

Rivista N°: 2/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 15/04/2016

AUTORE: Massimo Luciani*

IL BRUSCO RISVEGLIO. I CONTROLIMITI E LA FINE MANCATA DELLA STORIA COSTITUZIONALE **

Sommario: 1. L'illusione della fine della storia costituzionale. – 2. L'ingombro dei controlimiti. – 3. Perché i controlimiti. – 4. Una falsa risposta: gli artt. 4.2 e 6.3 del TUE. – 5. E ora? Taricco e oltre.

1. L'illusione della fine della storia costituzionale.

A non pochi studiosi che diffondono le loro idee a mezzo della lingua inglese e fanno far uso di formule eleganti e suggestive è dato in sorte conoscere uno smisurato successo nel dibattito scientifico internazionale. Non importa che quelle formule siano generiche o addirittura in-significanti: quel che conta è che si presentino con l'apparenza della scoperta originale, che siano facilmente memorizzabili e che possano prestarsi a una molteplicità di letture, tanto da garantire un dibattito *sine fine* sulle abissali profondità di analisi che schiuderebbero. Nello stesso mondo del diritto ne abbiamo vari esempi (per tutte penso, a costo di urtare qualche suscettibilità o di fare scandalo, a quella dworkiniana della *chain novel*)¹, ma è fuori dell'ambito degli studi giuridici che, non foss'altro per la vastità dell'uditorio potenziale, si registrano i fenomeni di maggior popolarità *sine causa*. Paradigmatico è il caso dell'idea della fine della storia, che, dopo averla anticipata in un contributo su rivista, Francis Fukuyama espone in *The End of History and the Last Man*². L'idea di fondo è nota: la democrazia

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Sapienza".

** Relazione al Convegno "Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali", Ferrara, 7-8 aprile 2016. Il saggio è destinato al *Liber amicorum* per Piero Alberto Capotosti.

¹ R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (Massachusetts), 1985, trad. it. di D'Orazio, *Questioni di principio*, Milano, 1990, specie 194 sgg.), che non approfondisce la questione della diversa natura delle singole maglie della catena, accontentandosi di dire che "un giudice che «interpreta» la decisione precedente sta effettivamente creando nuovo diritto nel modo che egli reputa migliore" (*ivi*, 182).

² F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992, trad. it. *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 1992.

liberale costituirebbe il punto di arrivo delle ideologie politiche dell'umanità e, addirittura, la sua forma di governo (o di Stato?) "definitiva". Non è il caso di tornarci, visto che ha attirato anche troppa attenzione, nonostante gli argomenti a suo sostegno (peraltro inframmezzati da considerazioni non banali su alcune questioni fondamentali della teoria politica) venissero da un incrocio a dir poco disinvolto tra filosofia hegeliana della storia, dottrine antropologiche, indimostrati assunti psicologici, etc.³.

Fortunatamente, simili tesi non hanno fatto breccia nel mondo degli studi giuridici. Nondimeno, sebbene della storia costituzionale non si postuli esplicitamente una fine, ne traspare quanto meno una concezione monodirezionale nella diffusa opinione che: a) l'orizzonte dello Stato costituzionale di diritto sarebbe quello "ultimo"; b) tale forma politica sarebbe pacificamente assisa sull'accettata indiscutibilità di alcuni postulati d'ordine normativo (primo fra tutti, l'intangibilità e non negoziabilità della dignità umana); c) il processo di costante e graduale integrazione fra ordinamenti (statali, sovranazionali, internazionale) sarebbe irresistibile; d) in questo processo il ruolo più rilevante sarebbe giuocato dalle giurisdizioni, il cui "dialogo" garantirebbe gli equilibri istituzionali e assicurerebbe adeguata protezione ai diritti attraverso la loro tutela "multilivello".

Per come concepito dalla corrente (forse)⁴ *mainstream* e comunque egemone, va detto, quello costituzionale appare come un ben singolare tipo di Stato, nel quale tutti gli elementi caratterizzanti dello Stato come forma politica moderna risulterebbero interamente trasformati. Così, il *territorio* non costituirebbe più un dominio riservato sul quale esercitare lo *ius excludendi* (visto che non è mancato chi ha teorizzato un illimitabile diritto umano all'immigrazione e all'accoglienza, almeno in capo all'evanescente categoria dei "migranti per necessità")⁵, ma nemmeno la sfera del monopolio dell'uso legittimo della forza (visto che lo si dichiara permeabile a interventi militari esterni, anche unilaterali, specie se di tipo "umanitario")⁶. Il *popolo* cesserebbe d'essere distinguibile dalla *popolazione*, visto che i filosofi politici

³ Rivelatore, fra gli altri, l'evidente imbarazzo nella scelta se definire "naturale" o "culturale" l'aspirazione dell'uomo al riconoscimento di se stesso, in quanto uomo, da parte degli altri uomini (F. FUKUYAMA, *La fine della Storia*, cit., spec. 169 sg.).

⁴ Per essere certi che lo sia si dovrebbe procedere a un impossibile inventario di tutta la produzione costituzionalistica mondiale. Si ha, poi, la sensazione che in Italia vi siano segnali non trascurabili di reazione. Sembra più prudente, allora, parlare di un indirizzo egemone (che ha dalla sua l'atteggiamento di molte Corti e quello dei mezzi di informazione).

⁵ E. BETTINELLI, *Il clandestino: persona senza status?*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 143 sg. Colpisce, in questo scritto, l'alto senso morale che lo anima. Ma, al di là dei problemi giuridici evidenziati nel testo, v'è da chiedersi se la massimizzazione di certi imperativi morali non possa comportare il travolgimento di altre esigenze parimenti meritevoli sul medesimo piano della morale. Chi, con un minimo di realismo, si soffermasse a esaminare le conseguenze pratiche della posizione qui criticata non potrebbe non ravvisarvi un'eterogenesi dei fini.

⁶ Interventi di questo tipo, per vero, paiono ormai ammessi dal diritto internazionale generale. La loro legittimità, tuttavia, come osserva la più attenta dottrina internazionalistica (v., in particolare, P. PICONE, *La "guerra del Kosovo" e il diritto internazionale generale*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 343 sgg., ora rist. anast. in Id., *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*. *Studi critici di diritto internazionale*, 3^a ed., Napoli, Jovene, 2013, 323 sgg.) dovrebbe essere vagliata, di volta in volta e in concreto, con particolare attenzione. Al di là della loro natura "umanitaria" o meno, poi, gli interventi unilaterali dovrebbero comunque essere condotti nel rispetto di quell'"unilateralismo per così dire «regolato»" di cui parla lo stesso P. PICONE, *L'insostenibile leggerezza dell'art. 51 della Carta dell'ONU*, in *Riv. dir. int.*, 2016, 29.

che hanno pensato di addossare agli Stati uno specifico onere motivazionale nell'ipotesi in cui la loro legislazione negasse la cittadinanza agli stranieri stabilmente residenti sul loro territorio⁷ sono stati scavalcati dai giuristi che hanno sostenuto che a quegli stranieri anche i diritti politici (compreso il diritto di voto per le assemblee parlamentari) dovrebbero essere garantiti come autentici diritti fondamentali⁸. La *sovranità*, infine, cesserebbe d'essere imputabile a un solo, più o meno preciso, soggetto storico (lo Stato, il popolo, la nazione), ma si diluirebbe in plurimi livelli di gestione, anche sovranazionali o internazionali, tanto da qualificarsi come "sovranità condivisa"⁹, o cesserebbe d'essere imputabile a chicchessia, configurandosi come astratta "sovranità dei valori"¹⁰, ovvero dovrebbe addirittura concepirsi (con evidente confusione fra categorie concettualmente distinte quali "autonomia", "diritti" e "sovranità") come "sovranità di ciascuna persona"¹¹. In questo modo il rapporto fra lo Stato costituzionale di diritto e lo Stato di diritto viene interamente reciso. E questo, a mio avviso, è un errore (teorico).

Come ho osservato in altra occasione¹², lo Stato costituzionale di diritto non nasce *ex abrupto*, assidendosi sulle ceneri ancora calde dello Stato di diritto, né di questo si pone co-

⁷ P. MINDUS, *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press, 2014, spec. 293.

⁸ A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 2, 21. È interessante notare che l'argomentazione (peraltro, come sempre, raffinata, di questo A. muove (come subito dopo si dice nel testo) dalla crisi della sovranità, che sarebbe inesorabilmente attratta verso l'alto e finirebbe per configurarsi come "sovranità condivisa". Così stando le cose, si dice, "dal momento [...] che la sovranità è, almeno in parte, trasmigrata altrove, diventa assai arduo trattenerne esclusivamente in capo ai cittadini il riconoscimento dei diritti di cui ora si discorre" (*ivi*, 18). A fronte di questi rilievi, però, sarebbe giusto chiedersi: a) perché, allora, non si chiede l'estensione della sovranità popolare anche ai nuovi campi in cui atti di sovranità possono essere compiuti; b) perché non si provi a identificare *démoi* modulari, di composizione diversa a seconda delle *issues* da decidere (è una delle proposte di Patricia Mindus nel libro che si è citato alla nt. 7). Forse la palese impraticabilità di queste strade ha indotto a seguire quella indicata nel testo, che però non è consequenziale alla premessa.

