puntuali" e "omogenee", per cui grava su quanti presentano

Poiché non è previsto alcun vaglio di ammissibilità del *referendum* costituzionale da parte della Consulta, dovrebbero essere le Camere a delibare leggi di revisione a contenuto puntuale e unitario.

A confortare questa impostazione, oltre al dato letterale dell'art 138 Cost. che meglio sembra adattarsi a progetti precisi, anche le grandi riforme istituzionali degli ultimi trent'anni<sup>460</sup>.

Tra queste, il referendum del 25 e 26 giugno 2006<sup>461</sup>, che è stato giustamente segnalato come l'indice che la Costituzione è ancora percepita come valore nazionale identitario.

I commenti della dottrina, così come le discussioni parlamentari, si sono in larga maggioranza orientati nel senso di trarre da tale fallimento, succeduto alle citate esperienze delle Bicamerali, l'insegnamento di tornare ad un'attività di manutenzione della Costituzione specifiche e puntuali.

Più in particolare, viene rimarcata l'opportunità che per le riforme costituzionali venga seguito un metodo che inibisca l'uso politico della Costituzione<sup>462</sup>.

Tale insegnamento non sembra, però, essere stato seguito dal legislatore in occasione del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2014.

Tant'è che larga parte della dottrina, nuovamente, ha respinto l'idea di una legge di revisione costituzionale omnibus, su temi disomogenei: essa costringe l'elettore a

---

un progetto di legge di revisione costituzionale l'onere di proporre solo modifiche puntuali, non potendosi mai dare per scontata l'approvazione della legge da parte della maggioranza qualificata che esclude la possibilità del ricorso al referendum (A. PACE, *L'incostituzionalità della costituzione di Berlusconi. Una traccia per poter discutere su una legge costituzionale assai controversa*, in [www.eius.it](http://www.eius.it) 2006).

<sup>460</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli Edizioni, 2015, I.

<sup>461</sup> Il punto principale della riforma era la cosiddetta "devoluzione dei poteri alle regioni", in genere abbreviata e inglesizzata in "devolution", un termine a volte utilizzato per indicare l'intera riforma. In particolare la riforma avrebbe trasformato l'organizzazione scolastica e sanitaria, la polizia regionale e locale, in materie di esclusiva competenza regionale.

<sup>462</sup> R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in Riv. AIC.

“bilanciare” le eventuali ragioni di consenso verso alcune parti delle riforme con le eventuali ragioni di dissenso verso altre parti<sup>463</sup>.

A parere di chi ha criticato le revisioni costituzionali *omnibus*, quest’ultime finiscono con l’incidere negativamente anche sulla legittimazione del sistema costituzionale, insinuando l’idea di un transito in una “seconda o in una terza repubblica”<sup>464</sup>.

## **9. Le incertezze interpretative intorno all’art. 139 Cost. e la teoria della Costituzione materiale**

Parte della dottrina ritiene che le incertezze interpretative circa i limiti di revisione costituzionale sia imputabile ad una formulazione vaga dell’art. 139 Cost.

A confutare questa ipotesi soccorre l’esperienza tedesca, laddove l’art. 79.3 della legge Fondamentale della Repubblica federale tedesca dispone che non è consentita alcuna modifica della Legge stessa che riguardi l’articolazione in Lander, il principio della partecipazione dei Lander alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20.

Tale disposizione assurge a un livello di minuziosità evidentemente superiore rispetto a quello della nostra corrispondente norma costituzionale.

A ben vedere però, l’elevato grado di dettaglio con cui è formulato l’art. 79.3 GG non ha impedito al Tribunale costituzionale federale (BVerfG) di estendere la portata applicativa della copertura a diritti non espressamente richiamati<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> A.CERRI, Riflessioni sul referendum costituzionale, in Riv. AIC, 30 gennaio 2017.

<sup>464</sup> Vi è da riportare, inoltre, il commento squisitamente politico, più che giuridico, di chi ha giustamente sottolineato che accorpare quesiti diversi in un’unica consultazione tende a ridurre il consenso piuttosto che ad accrescerlo: il bilanciamento fra preferenze meno intense e preferenze più intense può contenere gli effetti altrimenti drastici di questa riduzione.

<sup>465</sup> Pronuncia significativa è l’Abhornteil: il BVerfG era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge di revisione che aveva ridotto la tutela costituzionale del diritto alla segretezza delle comunicazioni.

Ciò vale a comprendere che le indagini della dottrina italiana non si interromperebbero per il solo fatto di avere un elenco dettagliato di principi e diritti sottratti a revisione.

A sostegno di tale tesi basta addurre le teorie elaborate che emancipano i limiti alla revisione dalle singole disposizioni costituzionali, per recuperarle da argomenti sistematici e slegati dal diritto positivo<sup>466</sup>.

Di fondamentale rilievo a tal proposito appare la dottrina della Costituzione materiale, così come formulata da Costantino Mortati.

L'insigne giurista riteneva che Costituzione materiale e formale dovessero essere divise: la seconda è la rappresentazione del fine politico- costituzionale delle forze politiche dominanti che, esprimendo la forza sociale, conferisce effettività alla prima<sup>467</sup>.

In altre parole, secondo Mortati vi sarebbe, quindi, un assetto istituzionale vigente al di là del dato formale costituito dai precetti costituzionali, quale risulta dagli orientamenti del corpo sociale e dalla volontà delle forze politiche.

Tale dato concreto esisterebbe a prescindere dal dato formale rappresentato da quei precetti giuridici che sono contenuti nella Carta Costituzionale e ciò sarebbe la vera Costituzione.

I due concetti non sarebbero coincidenti: il vero dato costituzionale sarebbe quello effettivamente esistente nella società, come dato sociale realmente percepito, e non l'insieme rigido ed astratto delle norme componenti la Costituzione formale<sup>468</sup>.

La teoria della Costituzione materiale *“è in grado di vincolare e orientare l'interprete nelle ambigue operazioni ermeneutiche che spesso le anfibologiche norme*

---

<sup>466</sup> Parimenti, nella dottrina tedesca, ripercorrendo la dottrina della costituzione schmittiana, si legge che “la distinzione fra costituzione e legge costituzionale è però possibile solo perché l'essenza della costituzione non è contenuta in una legge o in una norma. Prima di ogni normazione c'è una decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente”. Le disposizioni espressive della decisione politica fondamentale non sono leggi costituzionali, in quanto non sono leggi e quindi nemmeno leggi costituzionali (C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*).

<sup>467</sup> C. MORTATI, *Costituzione*, cit. p. 139 ss.

<sup>468</sup> A. CATELANI, *Mortati e le costituzioni moderne*.

*costituzionali richiedono, e- più ampiamente- dispiega un ruolo rilevante nella definizione di vicende in cui viene messa in discussione l'identità stessa dell'ordinamento”*.<sup>469</sup>

## **10. I principi supremi nella giurisprudenza della Corte costituzionale**

Il compito precipuo della Corte costituzionale, il motivo per il quale è stata concepita e istituita, è opporre un limite al potere politico, applicando i principi costituzionali alle singole scelte politiche.

Ciò inevitabilmente implica anche la continua rilettura della Carta, che è essenza della funzione stessa di garanzia esercitata dalla Corte costituzionale<sup>470</sup>.

Le sue decisioni si pongono come limite al potere discrezionale del legislatore, dovendo ritenersi riservata alla Corte e preclusa al legislatore la precisazione, sia in positivo che in negativo, del nucleo fondamentale dei diritti primari<sup>471</sup>.

A ben vedere, le pronunce della Corte sui principi supremi sono disomogenee e frammentate in un arco temporale ampio.

In questo scenario appare utile riportare le tre occasioni più rilevanti in cui la Corte costituzionale ha avuto modo di sindacare la legittimità di una legge costituzionale.

Il primo caso aveva ad oggetto la competenza penale dell'Alta Corte siciliana, così come stabilita dagli artt. 26 e 27 dello Statuto della Regione siciliana, approvato con d.lgs. n. 455 del 1946 e successivamente recepito dalla legge costituzionale n. 2 del 1948.

---

<sup>469</sup> S. BARTOLE, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1989, cit. p. 306.

<sup>470</sup> F. GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www.edizionicafoscari.unive.it/](http://www.edizionicafoscari.unive.it/), 2013.

<sup>471</sup> Si tratta di un'operazione delicata e complessa, che non si può svolgere attraverso un approccio atomistico ai singoli diritti, ma che deve invece consistere in un bilanciamento che tenga conto del potenziale conflitto fra più diritti. Si pensi al caso dell'ILVA di Taranto, all'oggettiva difficoltà di conciliare il diritto alla salute con l'iniziativa economica privata e con il diritto al lavoro (Corte cost. sent. n. 85 del 2013).

A parere della Corte, la successiva “costituzionalizzazione” delle disposizioni cui la Carta fa rinvio, tra le quali figurano quelle dello Stato siciliano in questione, aveva già depurato le norme incompatibili con la sopravvenuta Costituzione, cessando così di vigenza<sup>472</sup>.

Nel secondo caso, avente ad oggetto gli articoli 28 e 29 dello Statuto speciale della Regione Trentino- Alto Adige/Südtirol, il passaggio sui principi supremi è un *obiter dictum*, una premessa al fine di giustificare la sindacabilità di norme veicolate da una legge costituzionale<sup>473</sup>.

Ciononostante, il passo che si sta per riportare ha segnato un passaggio importante nella giurisprudenza della Consulta e nella dottrina successiva, benché si tratti di una pronuncia parzialmente isolata<sup>474</sup>: “La Costituzione italiana contiene alcuni principi

---

<sup>472</sup>Il giudice istruttore presso il tribunale di Palermo aveva sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale relativamente agli artt. 26 e 27 dello Statuto per la Regione siciliana per contrasto con l'art. 102, comma secondo, della Costituzione e con la legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2. Il giudice a quo osservava che veniva a determinarsi una condizione di impunità di fatto per quei cittadini che godono della garanzia prevista dall'art. 26 dello Statuto siciliano, con una norma da ritenere di immediata applicazione. Più precisamente, la questione di legittimità costituzionale si porrebbe nel senso di ritenere non manifestamente infondato che l'Alta Corte, avendo perduto in forza della sentenza n. 38 del 1957 della Corte costituzionale il suo carattere di organo di giurisdizione costituzionale, non avrebbe, nel contempo e per la stessa ragione, potuto conservare la sua residua competenza di ordine penale, consistendo quest'ultima in una speciale garanzia per i membri del governo regionale che è da intendere in connessione essenziale proprio con quel carattere dell'Alta Corte stessa. Le norme impugnate si dovrebbero perciò considerare in contrasto non già con una singola disposizione, bensì con la ratio della Carta costituzionale (Corte cost., sent. n. 6 del 1970).

<sup>473</sup>Nel corso di un giudizio penale a carico del consigliere provinciale Franz Pahl, imputato del reato previsto dall'art. 292 c.p., la Corte di assise di Bolzano ha sollevato, con un'ordinanza del 9 novembre 1987, questione di legittimità costituzionale degli artt. 28 e 49 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 (Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige) per violazione dell'art. 3 della Costituzione (...). Le predette norme garantiscono ai consiglieri provinciali un'immunità limitata allo svolgimento delle sole funzioni connesse all'esercizio delle competenze legislative previste dagli artt. 8, 9 e 10 Stat. T.A.A. Poiché i membri del Parlamento godono della predetta garanzia per qualsiasi attività svolta nell'esercizio delle varie funzioni parlamentari, per il giudice a quo sussisterebbe una disparità di trattamento tra due categorie omogenee, che induce a sospettare gli artt. 28 e 49 St. T.A.A. di violazione del principio di eguaglianza. Sempre ad avviso del giudice a quo, quest'ultimo principio sarebbe, tuttavia, violato dalle stesse disposizioni anche ove si desse alle norme impugnate un'interpretazione estensiva, sostanzialmente coincidente con quella data all'art. 68 Cost. in relazione ai membri del Parlamento, poiché in tal caso la disparità di trattamento sussisterebbe fra i membri del Consiglio Provinciale, che godono di simile immunità, e i cittadini comuni, privi della medesima prerogativa. (Corte cost., sent. n. 1146 del 1988).

<sup>474</sup> Infatti, “se è vero che la pronuncia spesso ripresa nelle motivazioni di decisioni successive, va anche detto che non vi furono altri casi in cui la Corte ripeté autonomamente affermazioni altrettanto impegnative (non almeno nel contesto *intra moenia*)”, così P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli Edizioni, 2015.

supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”<sup>475</sup>.

L'ultimo caso, cronologicamente precedente a quelli sopra trattati, a ben vedere riguardava una legge ordinaria (leggi regionali della Regione Sicilia)<sup>476</sup>.

La Corte, sollecitata da un'eccezione di incompetenza dell'Avvocatura dello Stato, ha avuto modo di pronunciarsi sul tema della legittimità delle norme dello Statuto siciliano (e quindi una legge costituzionale) che prevedevano la giurisdizione costituzionale dell'Alta Corte siciliana.

La questione è stata per i giudici di Palazzo della Consulta l'occasione di sottolineare il principio dell'unità della giurisdizione costituzionale, espresso nella unicità dell'organo competente ad amministrarla, quale conseguenza necessaria del nostro sistema costituzionale.

Ad opinione della Corte, è vero che il sistema costituzionale ricomprende le autonomie regionali, ma nel quadro e sul presupposto dell'unità dello Stato, solennemente consacrata nella Costituzione e negli Statuti speciali delle Regioni.

Tale unità è richiesta dal carattere rigido della carta costituzionale, che si concreta nel rispetto della regola in base alla quale le modifiche avvengano con l'osservanza di procedimenti speciali e rigorosi.

---

<sup>475</sup> E prosegue riconoscendo che anche precedentemente la Corte ha riconosciuto come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE (oggi UE) può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana".

<sup>476</sup> Corte. cost. sent. n. 38 del 1957.

La regola è soddisfatta non soltanto dal procedimento di revisione costituzionale consacrato dall'art. 138 della Costituzione, ma anche dalla unità della giurisdizione costituzionale che, per parte sua e nel campo suo proprio, assicura una realtà ordinata e un progresso sistemico, pur nella complessità degli ordinamenti regionali<sup>477</sup>.

---

<sup>477</sup> “Non a caso, del resto, le norme sulla Corte costituzionale e quelle sulla revisione della Costituzione formano rispettivamente la prima e la seconda sezione del titolo VI della Carta fondamentale. Alla stregua di questi motivi, l'unità della giurisdizione costituzionale si pone come una esigenza logica prima ancora che come una necessità giuridica” (Corte. cost. sent. 38 del 1957).

## PARTE II

### I CONTROLIMITI E TUTELA DELL'IDENTITÀ COSTITUZIONALE NEL QUADRO DI SVILUPPO EUROPEO

1. La giurisprudenza “federalista” della Corte di giustizia vs la teoria dei controlimiti. - 2. L'individuazione dell'art. 11 Cost. riferimento costituzione per l'esecuzione dei trattati europei.- 3. Il paradigma dualista dei controlimiti.- 4. Il modello monista.- 5. I controlimiti “calati” nel contesto europeo.- 6. L'identità costituzionale e le letture della clausola di salvaguardia delle identità costituzionali.

