



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**3/2017**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Francesco Viganò  
**VICE DIRETTORI** Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Antonio Gullo, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

**Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPERS

F. CENTORAME, <i>Ricorso cumulativo parzialmente inammissibile e prescrizione del reato: per le Sezioni Unite prevale l'autonomia dei singoli capi impugnati</i> .....	7
A. M. MAUGERI, <i>Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera</i> .....	15
F. MANFREDI, <i>Può un uomo cagionare un'epidemia da virus HIV?</i> .....	37
M. B. MAGRO, <i>Riflessioni penalistiche in tema di usura bancaria</i> .....	49
M. RICCARDI, <i>L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico</i> .....	101
R. MAGI, <i>Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale</i> .....	135
Z. LEI, <i>Il rimpatrio dei pubblici ufficiali responsabili di corruzione in Cina ed il recupero all'estero di valori patrimoniali di provenienza illecita: ostacoli e contromisure</i> .....	147
F. PRETE, <i>Gli accertamenti tecnici nei reati stradali</i> .....	161
L. GIORDANO, <i>Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo</i> ....	177
R. E. KOSTORIS, <i>La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi</i> .....	197
E. GUIDO, <i>Nullità assoluta per violazione del contraddittorio e causa estintiva del reato "in concorso": quale declaratoria prevale?</i> .....	213
E. JANNUZZI e A. REGI, <i>Crisi di impresa e reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali: un esempio paradigmatico del disallineamento tra la normativa fallimentare e quella penale</i> .....	221
R. BARTOLI, <i>Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?</i> .....	233

### NOVITÀ NORMATIVE – PROGETTI DI LEGGE

C. CUPELLI, <i>Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?</i> .....	261
--	-----

### NOVITÀ NORMATIVE – LEGGI APPROVATE

P. PIRAS, <i>Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.</i>	269
C. RUGA RIVA, <i>Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?</i> .....	272
L. MASERA, <i>I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti</i> .....	278



3/2017

#### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

E. ANDOLFATTO, <i>Intercettazione delle comunicazioni epistolari: la Corte Costituzionale ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 266 c.p.p. in via analogica</i> .....	284
E. ANDOLFATTO, <i>Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 275, comma IV, c.p.p.</i> .....	286
E. ANDOLFATTO, <i>Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova</i> .....	289
E. ANDOLFATTO, <i>Nuovo giudizio di legittimità costituzionale sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: la Consulta respinge tre questioni sollevate dal Tribunale di Prato</i> .....	292
M. C. UBIALI, <i>Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato</i> ....	293
F. VIGANÒ, <i>Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso</i> .....	296

#### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

L. FUCCIO SANZÀ, <i>Le Sezioni Unite sull'applicazione della disciplina del reato continuato in executivis: una convinta affermazione del principio del favor rei</i> .....	299
R. BERTOLESI, <i>La rilevanza delle circostanze c.d. indipendenti ai fini del calcolo del termine di prescrizione: la questione rimessa alle Sezioni Unite</i> .....	302
J. DELLA TORRE, <i>Spedizione a mezzo posta della richiesta di restituzione in termini per impugnare una pronuncia contumaciale: per la tempestività vale la data di invio o di ricevimento?</i> .....	306

#### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALE – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

M. MARIOTTI, <i>Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti</i> .....	311
--	-----

#### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

F. TOMASELLO, <i>Il processo a carico degli ex amministratori della Fibronit di Broni: la Corte d'Appello di Milano torna a occuparsi del tema amianto e si confronta con le imputazioni per disastro innominato colposo e omicidio colposo plurimo</i> .....	319
A. GILIBERTO, <i>Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e soccorso in acque internazionali: il problema della veste processuale da attribuire ai migranti trasportati</i> .....	325
D. GALLIANI, <i>L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35 ter ord. pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere</i> .....	333
C. MOSTARDINI, <i>Brevi riflessioni su un particolare caso di omicidio ritenuto scriminato dalla "legittima difesa domiciliare putativa incolpevole"</i> .....	337
D. SIBILIO, <i>Alterazione di stato mediante falsità: sui possibili rimedi per la rimozione degli effetti delle pene illegittime irrogate prima di Corte Cost. n. 236/2016</i> .....	342