⁹ A. RUGGERI, *Note introduttive*, loc. cit.

¹⁰ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, Giappichelli, 2005, 9 sgg.

¹¹ Questa singolare affermazione si trova in S. SENESE, *Corte costituzionale e sovranità*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 1, 56. Tale affermazione non può essere confusa con quella che, mettendo in luce il rapporto fra diritti di libertà e potere dei cittadini, ha notato che in Costituzione "La suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico" (V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Scritti Orlando*, Padova, Cedam, 1955, ora in *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 122, ma linee di analisi non dissimili si trovano, pur con variazioni significative, in molti studiosi: cfr., ad es., C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, ora in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, rist., 10; N. BOBBIO, *Democrazia*, in *Alla ricerca della politica. Voci per un dizionario*, a cura di A. d'Orsi, Torino, Bollati Boringhieri 1995, 7; P. CATALANO, *Diritti di libertà e potere negativo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, Cedam, vol. III, 1972, spec. 1964 sgg.; R[ubens] ESPOSITO, *Contributo alla identificazione giuridica del popolo*, Firenze, Nocchioli, 1984, 133; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2003, spec. 119 sgg.). In tutti questi autori, infatti, la sovranità popolare è - sì - intesa pluralisticamente, nella consapevolezza della natura articolata del popolo, ma non frammentata in molteplici e irrelate sovranità individuali.

¹² Non avendo ragione di discostarmene, riprendo qui, in parte alla lettera, l'opinione sostenuta in M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. soc.*, 463 sg.

me il naturale sviluppo¹³: se così fosse stato, un problema di rapporto tra legalità legale e legalità costituzionale non si sarebbe affatto posto, perché la legalità costituzionale avrebbe esaurito e assorbito in sé la legalità legale e – anzi – tra le due non sarebbe stato nemmeno possibile distinguere. La storia, però, ha voluto diversamente e legalità costituzionale e legalità legale hanno dovuto trovare un modo per convivere. Ma la convivenza non è cosa semplice¹⁴, come dimostra il fatto che, da noi e in molti altri ordinamenti, alle due legalità presiedono due custodi diversi (la Corte costituzionale e quella di cassazione) e che l'indiscussa prevalenza del principio di legalità costituzionale non rende per ciò solo agevole la riduzione dell'ordinamento a coerenza (a che altro servono, specularmente, la dottrina del diritto vivente e quella dell'interpretazione conforme a Costituzione?)¹⁵, né la composizione di eventuali conflitti¹⁶. In definitiva: sebbene il passaggio allo Stato costituzionale di diritto non sia avvenuto senza soluzione di continuità¹⁷, la cesura con lo Stato di diritto non ha determinato una frattura così profonda da costringere a elaborare costruzioni teoriche e pratiche giurisprudenziali totalmente diverse da quelle maturatesi nel suo contesto. L'opinione qui criticata, invece, postula la fine di plurime categorie del diritto costituzionale e sgancia la presente fase storica da un passato senza il quale è impossibile comprenderla, proiettandola in un futuro del quale - ovviamente - non c'è alcuna prova.

È seriamente da dubitare, poi, che il processo immaginato da quell'opinione sia davvero così irresistibile come si dice. Certo, lo spazio apparentemente "liscio"¹⁸ creato dalla globalizzazione parrebbe giustificare non solo il convincimento della crisi dello *ius publicum europaeum*¹⁹, ma anche quello dello sganciamento del costituzionalismo contemporaneo dalla sua stessa matrice storica (moderna), plasmata soprattutto da due elementi: assunzione da parte delle comunità politiche di una precisa forma istituzionale (lo Stato); riconoscimento ai componenti la comunità del potere di essere padroni del proprio destino (la sovranità). Eppure, fermo restando che una *krisis* nella vicenda storica dello Stato e della sovranità si è manifestata, negli ultimi decenni, in modo innegabile²⁰, il *de profundis* per l'uno e per l'altra suona alquanto prematuro. Per ciò che concerne lo Stato, anche a uno sguardo super-

¹³ È questa, invece, l'opinione comune. V., ad es., E. CHELI, *Lo "Stato costituzionale", forma dell'ordinamento italiano*, in *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, Il Mulino, 2012, 49.

¹⁴ La stessa Corte costituzionale, talora, dà atto dell'esistenza di questa duplice legalità: cfr., in particolare, le sentt. nn. 379 del 1996 e 206 del 2004.

¹⁵ Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Foro amm.*, suppl. al n. 7-8/07, *Il ruolo del giudice. Le magistrature supreme*, a cura di M.A. Sandulli, 87 ss.

¹⁶ Anche su questa delicata questione devo, per semplicità, rinviare ad un mio scritto: *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, Giappichelli, Vol. II, 501 ss., dal quale sono tratte anche le considerazioni accennate nel testo.

¹⁷ Per un (sintetico) elenco dei più significativi punti di discontinuità, rinvio ancora al mio *Garanzie*, cit., 461 sgg.

¹⁸ La formula è di C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, 55.

¹⁹ Come si sa, Carl Schmitt l'aveva antevduta con impressionante lucidità in C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Berlin, Duncker & Humblot, 4^a ed. 1997 (1^a ed. 1950), spec. 285 sgg.

²⁰ Sulla sovranità si possono vedere le posizioni, tanto simpatetiche nell'analisi quanto distanti negli esiti, di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 sgg. e M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, *ivi*, 1996, 124 sgg.

ficiale si avverte bene che, ad esempio, gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea²¹: sono tuttora i “signori dei Trattati”; definiscono in notevole misura tempi e ruoli della normazione europea; gettano i loro interessi sul campo delle relazioni interne all’Unione, orientandole proprio in ragione del peso economico-politico di quegli interessi (sarebbe sorprendente che non lo si intendesse nemmeno dopo l’ultimo lustro - abbondante - di vicende europee). In realtà, come dovrebbe essere ormai chiaro, sono gli stessi Stati (meglio: i loro Governi) che hanno interesse ad alimentare la credenza nella fine della loro sovranità, per scaricare altrove la responsabilità politica delle scelte che compiono. Il che non significa, ovviamente, che il loro agire sia libero e incondizionato: non lo è mai stato e il margine di libertà diminuisce in un mondo interconnesso. Ma una cosa è postulare condizionamenti di fatto dipendenti dalla materialità dei rapporti di forza o dall’immaterialità dei rapporti di egemonia (condizionamenti che sono pienamente compatibili con il sistema dello *ius publicum europaeum*), altra cosa è derivare da tali condizionamenti di fatto inopinate conseguenze in termini di ricostruzione degli istituti giuridici.

2. L’ingombro dei controlimiti.

In un contesto analitico come quello oggi egemone, è chiaro, la dommatica dei controlimiti costituisce un fastidioso ingombro. Non a caso si è sempre detto ch’essi erano fatti più per essere minacciati che impiegati; che il loro valore era poco più che simbolico; che postularli non avrebbe minimamente inciso sull’oggettività di un inarrestabile processo storico. Le ultime vicende, specialmente italiane e tedesche, mostrano quanto assunti di questo genere fossero ingiustificatamente ottimisti: i controlimiti non solo hanno una compiuta sostanza normativa e politica, ma sono stati utilizzati e potrebbero esserlo nuovamente e con ancor maggiore efficacia se sol lo si volesse²².

Il momento per un cambio d’indirizzo sarebbe propizio. Solo un giurista chiuso nelle quattro mura del suo studiolo potrebbe non intendere che il “successo” attuale dei controlimiti si lega inestricabilmente alle gravi difficoltà del processo di integrazione europea e al diffuso malcontento non già per l’dea stessa di Europa, ma per il mancato scioglimento dei molti no-

²¹ La stessa dinamica autoriproduttiva del diritto europeo, che la Corte di giustizia sembra asseverare con la sua giurisprudenza, non può far confondere la condizione dell’ordinamento eurounitario con quella di un ordinamento statale e far postulare la sua raggiunta indipendenza e autonomia dagli Stati membri: è infatti “inconcepibile l’idea che da esso si sviluppi un processo di autoaffermazione che tenda ad affrancarlo dall’ordinamento interno”, così E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 89).