#### **1. La giurisprudenza “federalista” della Corte di giustizia vs la teoria dei controlimiti**

Il tema del rapporto tra primato del diritto dell'Unione europea e identità costituzionale ha acquisito sempre maggiore importanza a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>478</sup>.

Il tentativo di positivizzare il primato e il formale riconoscimento della clausola di salvaguardia delle identità nazionali sono la base da cui partire per comprendere le relazioni tra il sistema giuridico sovranazionale e singoli sistemi giuridici degli Stati membri.

Il processo di integrazione europea parte dall'assunto della necessità di applicazione conforme del diritto comunitario, che ha come conseguenza la primazia di quest'ultimo sul diritto contrastante.

---

<sup>478</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 11- 19.

Emblematica è la statuizione della Corte di giustizia che, subito dopo aver affermato l'automatica efficacia del diritto comunitario, riprende l'argomento dell'applicazione omogenea nella sentenza *Costa c. Enel*<sup>479</sup>, statuendo che il diritto europeo prevale sul diritto nazionale a prescindere dalla data di emanazione delle norme interne confliggenti.

I giudici, così, inibiscono agli Stati di emanare provvedimenti unilaterali ulteriori, opponibili all'ordine comunitario, suscettibili di mettere in pericolo l'attuazione degli scopi previsti all'art. 5 del Trattato di Roma e di determinare una di quelle situazioni discriminatorie proibite a norma dell'art. 7 dello stesso trattato.

Tali prese di posizione vengono poi ulteriormente rafforzate nella sentenza *Walt Wilhelm*, in cui i giudici europei affermarono che, per evitare che la forza vincolante del trattato e degli atti adottati per la sua applicazione possa variare a seconda degli Stati per effetto di atti interni, è necessario che conflitti tra norme comunitarie e norme nazionali vengano risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario.

Inoltre, a partire dalla sentenza *Internazionale Handelsgesellschaft*<sup>480</sup>, la Corte dispone la prevalenza del diritto comunitario sui principi fondamentali degli ordinamenti

---

<sup>479</sup> Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*. Pur non pronunciandosi *ex professo* sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e norme costituzionali nazionali, sembra intuibile che, nella prospettiva della Corte di giustizia, nessuna disposizione nazionale, quale che sia la sua natura giuridica, sia suscettibile di prevalere sull'ordinamento comunitario, il quale, in forza di un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, contiene norme vincolanti per i loro cittadini e per gli Stati stessi. Il diritto comunitario – afferma la Corte – in ragione della sua specifica natura, non potrebbe trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno (cit. U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra Diritto Comunitario e Diritto italiano*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu))

<sup>480</sup> Sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. La Corte precisa che “di conseguenza, 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”. Nella stessa sentenza la Corte aggiunge, peraltro, che la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, principi informati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ma che devono essere garantiti dalla stessa Corte di giustizia. Per tale via essa giungeva a conciliare l'esigenza di riaffermare l'unità dell'ordinamento comunitario e la sua autonomia rispetto agli ordinamenti degli Stati membri con l'obiettivo di scongiurare il rischio che le corti nazionali rimettessero in discussione l'efficacia dell'ordinamento comunitario. La dichiarata appartenenza dei diritti fondamentali al diritto comunitario implicava la competenza della Corte di giustizia a provvedere essa stessa alla tutela giudiziaria di tali diritti (cit. U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra Diritto Comunitario e Diritto italiano*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu))

costituzionali nazionali, escludendo la possibilità che il richiamo a disposizioni di rango costituzionale possa legittimare la disapplicazione del diritto europeo.

In linea con quest'ultima sentenza, anche la decisione resa nella causa *Comissione c. Italia* del 1972<sup>481</sup>, che dispone il primato del diritto europeo sulle norme costituzionali italiane, spingendosi fino al punto di statuire la non necessità dell'abrogazione parlamentare e l'applicazione incondizionata delle norme europee, al fine del conseguimento degli scopi della comunità.

Tale pronuncia sottolinea l'esistenza di un nesso procedurale tra il primato e l'uniformità, che emerge ancor più chiaramente nella sentenza *Simmenthal*<sup>482</sup>, nella quale la Corte di giustizia esclude il controllo delle giurisdizioni costituzionali nazionali sul diritto europeo e, ribaltando un precedente orientamento secondo cui spettava al giudice nazionale l'individuazione delle modalità concrete di garanzia del privato, articola un sistema diffuso di controllo della legittimità comunitaria.

Questa breve rassegna giurisprudenziale evidenzia come i giudici di Lussemburgo, facendo largo utilizzo della tecnica di interpretazione sistematica e teleologica, ricostruiscono l'impianto normativo sovranazionale in termini di orientamento autonomo dal diritto internazionale e dal diritto degli Stati membri.

Sembra pertanto legittimo concludere che la Corte, preoccupata di garantire la sopravvivenza del diritto comunitario, provi a primeggiare in maniera condizionata sugli ordinamenti costituzionali, non riconoscendo alcun concorrente.

La teoria dei controlimiti muove, quindi, dal presupposto che, come abbiamo visto nella parte precedente, esistono dei diritti fondamentali e principi supremi intangibili, i quali devono essere "protetti" da attacchi sia interni che esterni.

---

<sup>481</sup> Sentenza del 13 luglio 1972, causa C- 48/71, *Comissione c. Italia*.

<sup>482</sup> Riportando le parole della Corte § n. 26 della sentenza in oggetto, «il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie»<sup>4</sup> (sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*).

Delineata a grandi linee dalla Corte costituzionale nel 1965 in riferimento al diritto delle Comunità europee, la teoria in questione si è variamente sviluppata negli ultimi cinquant'anni, assurgendo a rimedio estremo alla graduale erosione della sovranità statale connessa alla crescita delle organizzazioni europee, prima, e dell'Unione europea, successivamente<sup>483</sup>.

## **2. L'individuazione dell'art. 11 Cost. riferimento costituzione per l'esecuzione dei trattati europei**

Per un lungo periodo nel sistema italiano non è stata riprodotta alcuna clausola europea che prendesse in considerazione il processo di integrazione europea.

Una specifica menzione all'ordinamento europeo viene scritta soltanto nel 2001, con l'inserimento nell'art. 117 Cost. della competenza esclusiva dello Stato nei rapporti con l'Unione europea<sup>484</sup>.

A ciò si aggiunga che, al momento della ratifica dei trattati istitutivi delle tre comunità europee, il travagliato quadro politico interno non era idoneo a modifica della Costituzione tale da consentire l'avvio del processo di integrazione europea<sup>485</sup>.

In quel contesto storico di transizione apparve, però, fin da subito palese che la mancanza di una copertura costituzionale avrebbe posto, anche nell'immediato futuro, rilevanti problemi di costituzionalità.

---

<sup>483</sup> A. BERNARDI, *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, 2016, cit. Introduzione.

<sup>484</sup> Sul punto la Corte afferma che *“l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 ... distingue in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali»*” ed evidenzia come la terminologia differente (“ordinamento comunitario” “obblighi internazionali”) riflette la diversa natura dei trattati comunitari rispetto alla generalità dei trattati internazionali (Corte cost., sent. n. 170 del 1984).

<sup>485</sup> All'originario posizione del PCI e del PSI si aggiunge l'ostilità di una parte conservatrice della dottrina italiana amente contraria al ridimensionamento della sovranità nazionale.

Fu il relatore di maggioranza della legge di esecuzione del Trattato CECA che, riprendendo alcune indicazioni proposte da parte della scienza giuridica, individuò nell' art. 11 Cost.<sup>486</sup> il perno su cui far leva per sostenere la legittimità costituzionale del procedimento di ratifica<sup>487</sup>.

Secondo questa impostazione, l'art. 11 Cost., pur non specificando nulla in relazione ai peculiari problemi della natura ordinamentale di sistema giuridico comunitario e dell'efficacia del rango delle norme europee, identifica un particolare e diverso procedimento di creazione giuridica.

L'orientamento espresso dal Parlamento italiano in sede di ratifica viene poi confermato dalla Corte costituzionale, che conferma l'interpretazione permissiva che rinviene nell'art. 11 Cost. la capacità di salvare la validità formale della legge di esecuzione del trattato istitutivo della CEE, mostrando quindi un atteggiamento di favore e apertura all'integrazione<sup>488</sup>.

Bisogna però sottolineare che la Consulta, nell'intento di difendere le proprie prerogative, statuisce l'irrisorietà di una ricostruzione della natura del sistema giuridico comunitario e precisa che, sebbene lo Stato italiano sia tenuto a far fronte ai propri obblighi internazionali, gli atti comunitari immessi nel nostro ordinamento devono essere valutati in

---

<sup>486</sup> Art. 11 Cost.: "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; 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; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

<sup>487</sup> È importante segnalare che il relatore della legge alla Camera dei deputati, convinto sostenitore della tesi secondo cui l'articolo 11 della costituzione legittima la ratifica con legge ordinaria, era stato nel frattempo presidente della Corte costituzionale.

<sup>488</sup> "L'art. 11 viene qui in considerazione per la parte nella quale si enuncia 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 e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

La norma significa che, quando ricorrano certi presupposti, è possibile stipulare trattati con cui si assumano limitazioni della sovranità ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria; ma ciò non importa alcuna deviazione dalle regole vigenti in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, non avendo l'art. 11 conferito alla legge ordinaria, che rende esecutivo il trattato, un'efficacia superiore a quella propria di tale fonte di diritto" (Corte. Cost., sent. n. 14 del 1964). Consapevole delle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità, la corte infatti espressamente dichiarato la costituzionalità della procedura con cui sono stati recepiti gli accordi comunitari all'interno dell'ordinamento interno.

base al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo e, quindi, considerati abrogabili da leggi interne posteriori<sup>489</sup>.

### 3. Il paradigma dualista dei controlimiti

Un anno dopo alla succitata pronuncia, la Corte costituzionale, nella decisione *Acciaierie San Michele*<sup>490</sup>, esprime una posizione decisamente più aperta alle ragioni dell'integrazione.

La copertura costituzionale desunta dall'art. 11 Cost. viene in questa sede accostata all'istituzione di una funzione giurisdizionale in capo alla Corte di giustizia<sup>491</sup>.

Tra l'altro era già presente, in questa sentenza, una prima raffigurazione di "controlimiti", in contrapposizione alla limitazione di sovranità italiana a favore delle Comunità europee<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup>«Non vale, infine, l'altro argomento secondo cui lo Stato, una volta che abbia fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove volesse riprendere la sua libertà d'azione, non potrebbe evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta, incorra nel vizio di incostituzionalità. Contro tale tesi stanno le considerazioni ora esposte, le quali conducono a ritenere che la violazione del trattato, se importa responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia. Nessun dubbio che lo Stato debba fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieghi l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione. Ma poiché deve rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegue che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non può dar luogo a questioni di costituzionalità. Da tutto quanto precede si trae la conclusione che, ai fini del decidere, non giova occuparsi del carattere della Comunità economica europea e delle conseguenze che derivano dalla legge di esecuzione del Trattato istitutivo di essa, né occorre indagare se con la legge denunciata siano stati violati gli obblighi assunti con il Trattato predetto. Con che resta anche assorbita la questione circa la rimessione degli atti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee e circa la competenza a disporre tale rinvio» (Corte. Cost., sent. n. 14 del 1964).

<sup>490</sup> Corte cost. sentenza del 27 dicembre 1965, numero 98, *Acciaierie San Michele*.

<sup>491</sup> La Corte costituzionale dichiarò, infatti, che gli effetti interni dell'attività della Comunità vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, che rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione (Corte cost., sent. n. 98 del 27 dicembre 1965).

<sup>492</sup> «Non si nega che codesti effetti vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale; questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se né è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848. Ma l'ordinamento comunitario assicura la tutela giurisdizionale contro gli atti dei suoi organi che riguardano singoli soggetti (il solo punto ritenuto rilevante

La Consulta inaugura in questa sede l'orientamento dualista, riconoscendo che il Trattato di Parigi istituisce ordinamento del tutto distinto da quello interno e che gli organi della giurisdizione italiana e quella comunitaria sono posti in orbite giuridiche differenti.

Tale tesi, che riconosce la natura di sistema giuridico europeo, viene confermata e sviluppata nella decisione *Frontini* del 1973<sup>493</sup>.

Dopo avere ribadito che il diritto comunitario e quello interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi, sebbene coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita dai Trattati, la Corte fissa un confine a tali limitazioni di sovranità: esse sono consentite esclusivamente per il conseguimento delle finalità indicate nell'art. 11 Cost<sup>494</sup>.

I giudici italiani, dichiarando che nelle materie attribuite all'organizzazione comunitaria le istituzioni sovranazionali hanno competenza esclusiva che comprime la potestà nazionale, operano un primo basilare passo ai fini dell'identificazione dei profili sostanziali della dottrina della *primauté*<sup>495</sup>.

---

dal giudice a quo): appresta infatti una protezione mediante impugnazione ad una Corte di giustizia che, secondo il preciso testo dell'art. 31 del trattato, ha il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che compongono il suo sistema e che è costituita ed opera secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento giurisdizionale, anche se non ne ripetono pedissequamente la normativa, non in tutto conveniente ad un organo di formazione internazionale. Alla Corte di giustizia predetta concordemente si attribuisce natura giurisdizionale; e deve rilevarsi che i suoi membri debbono esplicare le rispettive funzioni con indipendenza e imparzialità “(Corte cost., sent. n. 98 del 1965).

<sup>493</sup> La Corte risponde a quattro questioni pregiudiziali poste dai tribunali di Torino e di Genova. Riprendendo una costruzione elaborata in materia di diritto ecclesiastico, esclude ogni forma di contrasto tra la legge numero 1203 del 14 ottobre 1957 e gli articoli 23, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76 e 77 della Costituzione, sulla base della considerazione per cui le disposizioni costituzionali disciplinano unicamente l'attività normativa degli organi dello Stato italiano (Corte cost., sent. n. 183 del 27 dicembre 1973).

<sup>494</sup> 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 la CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana (U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra Diritto Comunitario e Diritto italiano*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)).

<sup>495</sup> Peraltro, esattamente come nel caso *Acciaierie San Michele*, la Corte costituzionale ribadisce l'idea secondo cui il riconoscimento dell'ordinamento europeo non è incondizionato, ma è subordinato alle precise controlimitazioni, cioè principi fondamentali dell'ordinamento diritti della persona umana che rappresentano i limiti invalicabili che nostro sistema costituzionale si riserva di opporre alle limitazioni di sovranità consacrate dalla con l'11 ( cit. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012).

Le trasformazioni introdotte dalla teoria dei controlimiti diventano così quanto mai evidenti, distinguendo tra norme costituzionali ordinarie e le norme costituzionali in cui è racchiuso il nucleo identitario del nostro ordinamento.

Se nel caso *Costa* la Corte aveva ritenuto l'assoluta inderogabilità delle disposizioni interne, attraverso il nuovo impianto dualista, inizia considerare l'integrazione sovranazionale e l'art. 11 Cost. in una logica di bilanciamento, attribuendosi la prerogativa di accertare gli eventuali contrasti tra l'ordinamento europeo e l'ordinamento.