3/2017

D. ALBANESE, <i>Le motivazioni della Corte d'Assise di Milano sul "caso Fatima": spunti di riflessione su terrorismo internazionale e organizzazione di trasferimenti ex art. 270-quater.1 c.p.</i> .....	346
R. FLOR, <i>Data retention ed art. 132 Cod. privacy: vexata quaestio (?)</i> .....	356
 OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – UNIONE EUROPEA (LEGISLAZIONE)	
M ZANCAN e L. TROYER, <i>Verso una nuova direttiva in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo</i> .....	365
 OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU	
F. VIGANÒ, <i>La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali</i> .....	370
R. CASIRAGHI, <i>La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere</i> .....	378



3/2017

## LA CORTE COSTITUZIONALE E IL CASO TARICCO, TRA TUTELA DEI 'CONTROLIMITI' E SCONTRO TRA PARADIGMI<sup>(\*)</sup>

di Roberto E. Kostoris

**Abstract.** *Affrontando il caso Taricco, la Corte costituzionale ha scelto una strada mediana: non ha attivato subito i controlimiti, ma non ha nemmeno risolto la questione in via interpretativa (ad esempio, operando una distinzione di 'grado' nell'ambito della nozione di principio identitario dell'ordinamento costituzionale tra ciò che esso abbia e ciò che esso non abbia di 'nucleare', ascrivendo la disciplina della prescrizione a questo secondo ambito nel contesto del principio di legalità penale, con la conseguenza di non ravvisare nel caso di specie la violazione di un controlimite). Ha, invece, ritenuto violati i controlimiti, ma, prima di dichiararli, ha chiesto alla Corte di giustizia una precisazione sulla sua precedente interpretazione, che suona però come una richiesta di ripensamento. Sotto questo profilo, la vicenda Taricco si è ulteriormente complicata, rischiando di irrigidire le posizioni. Ma l'occasione è propizia per riflettere anche su alcune implicazioni a cui può portare l'uso dei controlimiti. Non sfugge, infatti, quale sia la vera posta in gioco in questa vicenda. Si coglie sullo sfondo uno scontro tra paradigmi: quello della legalità europea di matrice prevalentemente giurisprudenziale e quello della legalità interna di tipo normativo. E se, nella prospettiva di salvaguardare quest'ultima, ci si spingesse a considerare alla stregua di controlimite il principio di esclusiva sottoposizione del giudice alla legge (art. 101.2 Cost.), si dovrebbe giungere ad escludere che il giudice penale possa considerarsi vincolato alle 'norme giurisprudenziali' espresse dalle due Corti di vertice europee; ma, così facendo, si colpirebbe al cuore la stessa logica di integrazione europea che regge i rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione e da cui discende anche il principio della primazia del diritto euro unitario.*

SOMMARIO: 1. La Corte costituzionale e i 'controlimiti'. – 2. Le possibili alternative. – 3. La difesa dei 'controlimiti'. – 4. Unità nella diversità. – 5. Suggestioni alla Corte di giustizia. – 6. Un debole *distinguishing* sul principio della maggior tutela. – 7. Monito al legislatore – 8. Non giudici 'di scopo'. – 9. Uno scontro tra paradigmi: legalità normativa *v.* legalità giudiziale. – 10. Possibili gestioni virtuose dei 'controlimiti'?

### 1. La Corte costituzionale e i 'controlimiti'.

---

\* Il contributo costituisce il testo della relazione svolta dall'Autore al Convegno di studi tenutosi il 24 febbraio 2017 presso l'Università di Ferrara su "Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale"; si ringrazia il Prof. Alessandro Bernardi, organizzatore del Convegno, per aver autorizzato la pubblicazione del lavoro in questa Rivista.