²² Il Presidente della Corte costituzionale, di recente, ha giustamente dichiarato “improponibile qualsiasi primato ideologico di questo o quel sistema ordinamentale”, ma, non meno giustamente, ha ammonito a che il ripensamento concettuale cui deve procedere chi non vive più in una dimensione ordinamentale isolata sia operato “salvaguardando, al più possibile, la specificità” (P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, 3, cors. nell’orig.).

di politici che la (pur a suo tempo meritevole) politica dei “piccoli passi” ha annodato²³. Solo il più inguaribile degli euro-ottimisti potrebbe non avvedersi che siamo di fronte a una costruzione sbilenco. Nessuno ha ancora risposto all’interrogativo su come possa reggere un sistema con moneta unica e debiti plurimi. Nessuno ha mai spiegato come possa darsi uno spazio senza frontiere quando la sicurezza nazionale è riservata agli Stati (art. 4.2 TUE) e ci sono forze armate e sistemi di *intelligence* separati (la recente catastrofe della sicurezza pubblica belga, se qualcuno si fosse distratto, sta lì a ricordarcelo). Nessuno ha ben compreso quanto sia inaccettabile il prezzo che in termini di certezza del diritto si paga alla continua in-decisione sulle fonti di tutela dei diritti. Personalmente, penso che da questo ginepraio si possa venir fuori meglio in avanti (con una forte iniziativa politica che ridia sangue all’idea di Europa) che all’indietro (con una progressiva chiusura degli Stati membri), ma è ben ora di uscire dall’equivoco di una situazione in cui gli interessi egoistici degli Stati (di quelli più forti, ovviamente) sono spacciati per interesse generale. Da questo punto di vista, trovo illuminante l’evoluzione della posizione tedesca sul debito pubblico. Nell’art. 135 del *Grundgesetz*, nel 1969, viene inserita la c.d. clausola d’oro, e cioè il principio della neutralizzazione delle spese d’investimento ai fini del computo del debito. Per quarant’anni le cose restano così, sin quando nel 2009 si abroga l’ultimo periodo dell’art. 135, par. 3, finendo per computare nel debito anche quelle spese. A fare questa operazione, che poi pretenderà di estendere a tutta l’Europa, è un Paese che aveva vissuto la riunificazione, si era pesantemente infrastrutturato, aveva recuperato il ritardo dei *Länder* dell’Est. È evidente che trasferire, oggi, questo regime ai Paesi che di infrastrutturazione hanno ancora bisogno (Italia *in primis*) determina conseguenze molto gravi e cagiona pesanti svantaggi competitivi. Che in questa temperie i controlimiti vivano una stagione fortunata non è, davvero, sorprendente.

I controlimiti, si badi, se a prima vista appaiono solo paletti di difesa di interessi nazionali (anche egoistici), a uno sguardo più attento si rivelano marcatori della via per una più profonda e meditata unione politica, segnalando, allo stesso tempo, il più ridotto confine cui può giungere un processo di integrazione di tratto essenzialmente economico-finanziario.

3. Perché i controlimiti.

Se è nella contingenza storica degli ultimi anni che si possono trovare i motivi dell’attuale fortuna dei controlimiti e se la loro funzione più immediata è quella di essere un usbergo della statualità²⁴, le ragioni profonde di questo istituto stanno altrove. E stanno, molto semplicemente, nel principio democratico. Il punto è limpidamente chiarito dalla Costituzione repubblicana. Si noti che l’art. 11 stabilisce che è l’*Italia*, non lo Stato, che “*consente, in*

²³ Che il colpo più rumoroso sia stato battuto dalla Corte costituzionale (con la sent. n. 238 del 2014) nel dominio dei rapporti internazionali non toglie che sia proprio sul terreno dell’integrazione europea che la questione dei controlimiti si sta ponendo con la maggiore urgenza.

²⁴ Lo si osservava in M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 1, 89.

condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni". Poiché l'art. 1 riserva la sovranità al *popolo*, consentire allo *Stato* di disporre le limitazioni avrebbe significato contraddire lo stesso *incipit* della Costituzione. Non bisogna equivocare: se è l'Italia (e quindi l'Italia in quanto Repubblica, come recita sempre l'art. 1) e non il popolo che può acconsentire a limitazioni di sovranità lo si deve semplicemente al fatto che questo non ha soggettività internazionale, ma ciò che conta è che quel che si sta limitando è sempre la sua sovranità. I controlimiti, allora, non sono altro che la salvaguardia della sovranità popolare. Essa, dunque: a) può essere limitata, ma non ceduta; b) poiché deve essere esercitata "*nelle forme e nei limiti della Costituzione*" (art. 1), sempre e solo in quelle forme e in quei limiti può essere - logicamente - limitata²⁵. Se, dunque, la stessa Costituzione stabilisce limiti alla propria rivedibilità, quei medesimi limiti devono valere nei confronti della c.d. "apertura internazionalista" della Repubblica. Di qui il consenso che deve essere manifestato nei confronti della sent. Corte cost. n. 238 del 2014 nella parte in cui, ponendo fine ad alcune incertezze alimentate dalla dottrina, chiarisce che i principi supremi della Costituzione che fungono da limiti alla revisione non sono diversi da quelli che restano invalicabili per le fonti sovranazionali e per quelle internazionali²⁶. E consenso va manifestato anche all'uso del termine "controlimite", che così ha ormai finito per essere accolto nella giurisprudenza costituzionale. Termine assai felice, che si distingue significativamente dall'originaria formula (evocativa d'una inesistente simmetria) delle "controlimitazioni alle limitazioni di sovranità" inizialmente proposta da Paolo Barile²⁷: le "limitazioni", infatti, sono dinamicamente modulabili da chi le accetta; il "limite" sta lì nella sua oggettività e non può essere rimosso nemmeno da chi se ne giova (salvo, ovviamente, l'esercizio del potere costituente).

Ricondotta nell'alveo che le è proprio, la questione dei controlimiti si presenta nella sua luce corretta: non una (per taluno odiosa e retriva) resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma la rigorosa affermazione della sovranità popolare, perché nei sistemi democratici i cittadini hanno questo, di caratteristico: che vorrebbero contare qualcosa nelle decisioni che toccano l'intera comunità politica. In questa prospettiva assume nuovo vigore anche la classica questione del *deficit* democratico delle istituzioni eurounitarie, che pel solo fatto d'essere risalente alcuni vorrebbero cancellata - diciamo così - per stanchezza. Si tratta ancora, invece, di una questione di primaria importanza anche e soprattutto in campo penale (dove le esigenze di una legittimazione democra-

²⁵ G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2015, n.1, 60, radica i controlimiti non nel combinato disposto degli artt. 11 (anzitutto) e 1 Cost., ma solo nel secondo comma dell'art. 1, che assoggetta la sovranità popolare al rispetto dei limiti e delle forme della Costituzione. Potrebbe non essere una differenza di poco conto, qualora implicasse una sottovalutazione del riconoscimento del proprio fondamento democratico da parte della Costituzione. Inoltre la differenza fra potere costituente e potere costituito va mantenuta: è vero che entrambi sono limitati, ma il limite del secondo è giuridico; il limite del primo è (solo) storico (nel senso che nessuna decisione costituente ha la prospettiva di legittimarsi se va contro il momento storico in cui è assunta).

²⁶ Il consenso su questo punto, ovviamente, non comporta adesione anche al resto della pronuncia. Essa, anzi, a mio avviso, merita anche alcune considerazioni critiche: M. LUCIANI, *I controlimiti*, cit., 84 sgg.

²⁷ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2417.

tica della scelta di criminalizzazione si fanno sentire con particolare robustezza)²⁸, la cui mancata soluzione determina conseguenze gravissime, che non possono essere liquidate invocando il nuovo che incalza, prendendosela con i “ferrigni «realisti»”²⁹ o accusando di passatismo o “sovranoismo” chi - semplicemente - intende dare un senso alla titolarità popolare della sovranità: la vera linfa di ogni possibile, futura, Europa politica³⁰.

4. Una falsa risposta: gli artt. 4.2 e 6.3 del TUE.

A uno sguardo davvero superficiale, la questione dei controlimiti potrebbe dirsi risolta in ragione degli artt. 4.2 e 6.3 del Trattato sull’Unione europea, che avrebbero incorporato i controlimiti nel diritto eurounitario, trasformandoli da *controlimiti* esterni in semplici *limiti* interni (all’ordinamento dell’Unione). Basta andare appena sotto la superficie, però, per avvedersi che non è così.

Com’è noto, l’art. 4.2 del TUE stabilisce che “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale [...]”, mentre ai sensi dell’art. 6.3 “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”. Ora, è evidente che l’art. 6.3 serve a poco: se è vero che ciascuno Stato può compartecipare alla costruzione delle tradizioni costituzionali comuni, non è meno vero che per i profili che non riesce a rendere comuni non trova nel Trattato alcuna copertura, quand’anche fossero in giuoco principi supremi, determinativi la sua identità. Trattandosi d’identità, allora, parrebbe più conferente l’art. 4.2, sul quale - del resto - si

²⁸ Proprio in materia penale ne danno opportunamente conto G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, *Principio di legalità e diritto penale* (a cura di M. Sbriccoli), Milano, Giuffrè, 2007, t. II, 1250 (per l’inecepibile l’osservazione che occorre “dare forte legittimazione politica alle scelte di tutela penale”, anche perché “la sanzione penale è una medicina cui ricorrere con molta precauzione”) e C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, spec. 537 e 544 sgg. Il collegamento fra riserva di legge (penale) e democrazia è trascurato nella più diffusa impostazione internazionalistica, secondo la quale “la riserva di legge di cui all’art. 25, 2° comma, Cost. non assume la funzione di contro-limite che precluda la rilevanza nell’ordinamento italiano di fattispecie penali configurate in diritti estranei” (F. SALERNO, *Il limite - non il contro-limite - della riserva di legge sull’attuazione diretta della norma internazionale “generalmente riconosciuta” in materia penale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, ES, 2014, vol. IV, 2887).