La sentenza nel caso *ICIC*<sup>496</sup> rappresenta un primo cedimento delle istituzioni nazionali nei confronti di quelle europee: i giudici costituzionali riconoscono le ragioni dell'ordinamento comunitario e censurano la legge di recepimento che produce distorsioni della normativa europea.

D'altra parte, imponendo un complesso sistema di controllo accentrato<sup>497</sup>, esplicitano chiaramente che il giudice ordinario non ha il potere di disapplicare le leggi contrastanti: egli dovrà sollevare la questione della loro legittimità costituzionale in base all'art. 11 Cost. (violato in via mediata)<sup>498</sup>.

Nel corso della prima parte del cammino comunitario che ha portato integrazione, è stato quindi il supremo organo giurisdizionale dell'legislatore costituzionale a ricostruire il fenomeno europeo.

Pronuncia dopo pronuncia, in questa fase appare evidente il rapporto antagonistico tra idea di identità costituzionale e primato europeo, in cui è avvertita fortemente l'esigenza di tutelare il nucleo identitario della Costituzione italiana, pur non disconoscendo le pronunce della Corte di giustizia e pur accettando limitazioni della sovranità e deroghe, talvolta ingenti, alla Costituzione italiana.

---

<sup>496</sup> Corte cost., sent. n. 232 del 30 ottobre 1975.

<sup>497</sup> L'esigenza di garantire che la Corte costituzionale possa esercitare il suo ruolo di filtro tra ordinamenti è talmente sentito che in un caso successivo i giudici costituzionali addirittura impongono il rinvio pregiudiziale *ex* articolo 177 CEE al giudice *a quo* e ad invitare quest'ultimo a riproporre l'indicente di costituzionalità solo dopo la pronuncia dei colleghi di Lussemburgo (F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. p. 30).

<sup>498</sup> M. DANI, *Rapporto tra sistema delle fonti di diritto comunitario e sistema delle fonti di diritto italiano: uno studio alla luce dell'impatto della globalizzazione dell'economia*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it).

#### 4. Il modello monista

Nel conflitto tra diritto comunitario direttamente applicabile e diritto costituzionale si inserisce, in maniera quasi rivoluzionaria, la sentenza *Granital*<sup>499</sup>.

Sebbene, formalmente, la Corte costituzionale ribadisca l'impostazione "dualista" tra i due ordinamenti, essa accoglie, nella sostanza, le pressanti sollecitazioni della Corte di giustizia, espresse specialmente nella sentenza *Simmenthal*<sup>500</sup>.

La nostra Corte modifica profondamente la giurisprudenza risultante dalla precedente sentenza *Industrie chimiche*<sup>501</sup> e dichiara che, in principio, spetta al giudice ordinario non applicare le leggi interne confliggenti con i regolamenti comunitari<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> Corte cost., sent. n. 170 dell'8 giugno 1984.

<sup>500</sup> Corte di giustizia, sent. del 9 marzo 1978, causa 106/77 *La Simmenthal S.p.a.* importa dalla Francia una partita di carni bovine. L'importazione viene sottoposta al pagamento di diritti di controllo sanitario, pagamento che costituisce un ostacolo alla libera circolazione delle merci. La *Simmenthal S.p.a.* lamenta la violazione del Trattato ad opera dell'Amministrazione delle finanze e richiede la ripetizione di quanto versato indebitamente. La Corte di giustizia coglie l'occasione per delineare una vera e propria "supremacy clause" di carattere giurisprudenziale relativamente al diritto comunitario. Le norme di diritto comunitario, si afferma nella motivazione, sono fonte immediata di diritti e obblighi per tutti coloro cui esse fanno riferimento. Ne consegue che qualsiasi giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria. L'efficacia del diritto comunitario viene ridotta qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione venga riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario (M. DANI, *Rapporto tra sistema delle fonti di diritto comunitario e sistema delle fonti di diritto italiano: uno studio alla luce dell'impatto della globalizzazione dell'economia*, in [www.jus.unin.it](http://www.jus.unin.it)).

<sup>501</sup> Corte cost., sent. n. 232 del 30 ottobre 1975. La Corte aveva affermato la propria competenza esclusiva a pronunciare l'incostituzionalità di leggi interne contrastanti con regolamenti comunitari (o semplicemente riproduttive di regolamenti).

<sup>502</sup> La Corte, infatti, dopo avere demandato al giudice ordinario il compito di rilevare le ipotesi di contrasto del proprio diritto con regolamenti comunitari, avvalendosi eventualmente dell'ausilio della competenza interpretativa della Corte di giustizia in via pregiudiziale, e di assicurare l'applicazione di tali regolamenti, avverte che ciò non implica, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte costituzionale: la legge di esecuzione del Trattato CEE, infatti, è soggetta al sindacato della stessa Corte per quanto riguarda l'eventuale contrasto di disposizioni di diritto comunitario con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona umana.

A conferma dell'apertura del giudice italiano al diritto comunitario la sentenza resa nel caso *Fragdad*<sup>503</sup>, in cui i giudici della Consulta da un lato ammettono l'eventualità di dichiarare incostituzionale una legge di ratifica lesiva di un diritto fondamentale, ma dall'altro ripropongono il limite del mancato consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale volto ad impedire che qualsivoglia difformità tra diritto comunitario e principi fondamentali costituzionali potesse produrre la censura dei trattati.

La Corte costituzionale pare, quindi, aver abbandonato le matrici teoriche del modello dualista, per abbracciare definitivamente la dottrina della *primauté* (sebbene anche in questa nuova giurisprudenza permane, quale elemento di continuità, la riserva dei controlimiti).

In questo frastagliato quadro giurisprudenziale, è stato affermato dalla dottrina che, malgrado il tono polemico di alcune pronunce della suprema Corte, i riferimenti all'identità costituzionale sarebbero più che altro un' "arma spuntata", che lascia al legislatore europeo l'aggravio di risolvere le discrepanze normative e alla Corte di giustizia il compito di allineare le esigenze nazionali con quelle europee<sup>504</sup>.

## 5. I controlimiti "calati" nel contesto europeo

La volontà di positivizzare il principio del primato del diritto dell'Unione emerge già durante lavori della convenzione, quando al progetto definitivo presentato dai convenzionali venne aggiunta la clausola della supremazia (art. I-6), inserita originariamente nella parte concernente i principi fondamentali<sup>505</sup>.

---

<sup>503</sup> Corte cost., sentenza del 21 aprile 1989, numero 232, *Fragdad*.

<sup>504</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. p. 61.

<sup>505</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 79- 87.

Ponendo la previsione al di fuori della sezione dedicata alle competenze, si è allentato il nesso tra primato e regole competenziali, lasciando una certa incertezza interpretativa.

In virtù di questa collocazione, la dottrina, valorizzando la natura ricognitiva del mandato della Convenzione istituita a Laeken<sup>506</sup>, ha concluso che l'entrata in vigore della disposizione non avrebbe comunque determinato modifiche nel rapporto tra gli ordinamenti.

Si è detto, infatti, che i principi già in vigore prima dell'entrata del Trattato costituzionale avrebbero dovuto essere interpretati in virtù dell'*acquis communautaire* consolidato e che il diritto adottato dall'istituzioni dell'Unione, nell'esercizio delle competenze a questa attribuite, prevale sul diritto degli Stati membri.

Addirittura, alcuni autori, si sono spinti al punto di sostenere che la predetta disposizione avrebbe inteso subordinare l'applicabilità del primato all'accertamento del rispetto dei parametri imposti dal principio di sussidiarietà<sup>507</sup>.

Come è stato autorevolmente affermato, premesso che è stato il Trattato l'atto con cui gli Stati membri hanno conferito le competenze all'Unione, l'art. I-6 chiaramente riferisce la tematica delle competenze esclusivamente al diritto derivato, poiché, per definizione, il Trattato agisce nell'ambito delle competenze dell'Unione, essendo fonte delle attribuzioni comunitarie<sup>508</sup>.

Il Trattato costituzionale, difatti, ha rafforzato la clausola della salvaguardia dell'identità costituzionali degli Stati membri prevista dall'art. 6 della precedente formulazione del Trattato sull'Unione europea: mentre la vecchia formula si limitava a disporre che "l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri", l'art. I- 5 del

---

<sup>506</sup> La Dichiarazione di Laeken su "*Il futuro dell'Unione europea*" del 5 dicembre 2001 è un documento contenente affermazioni estremamente importanti per il presente momento storico. Nelle prime pagine della Dichiarazione si legge infatti che "questa dichiarazione e le prospettive che essa dischiude segnano per il cittadino una tappa decisiva verso un'Unione più semplice, più forte nel perseguire i propri obiettivi essenziali e più presente nel mondo"

<sup>507</sup> In tal senso, A. MORRONE, *Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralista*, in E. CASTORINA.

<sup>508</sup> M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, Giuffè Editore.

Trattato costituzionale ha ulteriormente rinforzato il proposito di rispettare la diversità dei singoli ordinamenti nazionali e, più genericamente, ha previsto 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 regionali e locali”.

Attraverso l'espresso richiamo alla struttura costituzionale, l'ordinamento europeo ha riconosciuto la teoria dei controlimiti, adottando una visione del primato condizionato al riconoscimento dei principi fondamentali.

Al di là di tale disposizione, il riconoscimento dei controlimiti ha trovato anche una basilare conferma nelle clausole orizzontali con cui si chiude la seconda parte del Trattato costituzionale.

Innanzitutto, l'art. II- 111 si preoccupa di circoscrivere l'ambito di applicazione del sistema europeo di tutela, prevedendo che “le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservando i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione dalle altre parti della Costituzione” e che “la (...) Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nelle altre parti della Costituzione”.

In secondo luogo, l'articolo 113 prevede un'ulteriore garanzia a favore delle costituzioni nazionali, disponendo che nessuna norma della carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispetto dell'ambito di applicazione, dal diritto dell'unione, del diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali non è o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Il fine di queste disposizioni è, evidentemente, quello di adottare concrete e specifiche cautele al fine di evitare che le norme nazionali subordinino di valore le disposizioni fondamentali dei singoli Stati membri.

Infine, bisogna riconoscere come il Trattato di Lisbona sia ispirato a un'idea dinamica dei controlimiti identitari, in base alla quale in caso di contrasto tra sistemi di protezione diritti fondamentali prevale la norma che meglio garantisce gli interessi di virtuali.

Infatti, l'articolo 4 del Trattato sull'Unione europea statuisce il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti alla costituzione e la tutela della loro identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale.

## **6. L'identità costituzionale e le letture della clausola di salvaguardia delle identità costituzionali**

Alla luce di quanto detto in precedenza, appare evidente che, oltre le tradizioni nazionali, anche i principi fondamentali dei singoli ordinamenti vengono posti come limiti all'azione dell'Europa<sup>509</sup>.

Diritto dell'Unione europea e diritto interno sono sistemi di norme e interrogarsi riguardo ai loro rapporti equivale, a verificare se se ne possa operare la riconduzione a "sistema".

E, nel cercare di dare vita a tale "sistema dei sistemi"<sup>510</sup>, sono particolarmente rilevanti le conseguenze che la norma europea può produrre dal punto di vista delle relazioni tra la Corte di giustizia europea e i tribunali costituzionali nazionali.

---

<sup>509</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 88-98.

<sup>510</sup> A. RUGGERI, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *ConsultaOnline*, cit. p. 1.

Dal punto di vista europeo, la Corte di giustizia ha perentoriamente e ripetutamente affermato di essere l'unica autorità giurisdizionale abilitata a sindacare la validità degli atti europei<sup>511</sup>, compreso quello del rispetto delle competenze attribuite agli organi dell'Unione<sup>512</sup>.

Dall'altra, parte il monopolio giurisdizionale della Corte europea sul terreno delle competenze è stato apertamente sfidato in prima battuta della Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul trattato di Maastricht e, successivamente, con argomentazioni coincidenti, della Corte suprema danese nel caso *Carlsen*<sup>513</sup>.

In questo ambito la scienza giuridica ha elaborato varie interpretazioni, al fine di ricostruire i rapporti tra i due organi giurisdizionali (nessuna delle quali aspira a smentire la natura costituzionale e composita dell'ordinamento europeo disegnato dal Trattato di Lisbona).

La lettura asimmetrica della salvaguardia della identità costituzionale di cui all'art. 4 TUE<sup>514</sup>, sull'assunto di un "primato culturale" dell'ordinamento e dei giudici nazionali,

---

<sup>511</sup>«Va del resto sottolineato che la Corte è l'organo più indicato a pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari. Ex art. 20 del protocollo sullo statuto della Corte di giustizia delle CEE, infatti, le istituzioni comunitarie che hanno emanato gli atti contestati hanno il diritto di intervenire dinanzi alla Corte per difendere la validità di tali atti. Inoltre, ex art. 21, 2° comma, dello stesso protocollo, la Corte può richiedere alle istituzioni comunitarie che non sono parti in causa tutte le informazioni che ritenga necessarie ai fini del processo. E bene aggiungere che il principio dell'incompetenza dei giudici nazionali a dichiarare l'invalidità degli atti comunitari può subire temperamenti, date certe condizioni, nell'ipotesi di procedimento sommario, la quale, tuttavia, non ricorre nella questione posta dal giudice nazionale. 20 La prima questione va quindi risolta nel senso che le giurisdizioni nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie» (Corte di giustizia, sent. 22 ottobre del 1987, caso *Foto/Frost*, cit. par. 18, 19 e 20).

<sup>512</sup> «L'altro terreno di potenziale divergenza tra le corti nazionali della corte di giustizia europea in ordine ai rapporti tra costituzioni nazionali e ordinamento costituzionale europeo riguarda il terreno delle competenze. (...). In effetti, la sopravvivenza delle costituzioni nazionali come norme supreme di riferimento che gli ordinamenti interni dipende tanto dalla salvaguardia dei diritti e principi supremi, quanto dal rispetto degli argini materiale intervento del diritto comunitario. La supremazia del diritto comunitario, anche nella sua versione assoluta predicato della corte di giustizia europea, non costituirebbe una minaccia le costituzioni nazionali sia mantenuta entro I confini delle competenze attribuite all'Unione europea. Per questo, le corti nazionali si mostrano sensibili al tema delle competenze e a quello dell'individuazione del soggetto chiamato a vigilare il rispetto. Ma anche qui, la pretesa della corte di giustizia e si scontra con una pretesa uguale contraria da parte di alcuni corti nazionali» (M. CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, Giuffè Editore, cit. p. 588).

<sup>513</sup> Corte suprema danese, decisione del 6 aprile 1998, numero 371/97, *Carlesen e altri c. Rasmussen*.

<sup>514</sup> Art. 4 TUE: « In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 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

suggerisce che il primato del diritto dell'Unione sia condizionato al riconoscimento di un margine di intervento dei giudici dei singoli Stati membri, al fine di non applicare le disposizioni sovranazionali contrarie alle norme che incarnano l'identità dell'ordinamento interno (ammettendo, così, la possibilità di interpretazioni differenziate e asimmetriche della norma europea).

La lettura centralista, invece, angustata dagli effetti connessi ad un modello che affida la funzione nomofilattica del diritto dell'Unione ai singoli giudici nazionali, ha posto in evidenza la desuetudine della teoria dei controlimiti<sup>515</sup>.