Ovviamente, l’intervento delle istituzioni nazionali non è di per sé garanzia di democraticità (si pensi all’abuso del decreto legge o della questione di fiducia), che non si dà senza un procedimento legislativo adeguatamente aperto e condiviso (l’osserva opportunamente ancora C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, spec. 194).

²⁹ G. SILVESTRI, *Valori, illusioni e finzioni*, in AA. VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano, Giuffrè, 2015, 43 (il saggio, in realtà, è un capitolo di *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009).

³⁰ Solo plurimi atti di esercizio della sovranità popolare (ovviamente anche nella forma di atti della rappresentanza politica, non di “diretti” pronunciamenti degli elettori), ormai è chiaro, consentiranno - se si avrà la saggezza di capire la loro indispensabilità - di condurre alla meta da cui burocrati ed economisti dogmatici ci hanno sempre più allontanato.

sono non a caso concentrate, per il profilo che qui interessa, le attenzioni della dottrina³¹. In effetti è così, ma l'essere pertinente non significa essere soddisfacente, anzi.

A mio avviso, l'art. 4.2 del TUE si risolve in un maldestro tentativo di neutralizzazione dei controlimiti, che, una volta fossero davvero assorbiti all'interno dell'ordinamento eurounitario, potrebbero essere tranquillamente amministrati dalle sue istituzioni, Corte di giustizia in testa. L'uropeizzazione dei controlimiti, però, non comporterebbe una loro semplice neutralizzazione, ma un autentico snaturamento: l'ordinamento nei cui confronti il controlimite è eretto, infatti, pretenderebbe d'esserne il gestore, con plateale *contradictio in adiecto*. Delle due, allora, l'una. O l'art. 4.2, così inteso³², deve ritenersi a sua volta illegittimo per contrasto con i principi supremi (se si vuole, con il metaprinzipio supremo che vuole intangibili i principi supremi), oppure si cerca di darne un'interpretazione costituzionalmente orientata. In questa seconda prospettiva, la sola lettura armonizzante sarebbe questa: che l'identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l'Unione deve rispettare è *solo* quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la *sua* Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell'identità è "*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*": essendo "insita" in quella "struttura", infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata.

Da questo punto di vista, peraltro, v'è ancora molta strada da fare sul piano della ricostruzione scientifica. Si sa che l'attenzione della dottrina è costantemente rivolta alla garanzia *giurisdizionale* del rispetto dei controlimiti. È evidente, invece, che l'opposizione dei controlimiti può spettare (sempre secondo le regole costituzionali di ciascun ordinamento, ribadisco) anche a organi diversi (*in primis* al capo dello Stato, ma anche al Parlamento e allo stesso Governo)³³. Anzi, se è vero quanto qui si sostiene, e cioè che i controlimiti sono intimamente connessi al principio democratico, l'intervento di organi "politici" avrebbe il vantaggio di non determinare il paradosso che la democrazia sia tutelata da istituzioni aristocratiche quali sono le Corti costituzionali³⁴. Anche la stessa possibilità che i controlimiti siano fatti valere sempre in via giurisdizionale, sì, ma dal giudice comune e non da quello costituzionale, del resto, è stata poco sondata in dottrina. Come è noto, in giurisprudenza, la questione è stata affrontata, nel 2005, da un'importante pronuncia del Consiglio di Stato. Essa era stata preceduta da una sentenza additiva della Corte costituzionale, che aveva "manipolato" un testo di legge allo scopo di proteggere un diritto fondamentale (nella specie: la salute). Il diritto nazionale frutto della "manipolazione", dunque, risultava dotato di una copertura costituzionale specifica e per questo il giudice amministrativo di ultima istanza ritenne non

³¹ V., ad es., P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2015, 173 sg.

³² Ovviamente, in prospettiva italiana, ad essere sindacabile sarebbe la legge di esecuzione del TUE nella parte in cui consente l'immissione nel nostro ordinamento di un art. 4.2 così interpretato.

³³ Specifica attenzione alla prassi presidenziale si trova, da ultimo, in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 115 sgg.

³⁴ Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della sent. Corte cost. n. 1 del 2014)*, in *Lo Stato*, 2014, n. 2, 187 sgg.

solo di non *dovere*, ma di non *potere* sollevare alcuna questione pregiudiziale³⁵. Fra i costituzionalisti questa decisione ha raccolto anche (giusti) apprezzamenti³⁶, mentre fra i cultori del diritto europeo ha incassato critiche pressoché unanimi. Critiche comprensibili, invero, solo se si abbandona la (invece doverosa) prospettiva dei controlimiti e si costruisce come inde-ro-gabilmente rigida l'imposizione al giudice nazionale di ultima istanza dell'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale. Forse non a caso, una recentissima sentenza della Corte di giustizia ha inteso ribadirlo con particolare intensità proprio con riferimento al nostro Consiglio di Stato (nella delicata materia del rapporto fra Adunanza Plenaria e Sezioni semplici)³⁷.

³⁵ Cons. Stato, Sez. V, dec. n. 4207 del 2005: "Il Collegio deve osservare che secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia l'obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile. A partire dalla nota sentenza 6 ottobre 1982 in C.283/81 (Cilfit) si è ammesso che l'obbligo di rinvio venga meno quando l'applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Alla detta a statuizione, conosciuta ormai come teoria dell'atto chiaro, ha fatto seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. lav. 25 ottobre 2002 n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000 n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav., 1 febbraio 2000 n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999 n. 4564; 9 giugno 1998 n. 5673) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, 20 ottobre 2004 n. 6884; Sez. IV, 19 giugno 2003 n. 3475; 31 maggio 2003 n. 3047; Sez. VI, 4 ottobre 2002 n. 5255; 1 aprile 2000 n.1885; Sez. V, 23 aprile 1998 n. 478) l'enucleazione di ulteriori casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa. Più precisamente si è affermato che «i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite)...» (Sez. VI, n. 6884/2004, cit) (cors. - qui t.do - nell'orig.).

³⁶ V., in particolare, A. RUGGERI, *Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)*, in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, *Studi dell'anno 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, ove (pur criticando l'andamento motivazionale della pronuncia) si mettono in luce il suo "solido aggancio" ai "valori di base dell'ordinamento costituzionale" (p. 398) e il riconoscimento, ivi compiuto, della "funzione servente di un diritto fondamentale" esercitata dalla precedente sentenza della Corte costituzionale (p. 397).

³⁷ Corte di giustizia, Grande Sez., 5 aprile 2016, *PFE*. La Corte ha affrontato il seguente quesito: "se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o della validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale" (punto 31).

La risposta è stata la seguente: a) "l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale" (punto 36); b) "l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione" (punto 42).

Risposta di dubbia correttezza, a mio parere, perché la logica del processo amministrativo italiano è quella della valorizzazione dell'Adunanza Plenaria per rapporto alle Sezioni semplici, in funzione nomofilattica e di certezza. Prima di arrivare alla conclusione che ha raggiunto, dunque, la Corte di giustizia avrebbe dovuto dimostrare che la Sezione semplice era da qualificare comunque come giudice di ultima istanza nello specifico assetto processuale disegnato dall'art. 99 cod. proc. amm. E non l'ha fatto.

5. E ora? *Taricco* e oltre.

Non viviamo in un mondo costituzionale pacificato. I tentativi di neutralizzazione delle contraddizioni che sono compiuti fuori del contesto di una strategia politica di ripensamento dell'integrazione sovranazionale e internazionale sono goffi e destinati al fallimento. L'ipotesi che un problema politico di primaria importanza come quello che è posto dalla difettosa integrazione raggiunta in Europa possa essere risolto dal "dialogo fra le Corti" è ingenua (ha ragione chi ritiene che quel che viene comunemente chiamato "dialogo" sovente non sia altro che una reciproca *actio finium regundorum* fra le varie Corti)³⁸ se non preoccupante (quando ai giudici si chiedono mediazioni sostanzialmente politiche o - come di recente si è fatto - s'immagina ch'essi possano addirittura "strutturare" o "conformare" un ordine costituzionale non si fa un favore ai giudici e non si fa un favore alla democrazia)³⁹. Fin quando si daranno popoli europei, a ciascuno di loro spetterà la sovranità e la questione dei controlimiti resterà aperta (oltre che entro i singoli ordinamenti costituzionali e nel rapporto fra questi e l'ordinamento internazionale) anche sul terreno del sistema sovranazionale europeo e del sistema europeo della Convenzione.

Ora, all'ordine del giorno sta il caso *Taricco*, portato all'attenzione della nostra Corte costituzionale da due ordinanze di rimessione (la seconda, invero, *in fieri* e nota solo perché anticipata da un comunicato stampa) della Corte di Appello di Milano⁴⁰ e della Corte di cassazione⁴¹. Già sono arrivati inviti alla Corte costituzionale a essere prudente, a confermare la sua propensione "a raffreddare la temperatura dei conflitti"⁴², a trovare una soluzione di compromesso che non apra una "guerra" fra le Corti. Come accennerò più avanti, una contrapposizione alla Corte di giustizia non aprirebbe alcuna guerra, ma al di là di questo non trovo convincenti le sollecitazioni a una pura e semplice neutralizzazione del conflitto, talvolta

³⁸ R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, 13. Talvolta, poi, il dialogo resta davvero in secondo piano: l'esempio della sent. Corte cost., n. 238 del 2014, è illuminante, visto che il dialogo con la Corte internazionale di giustizia ch'essa ha lasciato aperto potrebbe dirsi, tutt'al più, "tenue" (così F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quad. cost.*, 2015, 52; intravede segni più marcati di dialogo, invece, F. GIRELLI, *La super doppia pronuncia: l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali in Italia non esiste*, in *Federalismi*, Focus Fonti, 29 febbraio 2016, 7).

³⁹ La tesi cui si accenna è stata sostenuta da L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, in corso di pubblicazione, 11 del dattiloscritto). Nel medesimo scritto, peraltro, l'A. si discosta dall'indirizzo egemone quando, opportunamente, solleva dubbi sul criterio della "massimizzazione della tutela" dei diritti fondamentali (*ivi*, 14).

⁴⁰ App. Milano, Sez. II pen., Ord. 18 settembre 2015.

⁴¹ Sez. II pen., Ud. 30 marzo 2016, all'esito della quale è stata diramata una "Notizia di decisione" con la quale si comunica che la "soluzione adottata" è il promovimento di una questione di costituzionalità relativa "All'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, 08/09/2015, causa C - 105/14, *Taricco* - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli art. 160, comma 3, e 161, comma 2 cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorquando ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost."

⁴² Rilevata, ad es., da P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 179.

così preoccupate di garantire un *appeasement* da suggerire alla Corte soluzioni fondate su premesse dommatiche addirittura opposte⁴³. In particolare, per quanto sia stato autorevolmente sostenuto, non sembra plausibile affermare che un problema di controlimiti in parte non si porrebbe, perché (come poi vedremo) almeno per una delle fattispecie descritte dalla sentenza, i criteri sulla base dei quali, ai sensi della *Taricco*, il giudice nazionale dovrebbe decidere se disapplicare o no il diritto interno sono così vaghi che la stessa sentenza sarebbe inoperativa⁴⁴. La Corte di giustizia ha inteso affermare con forza il principio del primato e quello dell'effetto utile, imponendo al giudice nazionale un'obbligazione alla quale questi non può sottrarsi allegando la (pur palese) vaghezza della pronuncia di Lussemburgo. Certo, si dovrà leggere l'ordinanza della Cassazione per capire se, effettivamente, ci siano margini per un compromesso, anche perché essa invocherà parametri ulteriori rispetto all'art. 25 Cost. (già assunto a paradigma dalla Corte di Appello di Milano), quali gli artt. 3, 11, 27, comma 3, e 101, comma 2, Cost., ma il caso *Taricco* è paradigmatico e mette sul campo questioni di primaria importanza non solo per la nostra Costituzione, ma per la nostra civiltà giuridica.

Siamo nel dominio del diritto penale, già pesantemente colpito, di recente, da un discutibilissimo indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, che, consolidatosi nell'arco di trent'anni (dal caso *X e Y c. Olanda* al caso *Cestaro*)⁴⁵, si è mosso in una prospettiva che chiamerei non solo *panpenalistica*, ma *panvittimistica*,⁴⁶ e ha preteso di introdurre un principio di obbligatoria criminalizzazione di talune fattispecie di violazione di diritti fondamentali. Come è stato esattamente osservato, quella giurisprudenza, sebbene "animata

⁴³ E' quanto accade - a me sembra - a P. FARAGUNA - P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano netta la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 14 sg., in cui si sostiene che la linea della Corte di giustizia nel caso *Taricco* potrebbe essere avallata anche sul piano nazionale, alternativamente, perché: a) il nucleo essenziale del principio *nullum crimen* "non sembra riguardare il «tempo dell'oblio», il quale può successivamente cambiare senza che l'imputato possa lamentare alcuna lesione dei suoi diritti"; b) solo il termine di cui all'art. 157 cod. pen. (non quello identificato dagli artt. 160 e 161 in riferimento all'interruzione della prescrizione), "in quanto intimamente legato alla gravità del reato e alla legalità della pena" avrebbe "natura sostanziale".

⁴⁴ Così E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6.

⁴⁵ Sentt. *X e Y c. Olanda*, n. 8978/80, 26 marzo 1985 (ivi la Corte EDU, dopo aver affermato in via generale, al punto 24, che "*Le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution*", così riconoscendo "*la marge d'appréciation des États contractants*", ha tuttavia concluso, nel caso di specie, che "*La Cour estime insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y a été victime* [si trattava di una sedicenne, handicappata mentale, che era stata costretta ad avere rapporti sessuali]. *Il y va en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question*": punto 27); *Cestaro c. Italia*, n. 6884/11, 7 aprile 2015 (come si ricorderà, si tratta del drammatico caso del G8 di Genova, in ordine al quale si è detto che "*la Corte ritiene necessario che l'ordinamento giuridico italiano si doti degli strumenti giuridici atti a sanzionare in maniera adeguata i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rispetto all'articolo 3 e ad impedire che questi ultimi possano beneficiare di misure che contrastano con la giurisprudenza della Corte*": punto 246).

⁴⁶ Condivisibile l'osservazione di B. ROMANO, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8, che sovente, perseguendo l'esigenza (pur sacrosanta) di tutela della vittima "ci si dimentica [...] che occorre salvaguardare tutte le persone sottoposte a procedimento penale, ed anche l'imputato".

da un evidente afflato etico⁴⁷, oltre a non trovare esplicito fondamento nella Convenzione⁴⁸, si scontra con alcuni valori essenziali dello Stato di diritto, in quanto: stravolge la funzione della pena, trasformandola in strumento di riparazione del pregiudizio subito dalla vittima⁴⁹; conseguentemente, rovescia il principio di colpevolezza, ammettendo che la sanzione sia proporzionata non a questa, ma al tipo di pregiudizio causato⁵⁰; sottrae la decisione sulla pena al circuito democratico⁵¹.

Quel che è accaduto sul piano del diritto convenzionale si è ripetuto su quello del diritto eurounitario. La sentenza *Taricco*, appunto, costituisce un ulteriore esempio della “penetrazione del diritto europeo anche nelle valutazioni politico-criminali”⁵², interferendo pesantemente in un ambito che tradizionalmente si riteneva riservato agli Stati. Dicevo che si tratta di un caso paradigmatico, ma affrontarne le conseguenze nel diritto interno potrebbe essere, per la Corte costituzionale, meno problematico di quanto appaia a prima vista. La *Taricco*, infatti, a mio modesto parere, è una brutta sentenza (brutta, intendo, come una sentenza può esserlo, e cioè in quanto non o mal motivata). Vado per punti, seguendo l’ordine argomentativo della pronuncia, limitandomi all’essenziale e trascurando i pur non secondari profili processuali (meriterebbe attenzione la disinvolta “correzione” dell’ordinanza di promovimento che la Corte, recependo i suggerimenti dell’Avvocato Generale, ha operato)⁵³ e di diritto sostanziale strettamente eurounitario (appare, a mio avviso, dubbia la ricostruzione degli effetti dell’art. 325 TFUE che la Corte di giustizia propone)⁵⁴.

i) La Corte di giustizia postula che il solo interesse rilevante per il diritto eurounitario sia quello finanziario. Infatti, “*poiché le risorse proprie dell’Unione comprendono in particolare, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall’applicazione di un’aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell’Unione, sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell’IVA nell’osservanza del diritto dell’Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse IVA*” (punto 38, ma v. anche punti 39 e 42). Nessun peso è assegnato alla diversa natura degli interessi in giuoco (libertà personale e riserva di legge penale da un lato; interesse finanziario dell’Unione e - dunque - delle sue istituzioni, Corte di giustizia compresa, dall’altro). La centralità dei diritti della persona, tante volte proclamata a dimostrazione dell’alto livello di protezione raggiunto dal diritto europeo, non la si ravvisa.