Quest'ultimi, secondo questa lettura, dovrebbero essere convertiti in "autolimiti" con cui il sistema giuridico sovranazionale limita l'azione e i poteri delle proprie istituzioni.

La dottrina centralista, rovesciando le conclusioni della lettura asimmetrica e delineando un sistema di controllo accentrato, paventa, quindi, i rischi di dissoluzione legati alla possibilità che ciascun giudice interno possa interpretare il concetto di identità costituzionale

Nel tentativo di comporre in maniera più bilanciata la tensione tra uniformità dell'ordinamento europeo e osservanza delle specificità nazionali, la lettura cooperativa

---

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. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione".

<sup>515</sup> "Questa teoria ha avuto le sue giustificazioni in un momento in cui i rapporti tra le istituzioni giudiziarie sono stati caratterizzati da una certa confusione di fondo (...). Una volta che il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni e le ulteriori garanzie affermate dalla Corte di giustizia hanno chiuso questo capitolo specifico della storia dell'integrazione, la difesa autarchica dei controlimiti ha perduto ogni sua legittimazione. Ciò è tanto più vero in un momento in cui l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea richiama esplicitamente le tradizioni costituzionali comuni, prevede la possibilità di una futura adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e introduce un richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione" (F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. p. 92).

propone l'eventualità che siano i giudici nazionali a statuire sul rispetto dell'identità costituzionale, ma esclusivamente nel caso di contrasto con regole costituzionali specifiche ed esplicite (lasciando le altre fattispecie alla cognizione dei giudici di Lussemburgo).

Infine, la lettura integrata, pur condividendo con le altre lo spunto per cui l'art. 4 TUE non intende stabilire alcuna gerarchia, diversamente dalle letture centralista e asimmetrica, ritiene che l'intreccio di competenze giudiziarie non possa essere estrinsecato individuando un soggetto competente in via esclusiva a statuire sull'avvenuto rispetto della clausola di salvaguardia.

Preferibilmente, in uno spirito di leale collaborazione tra le istituzioni giudiziarie del sistema integrato, bisognerebbe premettere ai giudici europei di coinvolgere i colleghi nazionali nelle questioni concernenti un conflitto tra una norma identitaria e una norma europea.

## PARTE III

### LA TUTELA DELLE IDENTITÀ COSTITUZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA INTERNA ED EUROPEA: I PRINCIPI SUPREMI VS IL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO

1. Applicazione del controllo limite identitario. - 2. Il caso del mandato di arresto europeo. La decisione quadro 2002/584/GAI.- 3. Il mandato europeo e il problema della tutela dei diritti fondamentali.- 4. Giurisprudenza costituzionale in materia di mandato europeo: il caso *Melloni*.- 5. I controlli nella giurisprudenza dei giudici ordinari dei Paesi europei. La sentenza del *Conseil d'Etat* francese dell'8 febbraio 2007.- 5.1 Il caso *Federfarma*.- 6. L'ambiguità della Corte di giustizia: tre linee giurisprudenziali. Il caso *Viking*.- 6.1 Il caso *Sayn-Wittgenstein*.- 6.2 Il caso *Chartry*.

#### **1. Applicazione del controllo limite identitario**

Prima di passare all'analisi dei provvedimenti adottati dalla giurisprudenza interna per resistere alla compressione dei principi costituzionali interni e dalle pronunce adottate dalla Corte di giustizia al fine opposto di promuovere l'avanzata dell'ordinamento comunitario, è utile procedere a un sintetico esame di quella giurisprudenza con cui le istituzioni giudiziarie dei singoli Paesi membri sono intervenute per sancire l'incostituzionalità di provvedimenti di esecuzione del diritto europeo.

In particolare, si prenderà in considerazione la problematica sorta per dare attuazione al mandato di arresto europeo, entrando nel merito delle vicende legate all'attuazione del mandato, per poi passare ai profili problematici inerenti la tutela dei diritti fondamentali e infine all'analisi della giurisprudenza costituzionale nazionale in materia di mandato di arresto europeo, con specifica attenzione al caso *Melloni*<sup>516</sup>,

---

<sup>516</sup>Corte di giustizia, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

## 2. Il caso del mandato di arresto europeo. La decisione quadro 2002/584/GAI.

Nell'ambito dell'Unione europea, in cui le frontiere sono interamente cadute per le persone e per le attività economiche, continuano ad esservi delle barriere per le attività giudiziarie che, ostacolando le indagini, i processi e l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari, hanno dato adito al rilievo secondo cui gli strumenti della cooperazione giudiziaria emergono inadatti<sup>517</sup>.

In tal senso, il Consiglio Europeo di Tampere nel 1999 ha rappresentato un punto di svolta, il momento in cui si è raggiunta la consapevolezza che la strada dell'armonizzazione in materia penale (sostanziale e processuale) intrapresa dall'Unione europea, doveva essere potenziata attraverso un nuovo e ulteriore strumento operativo, costituito dal "mutuo riconoscimento".

Questo concetto sta alla base di un modello che avrebbe dovuto rappresentare un tipo di cooperazione basata sulla fiducia degli Stati membri, nei rispettivi ordinamenti giuridici e nelle relative strutture giudiziarie, in relazione ai provvedimenti giudiziari<sup>518</sup>.

Il sistema non intende realizzare, come potrebbe far pensare la dizione di "mutuo riconoscimento", un ideale platonico di spazio giudiziario europeo, in cui le autorità giudiziarie dei diversi Stati possano compiere atti da valere in ogni Stato, come se fossero compiuti dalle autorità interne, prevede un insieme di regole volte a chiarire le condizioni del riconoscimento, fissarne le limitazioni e prevedere stabilire rapporti diretti tra autorità giudiziarie, con la conseguente eliminazione dei poteri di impulso e di interdizione delle autorità centrali.

---

<sup>517</sup> G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, Intervento all'Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012, Lisbona, in *www.cortecostituzionale.it*, pp. 1 ss.

<sup>518</sup> Si sono quindi inserite nella scena europea forme nuove di cooperazione giudiziaria, dal mandato di arresto europeo alla diretta esecuzione extraterritoriale di provvedimenti giudiziari provvisori, come ad esempio le misure di congelamento dei beni, in funzione del successivo sequestro o della confisca, ovvero definitivi, come le sentenze di condanna a pene pecuniarie, sino ad arrivare al c.d. mandato europeo di ricerca delle prove (G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, Intervento all'Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012, Lisbona, in *www.cortecostituzionale.it*).

Il mandato di arresto europeo (MAE) rappresenta il primo strumento adottato in attuazione del principio del *mutual recognition*.

È stata infatti introdotta la cosiddetta “eurordinanza”, ossia un provvedimento giudiziario europeo che le autorità giudiziarie dello Stato “di emissione” trasmettono alle autorità dello Stato “di esecuzione”, al fine di conseguire l’arresto e la consegna di una persona ricercata<sup>519</sup>.

La forma e il contenuto dell’ordinanza europea sono contenuti nella decisione quadro 2002/584/GAI, che delinea un modello di innovativo, che supera il tipico sistema di estradizione così come previsto dalle molteplici convenzioni internazionali: gli Stati membri hanno sostituito la procedura di estradizione con un sistema semplificato, diretto alla consegna da uno Stato membro ad un altro di persone da sottoporre a giudizio ovvero già condannate e che devono espiare una pena detentiva<sup>520</sup>.

Gli elementi caratteristici del mandato di arresto europeo sono ,in estrema sintesi, l’instaurazione di relazioni dirette tra le autorità giudiziarie, la previsione di un *numerus clausus* di motivi di rifiuto, l’eliminazione del controllo sulla doppia incriminazione per

---

<sup>519</sup> “Non è inutile ricordare che il mandato di arresto europeo ha avuto come precedente e modello l’accordo fatto a Roma il 28 novembre 2000 tra l’Italia e la Spagna «per il perseguimento di gravi reati attraverso il superamento dell’extradizione in uno spazio di giustizia comune», il quale nell’art. 1, sotto la rubrica «Mutuo riconoscimento dei provvedimenti», aveva stabilito che le parti erano tenute a riconoscere efficacia nel proprio territorio alle sentenze di condanna e ai provvedimenti giurisdizionali restrittivi della libertà personale emessi dall’altra parte, e a provvedere ad eseguirli. L’accordo era stato stipulato per superare un blocco delle estradizioni verso l’Italia che si era verificato dopo che il Tribunal Constitucional spagnolo aveva escluso la possibilità di estradare persone condannate in Italia in contumacia, ritenendo, in applicazione dell’art. 3 del secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, che la procedura italiana non rispettasse i diritti minimi di difesa. Si trattava in genere di persone condannate per associazione di tipo mafioso e l’accordo era stato voluto soprattutto dal governo spagnolo, sollecitato da un’opinione pubblica preoccupata che la Spagna, e in particolare la Costa del Sol, fosse divenuta un luogo di rifugio della criminalità mafiosa italiana” (G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell’ordinamento italiano*, Intervento all’Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012, Lisbona, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), cit. pp. 2-3).

<sup>520</sup> A tal proposito, la Corte costituzionale ha rilevato che “il mandato di arresto europeo poggia sul principio dell’immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale”, e che il medesimo “(...) a differenza dell’extradizione non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda sui rapporti diretti tra le varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l’introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate” (Corte cost., sentenza n. 143 del 2008).

trentadue crimini (art. 2, n. 2 della decisione quadro) e la rapidità e certezza della fase di esecuzione del mandato di arresto europeo<sup>521</sup>.

### 3. Il mandato europeo e il problema della tutela dei diritti fondamentali

In presenza di uno strumento così strettamente connesso ai diritti fondamentali dei cittadini, è naturale che la stessa decisione quadro prenda in considerazione i possibili problemi causati da tale semplificazione normativa.

Vengono in considerazione, innanzitutto, i considerando del Preambolo.

Il considerando numero dieci, nella parte in cui dispone che l'attuazione di un mandato di arresto europeo "può essere sospesa solo il caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro sei principi sanciti all'art. 6, par. 1,<sup>522</sup> del Trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7, par. 1<sup>523</sup>, dello stesso Trattato e con le conseguenze previste dallo stesso articolo"<sup>524</sup>.

---

<sup>521</sup> La Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito gli effetti della decisione quadro, esplicitando l'obbligo dell'interpretazione conforme del diritto interno alla lettera e alle finalità della stessa (sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*), e ha confermato la validità (sentenza 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*), fornendo altresì, sul rinvio pregiudiziale di giudici nazionali, la sua interpretazione della norma sul rifiuto di consegna e sulle nozioni di residenza e dimora e ha affermato che le persone escluse dal beneficio del rifiuto della consegna ai fini dell'esecuzione della pena sono legittimate a far valere la lesione derivante dal contrasto di norme nazionali con le norme della decisione quadro (sentenza 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17 luglio 2008 C-66/08, *Kozłowsky*), (G. LATTANZI, *Il mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, Intervento all'Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana e i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, 16 novembre 2012, Lisbona, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), cit. p. 5).

<sup>522</sup> Art. 6 TUE: "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, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. 3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri. 4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche".

<sup>523</sup> Art. 7 TUE: "1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro di uno o più principi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, e rivolgergli le appropriate

Anticipando in parte ciò che viene stabilito all'articolo 1, par. 3<sup>525</sup> della decisione quadro, merita considerazione anche il considerando numero dodici, che afferma esplicitamente che la “decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle

---

raccomandazioni. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e, deliberando secondo la medesima procedura, può chiedere a delle personalità indipendenti di presentare entro un termine ragionevole un rapporto sulla situazione nello Stato membro in questione. C 321 E/12 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 29.12.2006 Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi. 2. Il Consiglio, riunito nella composizione dei capi di Stato o di governo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di uno o più principi di cui all'articolo 6, paragrafo 1, dopo aver invitato il governo dello Stato membro in questione a presentare osservazioni. 3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dal presente trattato. 4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione. 5. Ai fini del presente articolo, il Consiglio delibera senza tener conto del voto del rappresentante dello Stato membro in questione. Le astensioni dei membri presenti o rappresentati non ostano all'adozione delle decisioni di cui al paragrafo 2. Per maggioranza qualificata si intende una proporzione di voti ponderati dei membri del Consiglio interessati pari a quella prevista all'articolo 205, paragrafo 2, del trattato che istituisce la Comunità europea. Il presente paragrafo si applica anche in caso di sospensione dei diritti di voto a norma del paragrafo 3. 6. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenta la maggioranza dei suoi membri”.

<sup>524</sup> Il primo periodo premette che “il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri”.

<sup>525</sup> Art. 1 decisione quadro 584/2002 GAI: “1. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà. 2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro. 3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro”.

sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi”.

Infine, il numero tredici dichiara che “nessuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti”.

La scienza giuridica ha messo in luce la debolezza delle tutele apprestate dalle norme del Preambolo, sottolineando, tra le altre cose, l’ambiguità del condizionale “dovrebbe” al considerando numero tredici, la previsione di una fattispecie ostativa alla consegna significativamente più circoscritta rispetto alla corrispettiva disciplina in ambito CEDU<sup>526</sup> e che in ogni caso il loro mancato adempimento non è causa di non esecuzione del mandato di arresto europeo<sup>527</sup>.

Per ciò che attiene agli articoli del testo normativo, tralasciando l’analisi degli artt. 3 e 4<sup>528</sup> che confermano l’opzione di escludere dalle cause di non esecuzione del mandato

---

<sup>526</sup> La giurisprudenza CEDU, infatti, ha individuato tra le cause che impediscono la consegna il rischio di violazione dei diritti di libertà, dei diritti processuali, del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

<sup>527</sup> Con l’esclusione del profilo di non discriminazione, in quanto è esplicitamente previsto che “la decisione quadro non comporta che non sia consentito rifiutare l’esecuzione del mandato di arresto europeo qualora risulti che esso è stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di una persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi”.

<sup>528</sup> Art. 3 Motivi di non esecuzione obbligatoria: “1) se il reato alla base del mandato d’arresto è coperto da amnistia nello Stato membro di esecuzione, se quest’ultimo era competente a perseguire il reato secondo la propria legge penale; 2) se in base ad informazioni in possesso dell’autorità giudiziaria dell’esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna; 3) se la persona oggetto del mandato d’arresto europeo non può ancora essere considerata, a causa dell’età, penalmente responsabile dei fatti all’origine del mandato d’arresto europeo in base alla legge dello Stato membro di esecuzione”. Art. 4, motivi di non esecuzione facoltativa: “1) se, in uno dei casi di cui all’articolo 2, paragrafo 4, il fatto che è alla base del mandato d’arresto europeo non costituisce reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione; tuttavia in materia di tasse e di imposte, di dogana e di cambio, l’esecuzione del mandato di arresto europeo non può essere rifiutata in base al fatto che la legislazione dello Stato membro di esecuzione non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte o non contiene lo stesso tipo di normativa in materia di tasse, di imposte, di dogana e di cambio della legislazione dello Stato membro emittente; 2) se contro la persona oggetto del mandato d’arresto europeo è in corso un’azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto che è alla base del mandato d’arresto europeo; 3) se le autorità giudiziarie dello Stato membro dell’esecuzione hanno deciso di non esercitare l’azione penale per il reato oggetto del mandato d’arresto europeo oppure di porvi fine, o se la persona ricercata ha formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli

la violazione dei diritti fondamentali, viene essenzialmente in considerazione l'art. 14 che, con una previsione anch'essa particolarmente debole, stabilisce che nel caso in cui il ricercato non dia il proprio consenso alla consegna debba essere ascoltato dall'autorità giudiziaria<sup>529</sup>.

Da tutto ciò emerge la fragilità dell'impianto garantista della disciplina sul mandato europeo, posto che viene affidata alla disciplina dello Stato di esecuzione l'eventuale individuazione di aggiuntivi diritti del ricercato<sup>530</sup>.

#### **4. Giurisprudenza costituzionale in materia di mandato europeo: il caso *Melloni***

L'analisi dei problemi che la normativa sul mandato di arresto europeo pone in relazione alla protezione dei diritti fondamentali mette in risalto la stretta correlazione di questa materia con la questione dell'identità costituzionale.

---

stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni; 4) se l'azione penale o la pena è caduta in prescrizione secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione e i fatti rientrano nella competenza di tale Stato membro in virtù del proprio diritto penale; 5) se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un paese terzo a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del paese della condanna; 6) se il mandato d'arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno; 7) Se il mandato d'arresto europeo riguarda reati: a) che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in un luogo assimilato al suo territorio; oppure b) che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro emittente, se la legge dello Stato membro di esecuzione non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio”.

<sup>529</sup> Ad analoghe critiche si espongono anche l'art. 11 (“diritti del ricercato”) e l'art. 12 (“mantenimento in custodia”) che impongono il riconoscimento di alcune garanzie processuali come il diritto di essere informato del procedimento e il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete.

<sup>530</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 147- 150.

Ciò assume ancora più rilievo se si considera che la Corte di giustizia ha statuito che le decisioni quadro hanno la facoltà di produrre effetti indiretti e, in ogni caso, obbligano l'interprete ad una interpretazione conforme<sup>531</sup>.

In tal senso, appare giustificato l'immediato e prolungato confronto, in materia di mandato di arresto europeo, con le giurisprudenze costituzionali degli Stati membri, tra cui spicca la problematica inerente al caso *Melloni*.

La pronuncia del *Tribunal Constitucional* spagnolo nel caso *Melloni* è il primo caso nel quale una Corte costituzionale nazionale ha sottoposto ai giudici di Lussemburgo una questione che concerne esplicitamente la potestà degli Stati membri in merito ai controlli rispetto agli obblighi di adattamento dell'ordinamento nazionale al diritto dell'unione.

Le problematiche interpretative poste al vaglio interpretativo della Corte di giustizia riguardavano l'interpretazione dell'art. 4bis<sup>532</sup> della decisione quadro 2002/584/GAI del

---

<sup>531</sup> Corte di giustizia, sent. C- 105/03 del 16 giugno 2005, *Pupino*. Il 16 giugno 2005 la "grande sezione" della Corte di giustizia ha pronunciato una importante sentenza in relazione ad una questione pregiudiziale promossa dal Tribunale di Firenze. Nel corso di un processo a carico di una maestra elementare accusata di maltrattamenti vari e percosse nei confronti dei suoi alunni, il giudice penale si era posto il problema se la mancata previsione nel c.p.p. della possibilità di acquisire la testimonianza dei bambini coinvolti tramite un incidente probatorio fosse in contrasto con una decisione quadro adottata dall'Ue nell'ambito del III pilastro. Molte importanti questioni sono coinvolte dalla decisione, che, sotto l'apparenza dell'affermazione di un semplice obbligo di interpretazione conforme del diritto interno, si segnala soprattutto perché in sostanza essa sancisce l'efficacia diretta delle decisioni quadro Ue, argomentata sulla base di un parallelismo, ben poco convincente con le direttive Ce. La portata di tale affermazione appare ancor più evidente se si considera che con essa si consente di produrre effetti su di un procedimento penale, e quindi di aggravare in esso la posizione dell'imputata, ad un atto emanato nell'ambito di una cooperazione caratterizzata ancora in senso internazionalistico, (nonostante il tentativo dell'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, di insistere sulla natura non meramente internazionalistica degli atti adottati nel quadro del III pilastro). Il principio di legalità in materia penale, l'estensione all'Unione del principio della leale collaborazione tra Stati e Comunità, e sullo sfondo la sempiterna questione circa la natura del diritto dell'Unione sono i temi coinvolti dalla poco convincente sentenza. Se la questione, sottoposta alla Corte costituzionale prima che alla Corte di giustizia (e rigettata con sentenza n. 529/02) fosse stata accolta, tutte le questioni suddette non si sarebbero poste (cit. R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Ue e diritto comunitario*, in Riv. AIC).

<sup>532</sup> L'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 è stato introdotto dall'articolo 2 della decisione quadro 2009/299 ed è intitolato "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente". Esso così recita: "L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente: a) a tempo debito: i) è stato

Consiglio concernente al mandato di arresto europeo e all' *iter* di consegna tra gli Stati membri, come disciplinato dalla decisione quadro 2009/299/GAI2 .

Il *thema decidendum* della sentenza in commento è incentrato sulla questione dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo a seguito di statuizioni pronunciate al termine di un processo cui l'interessato non è comparso in persona e non vi sia la possibilità di riaprire il processo una volta consegnato il soggetto allo Stato di emissione<sup>533</sup>.

Veniva quindi chiesto di valutare la disposizione della direttiva sopra citata, incompatibile, a parere del *Tribunal*, con le garanzie processuali esistenti nell'ordinamento spagnolo, dato il possibile contrasto con essenziali disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, quali gli artt. 47, comma 2<sup>534</sup>, e 48, paragrafo 2<sup>535</sup>.

Il rinvio pregiudiziale poneva anche una terza, fondamentale, questione riguardante l'interpretazione di una delle "clausole orizzontali" più significative e complesse della stessa Carta dei diritti, l'art. 53<sup>536</sup>.

Quanto alla prima questione, la decisione quadro sul mandato di arresto osta, effettivamente, alla possibilità per lo Stato membro di subordinare la consegna del

---

citato personalmente ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato; e ii) è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; (...)"

<sup>533</sup> L. RIZZA, *Il caso Melloni: La Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *Quaderni europei*, giugno 2013.

<sup>534</sup> Articolo 47, Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale: "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

<sup>535</sup> Articolo 48, Presunzione di innocenza e diritti della difesa: "1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato".

<sup>536</sup> Articolo 53, Livello di protezione: "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, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

condannato alla condizione che lo Stato richiedente garantisca la riapertura del processo, anche nell'ipotesi in cui il condannato abbia avuto conoscenza del processo e abbia volontariamente rinunciato a difendersi.

Quanto alla seconda questione, la decisione quadro è compatibile con i diritti fondamentali di cui agli artt. 47 e 48 CDFUE, che non ostano alla eventualità che un processo penale venga celebrato in contumacia, allorché l'imputato, debitamente informato del processo, rinunci volontariamente a partecipare in prima persona al processo.

Quanto alla terza e decisiva questione, l'art. 53 CDFUE non consente allo Stato membro di declinare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla decisione quadro per eludere di violare il diritto a un processo equo, che garantisca a tale diritto un livello più alto di tutela rispetto a quello individuato in sede europea<sup>537</sup>.

Il *Tribunal Constitucional* riafferma con forza l'esistenza di insormontabili controlimiti alla cessione di sovranità in favore dell'Unione europea, fondata sull'art. 93 della Costituzione spagnola, ma al contempo si astiene dal farli valere<sup>538</sup>.

Il *Tribunal constitucional* afferma allora che nel sistema di diritto fondamentale spagnolo, un processo equo implica il diritto di chi sia stato condannato in contumacia ad ottenere che un tribunale si pronunci nuovamente sul merito dopo aver udito l'imputato, a meno che l'imputato stesso, debitamente informato della pendenza del processo a proprio carico, abbia rinunciato volontariamente a comparire in giudizio, facendosi rappresentare e difendere.

---

<sup>537</sup> Più chiari di così si muore, potremmo dire. E, certo, una simile sentenza - paragonabile a un sonoro pugno sul tavolo da parte dei giudici europei - spalancava ai giudici costituzionali di Madrid, che pure avevano avuto la cortesia istituzionale di porre la questione alla Corte di giustizia *prima* di azionare direttamente i 'controlimiti', un'alternativa imbarazzante: piegarsi al volere dei loro colleghi europei, rinunciando *tout court* all'idea dei 'controlimiti' a tutela dei *propri* diritti fondamentali, *id est*, dei diritti fondamentali nell'estensione loro attribuita dalla Costituzione nazionale; oppure rispondere anch'essi con un pugno sul tavolo, e proclamare la supremazia delle ragioni di tutela dei *propri* diritti fondamentali sul diritto UE, innescando così un aperto conflitto con la Corte di giustizia.

<sup>538</sup> Nel caso di specie - osservano i giudici - ciò di cui si discute è una mera possibile *violazione indiretta* del diritto ad un processo equo garantito dall'art. 24 della Costituzione spagnola, derivante dalla consegna di una persona a una giurisdizione straniera la quale potrebbe, in ipotesi, rendersi essa stessa responsabile della violazione di tale diritto. In simili casi, argomenta il *Tribunal*, l'estensione della tutela al diritto in questione può essere più ridotta di quella che deve essere assicurata *all'interno* della giurisdizione spagnola, non dovendo necessariamente abbracciare *tutte* le garanzie che la giurisprudenza costituzionale spagnola deduce dall'art. 24, bensì soltanto un nucleo di garanzie elementari che costituiscono l'essenza stessa del "giusto processo", secondo un'accezione diffusa in tutte le tradizioni costituzionali europee.

Una tale constatazione induce perciò il *Tribunal constitucional* a negare che le ragioni di tutela del diritto a un processo equo sancito dall'art. 24, secondo comma, della Costituzione spagnola prescrivano di rifiutare la consegna, qualora le autorità giurisdizionali straniere non garantiscano allo stesso modo la possibilità di revisione della sentenza.

Il ricorso di *amparo* promosso a suo tempo da Stefano Melloni contro la decisione di consegna alle autorità italiane emessa a suo tempo dall'*Audiencia Nacional* viene, di conseguenza, respinto.

Con questa decisione, dunque, il *Tribunal constitucional*, optando per un *overruling* della propria precedente giurisprudenza in merito, evita di azionare i controlimiti, pur riaffermandone maestosamente l'esistenza in linea di principio.

Viene così individuato un diverso standard di tutela del diritto costituzionale al processo equo, a seconda che il diritto debba essere fatto valere all'interno della giurisdizione spagnola, ovvero in relazione a possibili violazioni da parte di altre giurisdizioni alle quali una persona sia consegnata<sup>539</sup>.

## **5. I controlimiti nella giurisprudenza dei giudici ordinari dei Paesi europei. La sentenza del *Conseil d'Etat* francese dell'8 febbraio 2007**

Oltre ai giudici costituzionali, anche i giudici ordinari hanno tentato di utilizzare tecniche atte a garantire l'applicazione della norma interna contrastante con quella europea in nome della tutela dell'identità costituzionale.

---

<sup>539</sup> La distinzione ha, invero, una sua plausibilità: nel momento in cui un ordinamento decide di prestare assistenza giudiziaria ad altri ordinamenti, non può pretendere che il sistema processuale di questi ultimi sia in tutto e per tutto conforme ai *propri* standard di un 'processo equo', così come elaborati dalla *propria* giurisprudenza costituzionale; ma deve ragionevolmente accontentarsi della prospettiva che gli ordinamenti cui presta assistenza rispettino un nucleo minimo di garanzie processuali, riconosciute dalla comunità internazionale come coesenziali all'idea di un processo equo. Le specifiche tradizioni costituzionali di uno Stato possono, ad es., considerare come inammissibile l'idea stessa di un giudizio contumaciale, o di un processo penale in cui sia il giudice e non la giuria a pronunciare il verdetto sulla colpevolezza dell'imputato; tuttavia, sarebbe certamente eccessivo voler rifiutare ogni cooperazione con ordinamenti che non condividano questi assunti, ma che comunque rispettino nel loro complesso le garanzie che a livello internazionale connotano l'idea del *fair trial*.

I due casi che verranno di seguito presi in considerazione saranno utili al fine di mostrare, appunto, come anche i giudici nazionali si siano eretti a difensori dei principi supremi del proprio Stato di appartenenza, spingendosi addirittura ad applicare concretamente il controlimito identitario.

Da questo punto di vista appare in primo luogo considerevole la decisione con cui il *Conseil d'Etat* francese ha reclamato la propria competenza a sanzionare le violazioni dei principi fondamentali francesi<sup>540</sup>.

Il caso riguardava l' Arcelor, una multinazionale prima produttrice d'acciaio in Europa e presente con sette filiali in Francia, che, dopo aver inutilmente richiesto al Presidente della Repubblica, al Primo Ministro ed al Ministro dell'Ambiente, l'abrogazione del *decret* del 19 agosto 2004 che recepiva la direttiva 2003/87 in tema di tutela ambientale<sup>541</sup>, aveva adito il *Conseil d'Etat* per l'annullamento del decreto predetto sulla base di una presunta violazione dei principi costituzionali di iniziativa economia e di uguaglianza.

La direttiva del 13 novembre 2003, non prevedendo un trattamento uguale (consistente nella sottomissione agli obblighi di riduzione delle emissioni di gas ad effetti serra) nei confronti di soggetti che si trovano nella medesima situazione<sup>542</sup>, a detta dei

---

<sup>540</sup> Sentenza del *Conseil d'Etat* francese, 287110, del 8 febbraio 2007.

<sup>541</sup> Al fine di attenuare l'impatto del fenomeno di inquinamento e surriscaldamento globale terrestre, l'Unione europea con la decisione del 25 aprile 2002, con la quale ratificava il protocollo di Kyoto, si impegnava, insieme ai suoi Stati membri, a ridurre, per il periodo 2008-2012, le emissioni di gas a effetto serra elencate nell'allegato A del protocollo nella misura dell'8 % rispetto al livello esistente nel 1990. Con l'obiettivo specifico di ridurre tali emissioni, il Parlamento ed il Consiglio dell'Unione adottavano il 13 ottobre 2003 la direttiva 2003/87/CE istitutiva di un sistema per lo scambio di quote d'emissioni del gas ad effetto serra all'interno dello spazio giuridico europeo. La normativa europea è stata trasposta nell'ordinamento francese, *mot per mot*, senza alcuna aggiunta, modifica od integrazione, con due atti del potere esecutivo, l'*ordonnance* – adottata ai sensi dell'art. 38 Cost. previa deliberazione del Consiglio dei Ministri – del 15 aprile 2002 ed il *decret* del Presidente della Repubblica del 19 agosto 2004, senza che ci fosse alcuna interposizione, nell'opera di trasposizione della normativa europea in diritto interno, da parte del livello legislativo (O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007).