⁴⁷ R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. soc.*, 2015, 566.

⁴⁸ R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale*, cit., 573.

⁴⁹ R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale*, cit., 592.

⁵⁰ R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale*, cit., 597.

⁵¹ R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale*, cit., 607 sg.

⁵² C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., 535.

⁵³ V. i punti 50, 65 e 72 sg. delle *Conclusioni* dell’Avv. Gen. Kokott e il punto 35 della sentenza.

⁵⁴ In particolare quando afferma che “*In forza del principio del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contraria della legislazione nazionale esistente*”.

ii) Sulle orme della Corte EDU, si ribadisce la possibilità che agli Stati si impongano obblighi di criminalizzazione: “*Se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di [...] tutelare [...] gli interessi finanziari dell’Unione [...] possono [...] essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA*” (punto 39). Qui valgono le medesime perplessità evidenziate per la giurisprudenza di Strasburgo.

iii) La Corte di giustizia (punti 45 e 46) riconosce che la ragione dell’inefficacia del sistema sanzionatorio italiano potrebbe risiedere in ragioni diverse da quelle indicate dal giudice remittente⁵⁵, ma, “fidandosi” dell’ordinanza di rinvio e senza il minimo accenno di approfondimento istruttorio, l’imputazione è a carico proprio delle norme indicate dal giudice italiano (e cioè dell’art. 160 cod. pen., cui la Corte di giustizia aggiunge l’art. 161, nella parte in cui limitano gli effetti temporali dell’interruzione della prescrizione sul decorso di questa)⁵⁶. In realtà, l’inefficacia potrebbe dipendere da moltissime cose: dalla farraginosità delle (altre!) regole processuali; dall’esiguità del termine prescrizionale; dall’inefficienza degli uffici giurisdizionali o di polizia⁵⁷, etc. La sentenza non offre la minima prova che proprio le norme sospette di contrasto col diritto eurounitario siano le “responsabili”. Non solo: la Corte non si preoccupa minimamente dell’efficacia o meno dell’azione amministrativa, ma avrebbe dovuto farlo, visto che se l’amministrazione finanziaria fosse in grado di recuperare tutte le somme evase e di applicare le relative sanzioni pecuniarie la necessità della sanzione penale sarebbe tutta da dimostrare⁵⁸. Il remittente aveva affermato che la nostra amministrazione finanziaria (punto 24) non ci riesce, ma, a parte la necessità di una verifica istruttoria (che è mancata), la responsabilità dell’inefficacia non avrebbe potuto essere ascritta alle norme amministrative? La scelta del “colpevole” appare arbitraria, non meno di quella compiuta dalla giurisprudenza CEDU allorché sceglie di sanzionare la mancata penalizzazione di una fattispecie oppure, in alternativa, il mancato esercizio di indagini efficaci e imparziali, anche qui senza indicare il criterio che dovrebbe determinare l’una o l’altra opzione, nel contesto dell’obbligazione dello Stato di “*protéger le droit des personnes relevant de sa juridiction*”⁵⁹.

⁵⁵ Paradossalmente, le stesse *Conclusioni* dell’Avv. Gen. Kokott lo riconoscono implicitamente ai punti 125 sgg.

⁵⁶ E’ interessante notare che l’ordinanza di rinvio (Ord. Trib. Cuneo, 17 gennaio 2014) aveva menzionato l’art. 161 solo nella descrizione della vigente disciplina della prescrizione penale (par. 3), ma ai fini del rinvio aveva considerato il solo art. 160 (par. 18), sulla base della premessa, subito enunciata, che il difetto di repressione dei reati fiscali nel nostro ordinamento era “*un esito prevedibile fin da principio, a causa del tenore dell’ultimo comma dell’art. 160 codice penale*” (par. 5).

⁵⁷ Proprio in riferimento alla grave vicenda del G8 di Genova, ad esempio, si è esattamente osservato che “è inspiegabile la ragione per la quale [...] ci siano voluti undici e dodici anni per arrivare a sentenze definitive” (B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 4).

⁵⁸ Analogamente, G. CIVELLO, *La Cassazione rinvia alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in *Arch. pen.*, 2016, n. 1, 6.

⁵⁹ Così, da ultimo, la cit. sent. *Cestaro*, par. 207. Anche questo punto critico della giurisprudenza CEDU è messo in luce da R. LUGARÀ, *Dall’umanizzazione del diritto penale*, cit., spec. 576.

iv) una delle due condizioni⁶⁰ che il giudice nazionale deve verificare per poter procedere alla disapplicazione del diritto interno è che “*dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegu[a], in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave*” (punto 47). È evidente l'eccesso di discrezionalità che così viene affidata al giudice nazionale. Se, per quanto riguarda la gravità del fatto, una sua delimitazione si potrebbe intravedere nel collegamento con la disciplina delle aggravanti (nel senso che il mancato riconoscimento dell'aggravante escluderebbe la gravità della frode fiscale)⁶¹, nessun confine s'incontrerebbe quanto alla definizione della nozione di numerosità dei casi (quando il numero dei casi potrà mai ritenersi “considerevole”?). Ma, oltre a questo profilo, già segnalato in dottrina, va messo in luce anche quello che la sentenza non chiarisce nemmeno a quali casi si stia riferendo. Si potrebbe trattare, in effetti, di un certo numero di casi rapportati al totale di fattispecie penali scrutinate nell'intero territorio nazionale, oppure al totale dei casi scrutinati dal singolo giudice procedente. Nel primo caso il giudice dovrebbe avere a disposizione statistiche affidabili (ci sono? La Corte se ne è preoccupata?)⁶². Nel secondo, la casualità della disapplicazione sarebbe totale, perché tutto dipenderebbe dall'accidentale andamento di singoli gruppi di processi.

v) La Corte di giustizia, sprezzantemente, non si preoccupa affatto della consolidata giurisprudenza costituzionale sulla natura (sostanziale e non processuale) della prescrizione penale e nega la possibile violazione dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiamando solo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (punto 57). Con buona pace del “dialogo fra le Corti”.

vi) Non una parola è spesa sul principio di certezza del diritto: scelta davvero singolare, in una sentenza che ha ad oggetto un istituto come la prescrizione, che proprio alla certezza del diritto è servente.

Come si vede, almeno a mio parere, una pronuncia approssimativa, mal motivata, incoerente e incompleta. Quel che più conta, una pronuncia che, nonostante opposte, pur autorevoli, opinioni contrarie⁶³, appare in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordine costituzionale, per ragioni che la dottrina ha già avuto modo di mettere in luce e che qui ci si può anche limitare a rammentare in sintesi estrema: violazione della certezza del diritto in quanto la disapplicazione è affidata a un più che discrezionale apprezzamento, caso per caso, del giudice nazionale⁶⁴; violazione del principio *nullum crimen sine lege*, vista la natura sostanziale della prescrizione penale e la sua funzione garantista⁶⁵; radicale alterazione del

⁶⁰ L'altra è “*verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana*” (punto 48).

⁶¹ E' la via imboccata da Cass., Sez. IV pen., 25 gennaio - 26 febbraio 2016, n. 7914, *Tormenti*, par. 7.3.

⁶² La criticità di questo profilo è opportunamente messa in luce anche da F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 8.

⁶³ Per tutti, E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE*, cit., spec. 10 sgg.; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., *passim*. In giurisprudenza, oltre alla cit. sent. *Tormenti*, la sent. Cass., Sez. III pen., 17 settembre 2015 - 20 gennaio 2016, n. 2210, *Pennacchini*.

⁶⁴ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, 8; R. LUGARÀ, *La tutela “multilivello” dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Liberio osserv. del diritto*, 2015, 37; G. CIVELLO, *La Cassazione “rinvia”*, cit., 5.

⁶⁵ R. LUGARÀ, *La tutela “multilivello”*, cit., 38.

bilanciamento fra diritti e interessi costituzionalmente pregevoli, con l'incondizionato predominio dell'interesse finanziario sul diritto di difesa e sul principio dell'affidamento⁶⁶; cancellazione della funzione rieducativa della pena imposta dall'art. 27 Cost. ("a distanza di molti anni dalla commissione del reato, infatti, il condannato potrà essere un soggetto del tutto diverso da quello che lo aveva commesso")⁶⁷; violazione del principio della ragionevole durata del processo, formalizzato dall'art. 111 Cost.⁶⁸, a causa dell' indefinita protrazione della prescrizione⁶⁹. E va aggiunto che il principio di legalità delle pene fissato dall'art. 25 Cost. è in stretto collegamento con il principio della sovranità popolare di cui all'art. 1: ha ragione chi lamenta come le "pretese di una legalità plasmabile da spinte di matrice giurisprudenziale, arrivino a mettere in discussione lo stesso modello di democrazia rappresentativa"⁷⁰. La stessa Corte costituzionale, di recente, ha già asseverato la contrarietà a Costituzione di un regime della sospensione della prescrizione dimostratosi tale da determinare il fenomeno dei soggetti "eternamente giudicabili" e ha affermato che "*La sospensione è assimilabile a una parentesi, che una volta aperta deve anche chiudersi, altrimenti si modifica la sua natura e si altera profondamente la fattispecie alla quale la sospensione si applica. Una sospensione del corso della prescrizione senza fine determina di fatto l'imprescrittibilità del reato, e questa situazione, in violazione dell'art. 3 Cost., dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti degli imputati che vengono a trovarsi in uno stato irreversibile di incapacità processuale*"⁷¹. La Corte, ovviamente, non ha discusso di principi supremi, ma non ne aveva bisogno, perché la norma assoggettata al suo controllo (quella di cui all'art. 159, comma 1, cod. pen.) non godeva di alcuna copertura costituzionale. Qui le cose stanno in termini diversi.

A mio avviso, quelli ricordati qui sopra non sono semplici paradigmi costituzionali, ma principi (di civiltà giuridica) che strutturano l'identità del nostro ordinamento. A questo proposito, va precisato che l'identificazione dei principi supremi è meno malagevole e discrezionale di quanto appaia a prima vista. Non si tratta, infatti, di stabilire cosa sia *ontologicamente* principio supremo, ma semplicemente di accertare dove si collochi il *punto di non riconoscibilità* di un ordine costituzionale. Raramente tale punto è identificato con precisione dal diritto positivo (lo si fa, ad es., all'art. 139 Cost. per l'irrivocabilità della forma repubblicana); talvolta è dal diritto positivo solo suggerito (v. il riferimento ai diritti "inviolabili" o la proclamazione che l'Italia "è" una repubblica democratica, sicché se cessa d'essere repubblica democratica cessa anche d'essere "Italia" per come oggi la conosciamo); talaltra è ricavabile solo in ra-

⁶⁶ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, loc. cit.; G. CIVELLO, *La Cassazione "rinvia"*, cit., 6.

⁶⁷ B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 8.

⁶⁸ Il fatto che il testo attuale dell'art. 111 Cost. sia quello risultante dalla novellazione apportata dalla l. cost. n. 2 del 1999 potrebbe far dubitare dell'intangibilità del principio (essendo precluso alle leggi costituzionali e di revisione non solo derogare principi supremi in essere, ma anche introdurne di nuovi). In realtà, come la dottrina ha subito modo di rilevare, le statuizioni del novellato art. 111 non fanno altro che esplicitare principi costituzionali del cui positivo riconoscimento non si dubitava.

⁶⁹ G. CIVELLO, *La Cassazione "rinvia"*, loc. ult. cit.; implicitamente, B. ROMANO, *Prescrizione del reato*, cit., 9.

⁷⁰ C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale*, cit., 183.

⁷¹ Sent. 25 marzo 2015, n. 45.

gione di una specifica indagine storica⁷². Indagine storica, appunto: la questione, per vero, ricorda da vicino il problema, postosi nelle c.d. scienze dure, della riconoscibilità di un oggetto a fronte della progressiva cancellazione o sostituzione di alcuni suoi tratti caratteristici, ma se per l'ottica e per le scienze della mente questa indagine è possibile in via sperimentale e a mezzo di accertamenti individuali, nella scienza giuridica è possibile solo a mezzo di una valutazione storica, forzosamente a maglie larghe⁷³, che consideri le radici dell'ordinamento e le ragioni profonde della sua nascita e della sua successiva evoluzione⁷⁴.

Interessa maggiormente, comunque, vedere le prospettive. Preciso subito che "tirare per la giacchetta" la Corte costituzionale non è elegante, ma - come dimostrano gli eccellenti "seminari preventivi" ferraresi - nulla vieta di confrontarsi su questioni sottoposte al suo esame, manifestando preferenza per l'una o per l'altra soluzione. In questo caso, quale sia la soluzione più corretta pare, a me, molto chiaro.

Sinora i controlimiti, azionati nei confronti dei Patti lateranensi e del diritto internazionale, non hanno avuto alcun ruolo nei riguardi (oltre che delle leggi costituzionali) del diritto eurounitario. Al di là di eventuali ostacoli processuali⁷⁵, vi sono tutte le condizioni perché il vento cambi: a) siamo a un punto bassissimo del consenso nei confronti del progetto di integrazione europea, che può essere risollevato solo imprimendo una sterzata al perdurante economicismo dell'Unione, novellamente palesatosi in *Taricco*⁷⁶; b) la sentenza violativa dei controlimiti è talmente discutibile che opporvisi sarebbe semplicemente un atto di civiltà giuridica; c) la Corte di giustizia non ha mostrato la minima considerazione per la Corte costituzionale italiana, la quale, non foss'altro per tutelare la propria dignità, potrebbe e dovrebbe reagire⁷⁷; d) vera l'interpretazione dell'art. 4.2 del TUE che sopra si è avanzata, la Corte co-

⁷² Dubito assai, dunque, che il metodo per identificare i principi supremi sia "senz'altro assiomatico" (così, invece, F. SALERNO, *Il limite*, cit., 2865).

⁷³ La dottrina ne è ben consapevole e non a caso si è riscontrata, nelle sue analisi, una significativa "ampiezza del margine interpretativo in gioco": P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 45.

⁷⁴ E' facile prevedere l'obiezione: chi critica la discrezionalità che la Corte di giustizia confida al giudice penale è costretto a riconoscere una discrezionalità ancor più incisiva ai soggetti che sono chiamati a identificare i controlimiti. Si tratterebbe, però, di un'obiezione ingenua, perché è ovvio che quando si attingono gli elementi fondativi di un ordine costituzionale ci si colloca ai confini fra la legittimità e l'effettività, sicché è inevitabile un'indagine d'ordine storico-politico (quasi superfluo il richiamo a nozioni come "ragion di Stato" o "*salus rei publicae*" e alla loro vicenda storica).

⁷⁵ Ne elenca alcuni, possibili, ma non per questo necessariamente fondati, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, spec. 2 sgg. In ogni caso, non essendo ancora disponibile il testo dell'ordinanza della Corte di cassazione, non è possibile alcun ragionamento d'ordine processuale sul giudizio incidentale (che sarà) da essa introdotto.

⁷⁶ Ribadisco: non si tratta di ostacolare, ma di favorire, il processo di integrazione europea. La questione, una volta di più, è il *senso* (la direzione, cioè, e il significato profondo) di tale processo: la sentenza *Taricco* si muove interamente in quella prospettiva economico-finanziaria che i popoli europei, in maggioranza, trovano sempre più indigesta; una reazione si muoverebbe nella prospettiva politica che, sola, può salvare l'idea stessa di Europa. Come sempre, non è affatto detto che sostenere sempre e comunque le istituzioni dell'Unione significhi essere un (vero) europeista.

⁷⁷ E' stato rilevato, in dottrina, "un clima di *complicità* tra la Corte costituzionale e le altre supreme magistrature, le quali si sostengono a vicenda nel mettere in atto le necessarie contromisure per combattere ogni tentativo di «colonialismo giurisdizionale» in materia di diritti fondamentali da parte delle corti sovranazionali" (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 139). Non so quanto questo clima esista davvero. Certo, trattandosi di diritti *fondamentali*, il colonialismo dovrebbe essere escluso *per*

stituzionale non dovrebbe temere di innescare una “guerra” con la Corte di giustizia, per la semplice ragione che anche ai sensi di un diritto europeo rettamente interpretato è *sua* competenza la determinazione dei tratti identitari del nostro ordinamento: chi vorrebbe tenere i controlimiti sempre in soffitta agita lo spauracchio di chissà quali catastrofi, ma una Corte costituzionale autorevole come la nostra non ha motivo di farsene spaventare. Le ragioni della tutela dei diritti della persona e la “ragion di Stato”, per una volta, coincidono e, unite, cospirano nel senso della cancellazione della grave anomalia che la sentenza della Corte di giustizia ha determinato.

Del resto, invocare i controlimiti a fronte di una sentenza di Lussemburgo non sarebbe più una novità.

È accaduto nel 2012 alla Corte ceca, ma quel precedente, in realtà, può ritenersi solo limitatamente significativo. Infatti, la complessa questione che determinò la “ribellione” dei giudici di Brno (quella del trattamento pensionistico dei cittadini della ex Repubblica cecoslovacca che avessero lavorato sia in quella che sarebbe divenuta la Repubblica ceca che in quella che sarebbe divenuta la Repubblica slovacca), per un verso, era molto interna a un durissimo scontro fra Corte costituzionale, Parlamento, Governo, giudice amministrativo nazionale⁷⁸; per l'altro, riguardava il caso particolarissimo (e rilevante anzitutto per il diritto internazionale) della pacifica separazione di due componenti di uno Stato un tempo unitario⁷⁹. Lo stesso punto centrale della decisione della Corte ceca, peraltro, lo dimostra, laddove, criticando la sent. CGUE 22 giugno 2011, C-399/09, *Landtová*, si afferma che “*Failure to distinguish the legal relationships arising from the dissolution of a state with a uniform social security system from the legal relationships arising for social security from the free movement of persons in the European Communities, or the European Union, is a failure to respect European history, it is comparing things that are not comparable*”⁸⁰.