<sup>542</sup> La normativa impugnata non avrebbe incluso tra le categorie di imprese soggette all'obbligo di limitare le emissioni dei gas ad effetto serra le imprese impegnate in settori concorrenti a quello siderurgico, quale quello della plastica e dell'alluminio, nonostante il fatto che tali imprese emettessero quantità di gas ad effetto serra almeno equivalenti a quelle proprie delle imprese siderurgiche (O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007).

ricorrenti sembra collidere con il principio di uguaglianza così come delineato da univoca giurisprudenza comunitaria<sup>543</sup>.

Il sommo giudice amministrativo d'oltralpe, attraverso un'articolata ricostruzione dei rapporti tra ordinamento europeo e l'ordinamento nazionale, si riserva la competenza in ordine alla valutazione della conformità della direttiva rispetto al parametro di diritto comunitario di riferimento.

Il *Conseil* statuisce, in via generale, che nel caso in cui il diritto di cui si invoca la lesione non ha una tutela corrispondente nel diritto europeo, spetterà al giudice francese valutare la conformità costituzionale delle norme interne di attuazione del diritto europeo<sup>544</sup>.

Nel caso concreto, tuttavia, riconoscendo che il principio di eguaglianza è tutelato dall'ordinamento europeo e constatando la non conformità della normativa impugnata con lo stesso, l'organo di giustizia amministrativa francese, in un'ottica cooperativa, sospende il procedimento e rimette la decisione alla Corte di giustizia europea<sup>545</sup>.

---

<sup>543</sup> Era stato inoltre rilevato un profilo di incostituzionalità secondario, relativo alla violazione dei principi costituzionali di tutela della proprietà e della iniziativa economica. Il *Conseil d'Etat*, dopo aver accertato che si trattasse di principi previsti anche dall'ordinamento comunitario, si concentra sull'accertamento della conformità della direttiva del 13-10-2003 ai principi generali dell'ordinamento comunitario così identificati, giungendo ad un esito positivo sulla base della considerazione per cui «la seule circonstance que les entreprises du secteur sidérurgique soient incluses dans le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ne saurait être regardée comme portant atteinte aux principes généraux du droit communautaire qui garantissent le droit de propriété et la liberté d'entreprendre, dès lors qu'une telle atteinte ne pourrait résulter, le cas échéant, que du niveau de réduction des émissions de gaz à effet de serre assigné à ce secteur dans le cadre du plan national d'allocation des quotas prévu par l'article 8 de la directive et approuvé par un décret distinct du décret contesté» (O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007).

<sup>544</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 186- 187.

<sup>545</sup> «Se però ci si sforzasse di interpretare lo stesso passaggio argomentativo in un'ottica più ampia, che tenga conto, sotto un profilo sincronico, dello spirito di complessiva, se pur a tratti ambigua, apertura alle ragioni del diritto comunitario che emerge dallo sforzo interpretativo del Conseil d'Etat e, sotto, un profilo diacronico, del passo avanti dell'esito di tale sforzo rispetto alla giurisprudenza precedente dello stesso Conseil lungo il percorso che porta dall'isolamento giurisdizionale al dialogo multilivello tra le Corti, allora, forse, potrebbe leggersi tra le righe del *reasoning* in esame una disponibilità del sommo giudice amministrativo d'oltralpe a dare la parola alla Corte di giustizia ben prima che sorgano "serie difficoltà" nell'interpretare la direttiva in conformità al parametro comunitario superprimario» (O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007).

## 5.1 Il caso *Federfarma*

Un altro spunto è offerto dalla pronuncia del Consiglio di Stato italiano nel caso *Federfarma*, riguardante una vicenda risalente al 2000, quando il Comune di Milano decise l'affidamento del controllo della società di gestione delle farmacie comunali alla Gehe Italia s.p.a., poi Admenta Italia s.p.a.

A tal proposito, la Federazione Unitaria dei Titolari di Farmacia italiani (FEDERFARMA), insieme ad altri soggetti collettivi e singoli cittadini farmacisti, ricorse dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia per l'annullamento della sequenza procedimentale con la quale il Comune di Milano era pervenuto alla predetta decisione, censurando la procedura anzidetta sotto diversi profili.

Venne poi prospettata la questione di della legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991 per contrasto con gli artt. 3 e 32 della Costituzione, in quanto la norma nulla prevedeva in merito alle farmacie comunali, per la cui gestione da parte di soggetti societari non era indicata alcuna incompatibilità in caso di simultaneo svolgimento da parte della società affidataria di quelle altre attività, vietate invece per la gestione di farmacie private<sup>546</sup>.

Il Tar Lombardia, con sentenza n. 4195 del 2004, accolse il ricorso, annullando il bando di gara per l'affidamento del controllo della società che gestiva le farmacie comunali milanesi, nonché l'aggiudicazione<sup>547</sup>.

Il Consiglio di Stato, adito in sede di appello con la richiesta di disapplicare la norma modificata dalla Corte costituzionale, in quanto incompatibile con gli articoli 12, 43 e 56 del Trattato Ce (oggi UE) e di rinviare alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale relativa al contrasto della medesima norma nazionale con le norme comunitarie.

---

<sup>546</sup> A. PICCONE, *Due recenti pronunce*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>547</sup> Sulla base della sentenza della Corte costituzionale del 24 luglio 2003 n. 275 nella quale la Corte aveva rilevato che *“la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possono ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, per il diritto alla salute”*, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, della l. n. 362/91 *in parte qua* ( A. PICCONE, *Due recenti pronunce*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)).

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto irrilevante, nel caso di specie, la formulazione di una questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce e hanno statuito che in ossequio alla teoria dei controlimiti, permane “uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all'influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative”<sup>548</sup>.

Il Consiglio di Stato, quindi, mancando di considerare di non aver competenza la bilanciare i diversi valori costituzionali, esplica la minaccia del controlimite identitario e capziosamente esclude l'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario<sup>549</sup>.

## **6. L'ambiguità della Corte di giustizia: tre linee giurisprudenziali. Il caso *Viking***

Il giudice europeo, a fronte di prese di posizione innovative e dure, ha elaborato una giurisprudenza di primo acchito frammentata, che, *prima facie*, potrebbe essere distinta in tre diverse linee d'azione.<sup>550</sup>

Per un verso si nota un certo disinteresse per il tema dell'identità costituzionale e la una successiva relativizzazione delle questioni identitarie che testimoniano la ferma

---

<sup>548</sup> Posto che la norma nazionale che si sta valutando “*non scaturisce dall'attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 della Costituzione*”; ciò che, per il Consiglio di Stato, precluderebbe alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla sua conformità al diritto comunitario.

<sup>549</sup> Né, a conclusioni diverse, per i giudici di Palazzo Spada, potrebbe condurre la considerazione della tendenza della giurisprudenza comunitaria “*ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione prettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte della storia della Comunità e ora dell'Unione*”, trattandosi di “*manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta tra i Paesi membri, che però allo stato non hanno assunto un significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e dello loro prerogative costituzionali*” (A. PICCONI, *Due recenti pronunce*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)).

<sup>550</sup> Corte di giustizia, sentenza del 11 dicembre 2007, C- 438/05, *Viking*.

volontà della Corte di Lussemburgo di non indietreggiare rispetto alla missione di garantire l'unità e l'uniformità dell'ordinamento europeo.

Per contro, è necessario oltretutto rilevare che la prudenza che contraddistingue altre decisioni è un chiaro segnale di debolezza che sostanzialmente svuota la dottrina della *primauté*, dando modo di estendere i margini di operazioni giurisprudenziali finalizzate a creare una diversificazione su base nazionale<sup>551</sup>.

Per quanto concerne le pronunce con cui la Corte ha manifestato un atteggiamento di chiusura viene principalmente in considerazione il celebre caso *Viking*.

La controversia principale nasce quando, con il chiaro intento di poter regolare i lavoratori secondo i più "comodi" parametri previsti dagli accordi collettivi estoni, un gestore finlandese di traghetti (*Viking*) pretende di immatricolare la sua imbarcazione in Estonia.

In seguito a questa decisione, la Federazione finlandese dei marittimi (FSU) si mobilita e, per evitare il cambio di bandiera, invoca l'intervento della potente federazione internazionale dei trasporti (ITF), che adotta una circolare imponendo ai suoi affiliati di non stipulare accordi con la società finlandese.

Il gestore marittimo, in seguito all'ingresso dell'Estonia nell'Unione europea,

propone un ricorso con cui chiede alla *Commercial Court* di Londra di imporre all'ITF di ritirare la sua circolare, poiché lesiva della libertà di stabilimento, della libertà di circolazione dei lavoratori e della libera prestazione dei servizi.

In seguito alla decisione del Tribunale inglese in senso favorevole al proprietario del traghetto, la ITF e la FSU si appellano al diritto fondamentale dei sindacati di avviare un'azione collettiva *ex art. 136 del Trattato sulla Comunità europea*<sup>552</sup>.

---

<sup>551</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli Editore, 2012, cit. pp. 220-221.

<sup>552</sup> Articolo 136 TUE: "1. Per contribuire al buon funzionamento dell'unione economica e monetaria e in conformità delle pertinenti disposizioni dei trattati, il Consiglio adotta, secondo la procedura pertinente tra quelle di cui agli articoli 121 e 126, con l'eccezione della procedura di cui all'articolo 126, paragrafo 14, misure concernenti gli Stati membri la cui moneta è l'euro, al fine di: a) rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio; b) elaborare, per quanto li riguarda, gli orientamenti di politica economica vigilando affinché siano compatibili con quelli adottati per l'insieme dell'Unione, e garantirne la sorveglianza. 2. Solo i membri del Consiglio che rappresentano gli Stati membri la cui moneta è l'euro

Il giudice inglese, sospendendo il procedimento principale, chiede alla Corte di giustizia, tra le altre domande pregiudiziali, di verificare se l'art. 43 del TUE ha efficacia orizzontale e di accertare il rapporto esistente nell'ordinamento europeo tra l'autonomia collettiva e le libertà economiche fondamentali.

Investiti della questione, i giudici del Lussemburgo in primo luogo statuiscono che, malgrado l'art. 43 del Trattato sulla Comunità europea abbia solo efficacia verticale, esso, in ragione della particolare natura delle parti litiganti, deve trovare applicazione.

Secondo il ragionamento della Corte, sul presupposto che la mancata inclusione della contrattazione collettiva tra i provvedimenti di tipo normativo potrebbe determinare delle applicazioni difformi del diritto comunitario, pur rientrando l'organizzazione di azioni collettive nell'autonomia giuridica propria dei soggetti sindacali, il provvedimento dell'ITF, per la sua natura "quasi normativa", rientra indubbiamente nell'ambito di operatività dell'art. 43 TUE.

La libertà degli Stati membri di determinare le condizioni di esistenza ed esercizio dei diritti che non sono riservati alle competenze dell'Unione, non implica che essi possano venire meno alle altre disposizioni dei Trattati.

Quindi, a giudizio della Corte europea, l'esclusione della contrattazione collettiva dall'applicazione delle regole sulla concorrenza non comporta un'automatica deroga all'obbligo di rispettare le altre regole del diritto europeo.

Una volta accertato che l'esercizio dell'autonomia collettiva può rientrare negli ambiti astratti di applicazione della norma comunitaria, i giudici si preoccupano di indagare sulla relazione che intercorre tra libertà economiche e diritti fondamentali.

Dopo aver statuito che, in quanto appartenente alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, lo sciopero e l'autonomia collettiva sono diritti fondamentali presi in

---

prendono parte al voto sulle misure di cui al paragrafo 1. Per maggioranza qualificata di detti membri s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera a). 3. Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità".

considerazione dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>553</sup>, essi concludono per il bilanciamento tra diritti di pari rango giuridico.

La Corte, in conclusione, discostandosi dall'esperienza giuridica dei sistemi nazionali, hanno considerato i diritti sociali come limiti all'esercizio delle libertà economiche e, sostanzialmente, perviene alla conclusione che l'azione collettiva è illegittima<sup>554</sup>.

### 6.1 Il caso *Sayn- Wittgenstein*

La formalizzazione della clausola di salvaguardia delle identità costituzionali con l'art. 4 TUE e le forti critiche mosse dalla pressoché unanime scienza giuridica, ha imposto al giudice europeo di “metabolizzare” l'articolo in questione.

In questa fase, però, i giudici europei si sono limitati a qualche suggestivo riferimento alla clausola suddetta, contestualizzando le novità da essa introdotte nel quadro dei propri orientamenti giurisprudenziali consolidati<sup>555</sup>.

---

<sup>553</sup> Articolo 28, Diritto di negoziazione e di azioni collettive: “I lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero”.

<sup>554</sup> L'effetto di “sbilanciamento” di questa operazione risulta evidente per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché, gli sforzi evidenti compiuti dalla Corte per affermare la propria competenza non sembrano trovare alcun tipo di legittimazione formale e/o sostanziale: una decisione che sul piano teorico e sul piano concreto subordina i diritti fondamentali alle libertà economiche e li riconosce solo a condizione che rispettino il principio di proporzionalità si discosta da qualsiasi modello sostenibile di sviluppo e, al di là del quinto comma dell'art. 137, sembra ledere anche l'art. 2 del Trattato sulla Comunità europea. Inoltre, l'operazione ermeneutica operata dai giudici europei appare non soddisfacente perché, con l'intento di rendere predeterminabili le conseguenze dell'azione collettiva, ‘dimentica’ che l'imprevedibilità degli effetti è propria dell'autonomia collettiva e comprime l'autonomia delle parti sociali, sino ad arrivare al punto di pretendere di poter applicare loro le stesse regole che si applicano ai soggetti pubblici (F. VECCHIO, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)).

<sup>555</sup> Peraltro, malgrado i laconici richiami alla clausola, proprio queste ultime decisioni hanno avuto l'effetto di spostare l'attenzione della scienza giuridica dai profili relativi al *chi decide* a quelli, soltanto parzialmente connessi, relativi invece al *come si decide* (F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo “spettro” di Viking e Lavall*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)).

Il nuovo indirizzo decisione prende il via nel corso di un procedimento pregiudiziale, nel quale il governo austriaco sosteneva che la normativa sul divieto di utilizzo dei titoli nobiliari nel cognome esprima l'idea nazionale di uguaglianza e tal proposito invocano la protezione di cui all'art. 4 TUE<sup>556</sup>.

I giudici di Lussemburgo, rifacendosi ad alcuni precedenti<sup>557</sup>, deliberano che l'evocazione dell'identità costituzionale può rilevare come causa di giustificazione in merito alla salvaguardia dell'ordine pubblico, direttamente ricollegabile all'idea nazionale di eguaglianza.

I giudici, una volta verificata la sussistenza dei requisiti di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto, concludono riconoscendo le ragioni dell'Austria e acconsente all'applicabilità di una normativa astrattamente limitativa del diritto europeo.

## 6.2 Il caso *Chartry*

La durezza espressa dalle decisioni sopra citate trova una conferma solo parziale nella terza ed ultima linea seguita dalla Corte di Lussemburgo in materia di relazioni tra gli ordinamenti.

L'idea di una rivisitazione dell'interpretazione di immediata applicazione del diritto europeo trova una decisa conferma nella celebre decisione *Chartry*, con la quale i giudici europei rispondono alle questioni posti dal giudice belga in merito all'introduzione della questione principale di costituzionalità<sup>558</sup>.