Ben più significativo il caso della Germania, perché i controlimiti sono stati applicati dal *Bundesverfassungsgericht* con la nota sent. 15 dicembre 2015 (caso *R.*), che oltretutto è

definizione, essendo la fundamentalità apprezzabile *solo* nella prospettiva dell'ordinamento interno (che, appunto, li “fonda” e ne è “fondato”).

Ne consegue che anche ricostruendo i rapporti fra ordinamento sovranazionale e ordinamenti nazionali in termini di “coabitazione” (M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, spec. 236), è alle Corti nazionali che spetta definire, almeno per rapporto alla Corte di giustizia, il nucleo intangibile delle Costituzioni delle quali sono garanti.

⁷⁸ Indicazioni in J. KOMAREK, *Playing with Matches: The Czech Constitutional Court's Ultra Vires Revolution*, in *Eutopia Law*, 28 febbraio 2012.

⁷⁹ Sottolinea la “*uniqueness of the issue of pension claims associated with the dissolution of the Czechoslovak state and the need to resolve it within bilateral Czech-Slovak relations*” L. PÍTROVÁ, *The Judgment of the Czech Constitutional Court in the “Slovak Pensions” Case and its possible Consequences (in Light of the Fortiter in Re Suaviter in Modo Principle*, in *www.ilaw.cas.cz/tlq*, 2013, n. 2, 101.

⁸⁰ La vicenda ha assunto toni drammatici quando un giudice ceco (il Nejvyšší správní soud) ha investito la Corte di giustizia di una nuova pregiudiziale, il cui terzo quesito così suonava: “*Se il diritto dell'Unione europea osti a che un organo giurisdizionale, che è giudice supremo di uno Stato in materia amministrativa, avverso le cui decisioni non sono ammessi rimedi di giustizia giurisdizionali, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale, alle valutazioni giuridiche espresse dalla Corte costituzionale della Repubblica ceca, laddove appaia che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*”. Lo stesso giudice ha però ritirato la propria domanda, sicché, con ordinanza presidenziale del 27 marzo 2013, si è disposta la cancellazione della causa dal ruolo della Corte di giustizia.

leggibile anche come una reazione “tedesca” alla provocazione “italiana” della sent. Corte cost. n. 238 del 2014⁸¹. Qui, il Tribunale costituzionale federale, pur ostentando un’apparente deferenza per il diritto UE, ha contrapposto l’identità costituzionale tedesca a una sentenza della Corte di giustizia (si tratta della sentenza *Melloni* sul mandato di arresto europeo) finendo per renderla inoperativa. Indubbiamente, non c’è la forma dello scontro, perché il *Bundesverfassungsgericht* fa risalire l’inoperatività delle regole sul mandato di arresto a una lettura congiunta del diritto tedesco e dello stesso diritto europeo⁸², ma dello scontro c’è tutta la sostanza, perché la sentenza *Melloni* aveva chiaramente affermato che le norme nazionali poste a protezione dei diritti costituzionali non avrebbero potuto opporsi all’applicazione delle regole eurounitarie sul mandato di arresto⁸³. E tutto l’andamento motivazionale della sentenza tedesca lo dimostra⁸⁴.

⁸¹ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, cit., 18.

⁸² Per il Tribunale federale sarebbe dal *Grundgesetz* (prima ancora, dunque, che dal diritto europeo) “*eine Auslegung gebieten, die den von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten bei einer Auslieferung Rechnung trägt*” (par. 84).

⁸³ Sent. Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*:

a) “*la soluzione adottata dal legislatore dell’Unione, consistente nel prevedere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso ai fini dell’esecuzione di una decisione pronunciata in absentia deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa, è incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l’autorità giudiziaria dell’esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell’interessato*”;

b) “*l’articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 deve essere interpretato nel senso che osta a che l’autorità giudiziaria dell’esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso ai fini dell’esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in absentia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente*” (punto 46);

c) “*l’armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati d’arresto europei emessi ai fini dell’esecuzione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l’interessato non è comparso personalmente, attuata dalla decisione quadro 2009/299, tende, come indica l’articolo 1 della stessa, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri*” (punto 51);

d) “*l’articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta*” (punto 53).

⁸⁴ La questione, come si sa, riguardava un mandato di arresto europeo conseguente una condanna in contumacia pronunciata da un giudice italiano. In sintesi, i principali passaggi argomentativi della sentenza sono stati questi:

a) “*Grenzen für die Öffnung deutscher Staatlichkeit ergeben sich jenseits des im Zustimmungsgesetz niedergelegten Integrationsprogramms in seiner konkreten Ausgestaltung aus der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität des Grundgesetzes*” (par. 40);

b) “*Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird im Wesentlichen durch die in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG verfassungsänderungs- und integrationsfest ausgestaltete Verfassungsidentität des Grundgesetzes begrenzt*” (par. 41);

c) alla garanzia del rispetto di questi limiti “*dient die Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht*” (par. 41);

d) “*Soweit Maßnahmen eines Organs oder einer sonstigen Stelle der Europäischen Union Auswirkungen zeitigen, die die durch Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit den in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätzen geschützte Verfassungsidentität berühren, gehen sie über die grundgesetzlichen Grenzen offener Staatlichkeit hinaus*” (par. 42);

e) “*Die Identitätskontrolle verstößt nicht gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 EUV. Sie ist vielmehr in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV der Sache nach angelegt*” (par. 44);

Certo, l'anomalia potrebbe essere eliminata in vario modo: con una secca declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione del TFUE o "alla tedesca", utilizzando i controlimiti per leggere il diritto UE in modo da neutralizzarlo per rapporto ai principi supremi (ma, in realtà, stravolgendo la lettura della Corte di giustizia); certo, l'eliminazione dell'anomalia potrebbe e dovrebbe accompagnarsi a un serio monito al legislatore nazionale perché intervenga a riformare il regime della prescrizione ovvero tutte le altre previsioni normative, processuali e no, che possono ostacolare l'efficacia della lotta all'evasione fiscale (dell'IVA)⁸⁵, ma l'anomalia, in un modo o nell'altro, va eliminata.

Si è obiettato che non varrebbe la pena sfidare il primato del diritto eurounitario "per difendere - in ultima analisi - l'impunità di chi ha evaso attraverso operazioni fraudolente milioni di euro"⁸⁶, ma si tratta di un dubbio sorprendente: letta nella chiave dell'impunità del possibile colpevole, nessuna garanzia, nessuna norma processuale penale, "varrebbe la pena" d'essere prevista e difesa.

Insomma: quando è troppo è troppo. Tuttavia, se non lo si dice, quel troppo non sarà più una patologia, ma diventerà fatalmente la normalità. I controlimiti stanno lì per impedire che questo accada e il "*predominio assiologico della Costituzione*", che la Corte costituzionale ha affermato nella sent. n. 49 del 2015 in riferimento alla CEDU, ha il logico destino di dover essere operativo anche in riferimento al diritto dell'Unione, non accontentandosi di proclamazioni meramente formali, ma pretendendo ch'esse ne assicurino la realizzazione in tutte le ipotesi in cui - davvero - conta. E stavolta conta.

f) Il mandato di arresto europeo non può essere eseguito, nella specie, perché "*Mit seiner Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gehört der Schuldgrundsatz zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist (vgl. BVerfGE 123, 267 <413>). Er muss daher auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils gewahrt werden*" (par. 53);

g) "*Die Pflicht, einem Europäischen Haftbefehl Folge zu leisten, ist schon unionsrechtlich begrenzt [...]. Einem Europäischen Haftbefehl ist auch nach unionsrechtlichen Maßstäben nicht Folge zu leisten, wenn er den Anforderungen des Rahmenbeschlusses nicht genügt (aa) oder die Auslieferung mit einer Verletzung der unionalen Grundrechte einherginge (bb). Auch aus der Sicht des Unionsrechts gilt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens insoweit nicht unbegrenzt (cc), so dass die Verweigerung der Auslieferung wegen eines Europäischen Haftbefehls zur Vollstreckung eines in Abwesenheit ergangenen Strafurteils unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein kann (dd)*" (par. 85);

h) non è nemmeno necessario un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, perché la "*richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt*" e perché "*Das Unionsrecht gerät mit dem Menschenwürdeschutz des Grundgesetzes nach Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG im vorliegenden Fall nicht in Konflikt*" (par. 125).

⁸⁵ L'importanza di un monito è giustamente sottolineata da P. FARAGUNA - P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato*, cit., 17.

⁸⁶ F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti*, cit., 14 (cors. nell'orig.).