La vicenda giudiziaria che porta il Tribunale di prima istanza di Liegi a sollevare la questione di pregiudizialità riguarda la legittimità di un intervento del legislatore belga in ordine a effetti retroattivi pregiudizievoli della situazione processuale di un individuo<sup>559</sup>.

---

<sup>556</sup> F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli editore, Torino, 2012, cit. pp. 213-216.

<sup>557</sup> Corte di giustizia, sentenza del 12 gennaio 2003, C- 112/00, *Schmidberger*.

<sup>558</sup> Ordinanza della Corte di giustizia europea del 1 marzo 2011, C- 457/09, *Chartry*.

<sup>559</sup> In particolare, il caso prende lo spunto dall'iniziativa giudiziaria con cui il signor Chartry chiede al Tribunale belga di accertare la prescrizione di alcuni provvedimenti con cui l'amministrazione statale ha ricalcolato l'importo delle imposte dirette da lui dovute e gli ha imposto di regolarizzare la sua posizione

Il giudice rappresenta la eventualità della violazione dell'art. 6 CEDU, che si sarebbe a sua volta tradotta in una violazione del diritto dell'Unione europea, e decide così di sospendere il procedimento principale, per investire della questione la Corte di giustizia europea.

La Corte di giustizia assume un atteggiamento molto deciso e, accogliendo le argomentazioni proposte dal governo belga, dal governo francese e dalla Commissione europea, salva l'impianto generale disegnato dalla nuova riforma belga, ma allo stesso tempo statuisce che, in base all'art. 234 TCE (oggi art. 267 TFUE), il procedimento incidentale di controllo costituzionale è legittimo nella misura in cui il «Carattere prioritario di siffatto procedimento non 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 tale organo giurisdizionale su detta questione- a tutti gli organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte»<sup>560</sup>.

---

entro la fine del 1997. È importante segnalare che il ricorrente sostiene la maturazione del termine di prescrizione perché, richiamandosi ad un consolidato orientamento della Cour de Cassation, ritiene che la notifica di alcune ingiunzioni di pagamento (avvenuta nel 2001) non costituisca un atto interruttivo e che quindi i cinque anni previsti dall'art. 2244 del Code Civil siano passati infruttuosamente. L'amministrazione finanziaria contesta il ragionamento giuridico alla base del ricorso del signor Chartry sostenendo che il sopravvenuto art. 49 della legge programma del 9 luglio 2004 ha disposto che le ingiunzioni di pagamento devono essere considerate come atti interruttivi della prescrizione e che la Cour d'Arbitrage (vedi le sentenze del 7 dicembre 2005 e del 10 febbraio 2006) ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'efficacia retroattiva del provvedimento normativa in questione (F. VECCHIO, *Il caso Chartry e il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in Riv. *Quaderni Costituzionali*, marzo 2011).

<sup>560</sup> Così il paragrafo 20 della decisione.

## CAPITOLO IV

### IL CASO TARICCO E L'ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: TRATTI NEVRAGILGICI E RILIEVI CONCLUSIVI

1.- L'ordinanza della Corte costituzionale: un tentativo di dialogo. - 2. Considerazioni sul primato dell'Unione e il rispetto dei principi supremi nell'ordinanza della Corte costituzionale. - 3. Le conclusioni della Consulta. - 4. Scenari sulle possibili risposte della Corte di giustizia. - 5. Rilievi conclusivi.

#### **1. L'ordinanza della Corte costituzionale: un tentativo di dialogo**

A questo punto della trattazione, dopo aver analizzato i rilievi problematici connessi alla complessa vicenda Taricco e alle relative pronunce giurisprudenziali, appare opportuno riprendere l'ordinanza di rimessione della Corte costituzionale del 26 gennaio 2017.

La terza sezione della Corte di Cassazione e la Corte d'appello di Milano avevano la Consulta della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130<sup>561</sup> nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco.

Sinteticamente, si rammenta che con la citata decisione la Corte di giustizia ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando nei casi in cui questi impedirebbero allo stesso di applicare sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli

---

<sup>561</sup> Legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007.

interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>562</sup>.

In entrambi i giudizi sussisterebbero, ad opinione dei giudici rimettenti, le condizioni enucleate dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, in presenza delle quali il giudice, escludendo la prescrizione, dovrebbe decidere nel merito, contravvenendo ai principi supremi dell'ordine costituzionale italiano (espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, Cos.) con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale.

La Consulta ritiene quindi di stabilire preliminarmente se l'art. 325 del TFUE vada effettivamente applicato nel senso indicato dai rimettenti, oppure se sia suscettibile di interpretazioni tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale.

Appurato che il principio di legalità penale riguarda anche il regime legale della prescrizione, la Corte rileva inoltre che la sentenza resa in causa *Taricco* non soddisfa il requisito della determinatezza<sup>563</sup>, corollario del principio espresso all'art. 25, secondo comma, Cost., che deve dunque contraddistinguere le norme di diritto penale sostanziale<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> “Per effetto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., gli atti interruttivi della prescrizione, per i reati fiscali puniti dal decreto legislativo 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, n. 205) e aventi a oggetto l'IVA, comportano, di regola e salvo casi particolari, l'aumento di un quarto del tempo necessario a prescrivere. Ove questo aumento si riveli in un numero considerevole di casi insufficiente per reprimere le frodi gravi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, che dipendono dalla mancata riscossione dell'IVA sul territorio nazionale, il giudice penale dovrebbe procedere nel giudizio, omettendo di applicare la prescrizione, e nello stesso modo il giudice dovrebbe comportarsi se la legge nazionale prevede per corrispondenti figure di reato in danno dello Stato termini di prescrizione più lunghi di quelli stabiliti per le frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione” (Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24).

<sup>563</sup> A tale riguardo la Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa *Taricco*, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione.

<sup>564</sup> La Consulta richiama a questo punto la sua precedente giurisprudenza sul principio di determinatezza: “Il carattere “elastico” della clausola si connette, nella valutazione legislativa (come rileva, del resto, lo stesso Tribunale di Torino nella prima delle sue ordinanze di rimessione), alla impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l'inosservanza del precetto. Una simile elencazione scoterebbe immancabilmente — a fronte della varietà delle contingenze di vita e della complessità delle interferenze dei sistemi normativi — il rischio di lacune: lacune che, peraltro, tornerebbero

Occorre inoltre verificare se la regola enunciata dalla sentenza Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale, riempiendo concetti (come quello del regime legale dell'interruzione della prescrizione legale per frodi fiscali) di per sé ambigui.

La Consulta conclude, quindi, che non è concepibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale da raggiungere con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento<sup>565</sup>.

---

non a vantaggio, ma a danno del reo, posto che la clausola in parola assolve al ruolo, negativo, di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale. La frequenza dell'impiego di una determinata formula nella legislazione ordinaria non equivale ancora, ovviamente, ad una patente di legittimazione sul piano costituzionale: rimanendo ferma, al contrario, l'esigenza di accertare, in relazione al singolo contesto di utilizzo, che la locuzione *de qua* — in quanto incidente, sia pure in negativo, sulla delimitazione dell'area dell'illiceità penale — non ponga la norma incriminatrice in contrasto con il fondamentale principio di determinatezza, rimettendo di fatto all'arbitrio giudiziale la fissazione dei confini d'intervento della sanzione criminale. Deve essere peraltro di guida, in tale indagine, il criterio, reiteratamente affermato da questa Corte, per cui la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. L'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero — come nella specie — di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo" (Corte cost., sentenza n. 5, 13 gennaio 2014).

<sup>565</sup> In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale.

## **2. Considerazioni sul primato dell'Unione e il rispetto dei principi supremi nell'ordinanza della Corte costituzionale**

Dopo aver messo a fuoco gli specifici profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la sentenza Taricco, la Corte ricorda che il principio di leale cooperazione espresso all'art. 4, paragrafo 3, TFUE, implica che gli Stati siano “uniti nella diversità”.

Da ciò i giudici della Consulta si interrogano sulla legittimità di una pronuncia proveniente che obblighi il giudice nazionale a dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano, sulla base del convincimento che l'obiettivo dell'unità, che pur giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, non abbia la pretesa di sovrastare il nucleo dei valori su cui si regge lo Stato membro.

Sia l'art. 11 della Costituzione italiana sia e l'art. 2 del TUE implicano un tasso di diversità minimo e necessario per preservare l'identità nazionale connaturata nella struttura basilare dello Stato membro, al fine di preservare il fondamento costituzionale dal quale i Trattati stessi hanno tratto origine.

Nel caso di specie la sentenza europea prescinde dalla compatibilità della regola con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano, nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale.

Tuttavia, i giudici di Lussemburgo, consci che non è loro compito valutare caso per caso la compatibilità delle pronunce e del diritto dell'Unione con i principi fondamentali, al paragrafo 53 della sentenza resa in caso Taricco affermano 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”<sup>566</sup>.

---

<sup>566</sup> Il paragrafo 55 seguente aggiungono, inoltre, che la disapplicazione va disposta «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» in ordine al rispetto dei diritti degli imputati.

### 3. Le conclusioni della Consulta

La Corte costituzionale, nell'intimo convincimento che la Corte di giustizia abbia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, nel rimettere la questione ai giudici europei precisa che se così davvero fosse cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta.

In tal caso resterebbe ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere ommesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione e occorrerebbe verificare nelle sedi competenti se il problema sia stato risolto dall'art. 2, comma 36-vicies semel, lettera l), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, che ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei reati puniti dagli articoli da 2 a 10 del d.lgs. n. 74 del 2000.

A questo punto, nel sottolineare la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee (in quanto include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità) e che è necessario che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona anche e soprattutto in funzione del "tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE)", la Consulta opera un calzante parallelismo con il caso *Melloni*<sup>567</sup>.

Nel già citato caso, nel quale si è escluso che in forza delle previsioni della Costituzione di uno Stato membro potessero aggiungersi condizioni all'esecuzione di un mandato di arresto europeo, una soluzione opposta avrebbe comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un apparato normativo omogeneo.

---

<sup>567</sup> Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, *Melloni*.

Viceversa, nel caso di specie il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione, essendo in questione l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice<sup>568</sup>.

Inoltre la Corte osserva che la sentenza *Taricco* ha escluso l'incompatibilità della regola lì affermata rispetto all'art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, non avendo esaminato un altro profilo proprio del principio di legalità, ossia la sufficiente determinatezza, tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*.

Quindi, supportata dai rilievi sopra esposti, i giudici della Consulta arrivano a chiedere nelle conclusioni, seppur velatamente, una interpretazione "correttiva", che chiarisca se l'art. 325, §§. 1 e 2, del TFUE e la sentenza *Taricco* debbano realmente essere interpretati "nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato (i) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; (ii) anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; (iii) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro<sup>569</sup>".

---

<sup>568</sup> "Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta. Tuttavia, l'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza. Se si ritiene che l'art. 325 del TFUE ha un simile significato resta allora da verificarne la coerenza con l'art. 49 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE), sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale" (Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24).

<sup>569</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit. p. 26.

#### 4. Scenari sulle possibili risposte della Corte di giustizia

Parte della dottrina non ha taciuto di ritenere che l'*iter* logico seguito a Palazzo della Consulta rappresenti un funzionale “espediente argomentativo”, atto ad aprire scenari potenzialmente dirompenti<sup>570</sup>.

Sempre secondo questo filone dottrinale, il nuovo rinvio pregiudiziale potrebbe essere l'occasione per i giudici europei per specificare i *dicta* della propria precedente pronuncia e correggersi, escludendo dalla efficacia della pronuncia le controversie che vi avevano dato luogo<sup>571</sup>.

Per tal via finirebbero per essere tutelati i diritti dei soggetti coinvolti nei giudizi *a quibus*, dando corpo a una vera e propria “disapplicazione della disapplicazione”.

Tutto ciò in virtù di un auspicato, da parte della Consulta, dialogo proficuo tra corti, che tenga in considerazione le specificità del nostro ordinamento costituzionale, ovvero il fatto che la prescrizione ha natura sostanziale e non processuale.

In tal senso, può citarsi un precedente in cui, proprio con riguardo al regime della prescrizione, la Corte di giustizia ha dato rilevanza alla natura di tale istituto quale

---

<sup>570</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit. p. 26 ss.

<sup>571</sup> I tempi della decisione della Corte di giustizia dovrebbero essere relativamente brevi (cinque, sei mesi) se verrà accolta, come pare ragionevole che accada, la richiesta di fare applicazione del procedimento accelerato, di cui all'art. 105 del regolamento di procedura della Corte di giustizia. Tale richiesta è stata infatti motivata in virtù del «grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione, incertezza che riguarda processi penali pendenti e che è urgente rimuovere quanto prima. Non può inoltre sfuggire la prioritaria importanza delle questioni di diritto che sono state sollevate e l'utilità che i relativi dubbi vengano eliminati il primo possibile». È prevedibile che la formazione giudicante sarà la Grande Sezione, se non altro perché questa era la formazione giudicante del caso *Taricco*. Anche se non sarebbe forse sbagliato consegnare la decisione alla formazione plenaria, identificando “l'importanza eccezionale” del caso nell'opportunità che il giudice di Lussemburgo ha di interloquire, per la prima volta in termini così espliciti, sul tema dei controlimiti con una Corte costituzionale nazionale, così da affrontare, dal lato dell'ordinamento dell'Unione, il fondamento, la portata e i limiti di una teoria che è, in potenza, il più rilevante condizionamento giuridico di cui soffre il principio del primato (C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Riv. Eurojus.it*, 29 gennaio 2017).

riconosciutagli nell'ordinamento di origine, nel caso *Gasparini*, dove i giudici del Kirchberg hanno tenuto conto delle specificità della disciplina portoghese che veniva in rilievo nel caso sottoposto alla loro attenzione e che attribuiva natura sostanziale al regime della prescrizione, per riconoscere l'efficacia preclusiva di giudicato ad una sentenza di "assoluzione definitiva per prescrizione"<sup>572</sup>.

La Corte di giustizia potrebbe, qualora da una eventuale analisi comparata dovesse emergere una pluralità di ordinamenti concordi sulla natura sostanziale della prescrizione, elevare siffatta conclusione a principio generale di diritto, utilizzandolo come fattore di integrazione dell'ordinamento sovranazionale.

Ciò riporterebbe la questione sul piano del dialogo nell'ambito di un processo di costruzione di un diritto costituzionale penale comune, in un contesto in cui un copioso ma oculato utilizzo del rinvio pregiudiziale è propedeutico a una auspicabile comunicazione tra giudice nazionale e giudice eurounitario, più che tra giudice nazionale e Corte EDU.

Proprio la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario conosciuti, componendo per

---

<sup>572</sup> Così facendo la Corte di giustizia ha ammesso l'operatività, anche rispetto a tale pronuncia, del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS), assicurando una tutela ampia alla posizione del "destinatario" della sentenza, che ha infatti in tal modo evitato di essere nuovamente sottoposto a procedimento penale (in altro Stato membro) per gli stessi fatti già dichiarati prescritti dal giudice portoghese. Rischio in cui sarebbe però presumibilmente incorso se l'ordinamento di origine della pronuncia avesse riconosciuto alla prescrizione natura processuale (anziché sostanziale), il *ne bis in idem* di cui al menzionato art. 54 CAAS potendo operare soltanto rispetto a sentenze che siano (oltre che definitive e, se di condanna, esecutive) di merito, ovvero che abbiano valutato nella sostanza la colpevolezza o meno dell'imputato. Ciò a meno che, a fronte di tale differente situazione giuridica, la Corte di giustizia, per assicurare comunque la tutela dell'imputato, avesse deciso di procedere ad un esame comparato delle legislazioni dei diversi Stati membri con lo scopo di attestare – se ed in quanto riconosciuta come tradizione costituzionale comune ad essi – l'esistenza di un principio generale di diritto dell'Unione per cui la prescrizione deve essere considerata istituto di parte sostanziale, con la conseguenza che anche la sentenza controversa, benché di rito nell'ordinamento di origine, avrebbe potuto considerarsi coperta dal *ne bis in idem* in virtù, appunto, di un principio generale (C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 ottobre 2016, cit. p. 16).

tal via le rime di un dialogo vero e proprio, finalizzato a un obiettivo comune e saldato da un principio cooperativo, realizzato grazie a regole condivise<sup>573</sup>.

La Corte di Giustizia, d'altro canto, sulla base più della coerenza che del dialogo, potrebbe ribadire con fermezza il *dictum* del settembre 2015, con la consapevole e concreta possibilità che Corte costituzionale attui le rivendicazioni sul ruolo del principio di legalità in materia penale.

Ciò a ben vedere potrebbe avvenire anche laddove la Corte di Giustizia tassativizzasse le condizioni della disapplicazione e circoscrivesse gli obblighi sanciti nella sentenza *Taricco* ai soli fatti successivi ad essa.

Azionare i “l’arma” dei controlimiti anche in tal senso parrebbe una scelta obbligata laddove si consideri che rimarrebbe intatta la matrice giurisprudenziale dell’obbligo di disapplicazione e disattese le richieste di salvaguardare il corollario della riserva di legge, momento fondante la democraticità delle scelte in materia penale, e il principio della separazione dei poteri, argine all’erosione della soggezione del giudice alla legge<sup>574</sup>.

## 5. Rilievi conclusivi

La Corte costituzionale ha quindi riconosciuto al principio di legalità in materia penale i crismi di un vero e proprio controlimite, senza mai appellarlo esplicitamente in tal modo<sup>575</sup>.

---

<sup>573</sup> V. CAPUOZZO, Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali, in *Dir. e soc.*, 2016.

<sup>574</sup> C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l’ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit. p. 29.

<sup>575</sup> “Se l’applicazione dell’art. 325 del TFUE comportasse l’ingresso nell’ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo” (Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24).

Al di là del tono della sentenza, ritenuto da alcuni solo apparentemente conciliatorio, appare fermo, leggendo tra le righe nell'ordinanza, che la regola espressa nella sentenza *Taricco* sia applicabile solo ove compatibile con l'identità costituzionale dello Stato, con la sottesa pretesa di rendere *inutiliter* la suddetta sentenza<sup>576</sup>.

Altra dottrina dubita, oltretutto, della necessità oggi, di sfidare apertamente il principio del primato del diritto europeo, su cui si basa l'intera costruzione giuridica dell'Unione europea, per difendere, nella pratica, l'impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro dovuti a titolo di IVA<sup>577</sup>.

La perplessità si basa su due ordini di ragioni.

Innanzitutto, si osserva che una simile “ribellione” creerebbe un precedente, cui altre corti costituzionali e giurisdizioni supreme, potrebbero guardare come a un possibile modello da seguire, ponendo così in crisi il primato del diritto dell'Unione<sup>578</sup>.

---

<sup>576</sup> Esplicitate, in questa direzione, le parole dell'ordinanza: “se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco*, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti” (§. 10); se così non fosse, evidentemente, sarebbero fondate le questioni sollevate dai giudici a *quibus*. V'è da chiedersi allora se sia, quello prescelto dai nostri giudici costituzionali, un percorso realmente più conciliante rispetto a quello, all'apparenza più drastico, ma probabilmente più coerente e lineare, di azionare, da subito e direttamente, vincendo ogni remora, i controlimiti. Rinviando alla Corte di Giustizia, con un “atto di formale deferenza ma di sostanziale opposizione”, che “nella forma è una richiesta di chiarimento, ma, nella sostanza, (...) una richiesta di mutare opinione” – non dissimile da un vero e proprio ultimatum - si finisce in fondo per demandare a quest'ultima un'interpretazione autentica non solo della sentenza *Taricco*, ma anche dello spazio applicativo del controlimito del principio di legalità in materia penale e, più in generale, della stessa ammissibilità e invocabilità dagli Stati membri della ‘teoria dei controlimiti’, con l'effetto di “affidare il controllo sulle limitazioni poste ad un ordinamento – quello dell'UE – al garante principe di quell'ordinamento, ossia la Corte di Giustizia”. Appare quantomeno eccentrico “che sia la Corte di Giustizia a dire quale sia l'identità costituzionale dei singoli Stati membri, perché è secondo le regole ordinamentali di quei Paesi che l'identità costituzionale va (...) accertata”, così come delegare la decisione ultima sull'applicazione dei controlimiti, “concepiti come rimedi alle possibili violazioni del perimetro costituzionale identitario da parte del primato del diritto dell'Unione (...), a chi di quel primato intende esserne il garante”, risulta paradossale, oltre che contraddittorio, anche rispetto a quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale laddove, al §. 2, ribadisce in maniera convinta la propria competenza al cospetto di possibili conflitti tra diritto europeo e principi costituzionali interni (C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit. p. 30).

<sup>577</sup> F. VIGANO', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 settembre 2015.

<sup>578</sup> Si ricorda, a tal proposito, la cautela della sentenza della Corte costituzionale tedesca, 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

In secondo luogo, non si sono taciuti i costi di una decisione di accoglimento, che blinderebbero 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.

Si cristallizzerebbe la disciplina italiana della prescrizione, una delle maggiori responsabili, secondo molti, dell'ineffettività del contrasto condotte nell'ordinamento italiano contro frodi al bilancio dell'Unione europea<sup>579</sup>.

E tutto ciò per una reclamata tutela non già dei diritti fondamentali dell'individuo, quanto piuttosto dell'idea di sovranità nazionale, della quale il diritto penale rappresenterebbe l'ultimo baluardo.

La legge che vincola il giudice e il cittadino è oggi una realtà normativa complessa, nella quale si integrano e si compenetrano norme nazionali e norme dell'Unione, che concorrono a far parte dell'ordinamento giuridico statale, soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha definitivamente consacrato l'idea di una competenza penale in senso lato<sup>580</sup>.

---

tedesco, della quale il superiore principio del rispetto della dignità umana costituisce parte integrante (BVerfG, sent. 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14). 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 (F. VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, 9 maggio 2016).

<sup>579</sup> Sul punto, F. VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, 9 maggio 2016. L'autore ha oltretutto sottolineato che "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. 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 prescrizionale 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>580</sup> "Sarebbe forse il caso, anche per i penalisti più tradizionalisti, di prendere finalmente atto di questa realtà. D'altra parte, la scossa tellurica che proviene oggi da Lussemburgo è una volta ancora salutare. L'attuale disciplina della prescrizione è semplicemente insostenibile: consentendo che essa maturi a processo

Non sfuggono infine e in termini generali, i pregi e le potenzialità virtuose di un approccio conciliativo tra le Corti, pur in presenza di una corte europea che, pronunciando la sentenza *Taricco*, non ha tenuto conto del granitico orientamento della giurisprudenza costituzionale italiana sulla natura giuridica della prescrizione e della portata del principio di legalità in materia penale nella tradizione costituzionale interna; e, d'altro canto, di una Corte costituzionale che stringe i giudici europei nell'alternativa pressante di smentire il proprio precedente o pronunciare una sentenza di rottura con il sistema italiano e potenzialmente dirompente nell'ottica della costruzione di un diritto penale europeo<sup>581</sup>.

---

ampiamente iniziato, a volte addirittura in prossimità della sua definitiva conclusione, il codice penale italiano fomenta uno scandaloso spreco di risorse umane e finanziarie, che nulla ha a che vedere con la tutela delle esigenze del giusto processo e, in generale, dei diritti fondamentali dell'imputato: il quale, anche nei casi di evidente colpevolezza, avrà sempre la possibilità – in procedimenti per reati di media gravità e di complesso accertamento, come quelli di cui si discute in questa sede – di lucrare la propria impunità, evitando rigorosamente di accedere ai riti alternativi, e percorrendo tutti i gradi di giudizio sino all'esito sperato” (F. VIGANO, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, 9 maggio 2016).

<sup>581</sup>C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, cit. p. 31.

## BIBLIOGRAFIA

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009;

F. VIGANO', *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*, 2015, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 7 febbraio 2014;

F. VIGANO', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte Costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

Rivista AIC n. 4/2016, 11 novembre 2016, Atti del Convegno "*Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*";

F. VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, 2016, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it);

C. AMALFITANO, "*La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*", in *Riv. Eurojus*, 29 gennaio 2017;

FUERBACH, *Lehrbuch des gemein in Deutschland geltigen peinlichen Rechts*, 1847;

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1794;

F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Cedam, 1979;

- M. GALLO, *La legge penale*, Giappichelli, 1999;
- G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012;
- G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, G. Giappichelli Editor, Torino, 2005;
- BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1975;
- QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo, 1956;
- RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione, profili teorici e questioni pratiche*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it);
- V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010:
- A.RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org);
- G. SILVESTRI, in *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*;
- O. POLLICINO, *La Corte costituzionale, su un rinvio della Corte di cassazione, richiama all'ordine il Giudice amministrativo in merito alla asserita diretta applicabilità della CEDU*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it);
- BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002;

BARTOLE- CONFORTI- RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001;

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 [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2015;

P. MAGGIO, *Nella "revisione infinita" del processo Contrada i nodi irrisolti dell'esecuzione delle sentenze CEDU e del concorso esterno nel reato associativo*, in CASSAZIONE PENALE, Giuffrè, 2016;

F. VIGANO , *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011;

F. MAZZACUVA, *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2016;

GRASSI, *Trattato della prescrizione penale*;

F. PALAZZO in *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999;

F. GIUNTA, D. MICHELETTI, *Tempori Cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino;

PECORARO ALBANI, *L'estinzione delle situazioni soggettive penali*, Jovene, 1968;

G. BATTAGLINI, in *Diritto penale*, Padova, 1949;

F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1962;

S. ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, in [ww.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 24 febbraio 2015;

F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista trimestrale, gennaio 2016;

G. QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo*;

M. I. GONZALEZ TAPIA, *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, 2010;

(DELMAS- MARTY, *A propos du nouveau code pénal française*, in *Revue de droit pénal ed de criminologie*, 1997;

F. PALAZZO- M. PAPA, *Lezioni di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino;

P. BARTOLO, voce *Prescrizione del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma;

HALL-GLUECK, *Cases on Criminal Law and its Enforcement*, St. Paul, Minn., 1958;

CADOPPI, *Tra storia e comparazione- Studi di diritto penale comparato*, CEDAM, 2014;

PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, RTDPE, 1993;

M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*;

G. BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*;

G. GIOSTRA, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, CEDAM, 2013;

R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Ue e diritto comunitario*, in Riv. AIC;

U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci editore, 2016;

E. ZANETTI, *Eurojust e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2006;

VENEGONI, *OLAF – Ufficio Europeo per la Lotta Antifrode*, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it), 14 febbraio 2014;

F. R. DINACCI, *Interpretazione “europeisticamente” orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in Riv. Cassazione Penale;

BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in Riv. Diritto penale contemporaneo, gennaio 2012;

R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*;

A.E. BASILICO, *Disapplicazione di leggi interne contrastanti con la CEDU? Il punto di vista della Corte di giustizia*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 25 novembre 2012;

P. Domenicucci, *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, in [www.era-comm.eu](http://www.era-comm.eu), 2012;

CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009;

CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, 2017;

FARRI, *Quando i principi supremi dell'ordinamento italiano prevalgono sul diritto europeo: dalla Corte costituzionale italiana una pronuncia storica sull'effettività dei "controlimiti"*, in *Riv.di Diritto Tributario*;

MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità internazionale dello Stato estero*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 24 ottobre 2014;

J. SIEYES, *Che cosa è il terzo stato*, editori Riuniti, Roma, 1989;

R.GUASTINI, *I limiti intrinseci alla revisione costituzionale nella giurisprudenza colombiana*, in *ConsultaOnline*, 16 marzo 2016;

M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. Soc.*, 1996;

P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli Edizioni, 2015;

PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1962;

SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi di onore P. Biscaretti di Ruffa*, Milano, 1987;

S. GAMBINO- G. D'IGNAZIO, *La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffè, 2007;

REPOSO, *La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione*, Garangola, 1970;

S. M. CICCONE, *Revisione costituzionale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989;

L. BELLODI, *L'ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Costituzione*, in *Riv. Amministrazione in cammino*;

MORTATI, *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, XI, 1962;

A.PACE, *Morte di una Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1999;

A.PACE, *L'incostituzionalità della costituzione di Berlusconi. Una traccia per poter discutere su una legge costituzionale assai controversa*, in [www.eius.it](http://www.eius.it), 2006;

ROSS, *Diritto e Giustizia*, trad. di G. Gavazzi, Torino, 1965;

A. CERVATI, *Brevi riflessioni sull'uso di procedure straordinarie di revisione della Costituzione e sull'abuso delle leggi costituzionali in alcuni ordinamenti contemporanei*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. I;

R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in *Riv. AIC*;

A.CERRI, *Riflessioni sul referendum costituzionale*, in *Riv. AIC*, 30 gennaio 2017;

GALLO, *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*, in [www.edizionicafoscarini.unive.it](http://www.edizionicafoscarini.unive.it), 2013;

SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss*, Torino, 1961;

V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1974;

RIGANO, *La costituzione in officina. Il primo intervento urgente*, Padova, 2013;

T. GROPPI, *La revisione della costituzione. Commento all'art. 138*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVIERI, *Commento alla Costituzione*, Vol. III, UTET, Torino, 2006;

VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli editore, Torino, 2012;

F. VECCHIO, *La clausola di salvaguardia delle identità costituzionali, le occasioni perdute e lo “spettro” di Viking e Lavall*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu);

F. VECCHIO, *Il caso Chartry e il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in *Riv. Quaderni Costituzionali*, marzo 2011;

CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 ottobre 2016;

V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2016;

AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *Riv. Eurojus.it*, 29 gennaio 2017;

VIGANO', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 settembre 2015;

VIGANO', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, 9 maggio 2016.

## RINGRAZIAMENTI

Nutro il bisogno di ringraziare coloro che hanno contribuito al raggiungimento di questo traguardo, in questo epilogo della mia carriera universitaria. Primo fra tutti il relatore prof. Cristiano Cupelli, per avermi indirizzata e per la sua disponibilità, unitamente ai correlatori, il prof. Daniele Gallo e il Prof. Angelo Carmona. Il mio pensiero va inoltre alla dott.ssa Giulia Corigliano, per avermi seguita nella stesura del mio elaborato con attenzione, perizia e gentilezza.