La minaccia dei controlimiti si materializza nella vicenda Taricco. La agita molto concretamente quella stessa Corte costituzionale italiana che per prima aveva creato questo parametro, riservandosene il sindacato, a partire dalla storica sentenza Frontini del 1973<sup>1</sup>, subito seguita da un'analogia presa di posizione dei giudici costituzionali tedeschi<sup>2</sup>. La creazione del concetto di controlimiti aveva impresso una decisa svolta all'evoluzione del diritto europeo, sino a quel momento non sufficientemente rispettoso dei diritti fondamentali. I controlimiti erano stati evocati come una 'minaccia': sino a quando il diritto comunitario non avesse tutelato i diritti fondamentali allo stesso livello costituzionale interno, le due Corti si sarebbero riservate su di esso un controllo di compatibilità con quei diritti. La minaccia era servita; la Corte di giustizia, preoccupata di vedere intaccata da queste posizioni la primazia e l'unitarietà del diritto comunitario, si era assunta il sindacato sulla conformità a quei diritti della normativa comunitaria, provvedendo a costruirli come "principi generali del diritto comunitario"<sup>3</sup>, ispirandosi a tal fine alle "tradizioni costituzionali comuni" e poi anche ai principi della Cedu<sup>4</sup>. E si era così creato nel tempo un precario, ma in qualche modo stabile, equilibrio, favorito dagli artt. 4.2 e 6.3 TUE, attraverso i quali l'Unione si impegnava, per un verso, a garantire il rispetto dell'"identità della struttura costituzionale" degli Stati membri e, per l'altro, a ricomprendere i diritti fondamentali "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" tra i "principi generali" del diritto eurounitario. Ora, questo equilibrio quasi 'metafisico' – peraltro già in parte turbato di recente da alcuni 'conflitti' tra la Corte di giustizia e i giudici costituzionali spagnoli e tedeschi – viene messo più radicalmente in discussione<sup>5</sup> nel caso Taricco. La Corte di giustizia, preoccupata di far prevalere le esigenze di un'adeguata repressione delle frodi e delle altre attività lesive degli interessi economici dell'Unione, comprese le frodi in materia di IVA, aveva autorizzato il giudice ordinario a disapplicare la nostra disciplina della prescrizione (in particolare sotto il profilo dei suoi meccanismi interruttivi) quando ritenga che essa porterebbe all'impunità "in un numero considerevole di casi", vanificando così l'obbligo del diritto nazionale di combattere gli illeciti euro finanziari con misure "dissuasive ed

---

<sup>1</sup> 18 dicembre 1973, n. 183.

<sup>2</sup> *Solange I*, 29 maggio 1974.

<sup>3</sup> C. giust. 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*.

<sup>4</sup> Per una sintetica analisi di questa costruzione in via pretoria dei diritti fondamentali nell'ambito dell'(allora) diritto comunitario, ci permettiamo di rinviare a R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di) *Manuale di procedura penale europea*, 3° ed., Giuffrè, 2017, 77 ss. Per una ampia ed esaustiva visione d'insieme della problematica dei controlimiti in ambito penale v. da ultimo, A. BERNARDI, Presentazione. *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene Editore, 2017, VIII ss. Sul tema, di recente, cfr. pure C. PAONESSA, L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, 2016.

<sup>5</sup> F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 275 ss. rileva "l'imprescindibilità logica" dei controlimiti nella visione dualista o pluralista di coesistenza di ordinamenti giuridici diversi anche se concorrenti che ha sempre patrocinato la nostra Corte costituzionale.

effettive”, come prevede l’art. 325.1TFUE<sup>6</sup>. Questione di cui prontamente è stata investita la Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità di una soluzione del genere con vari principi dell’ordinamento costituzionale, primo fra tutti, quello di legalità penale (art.25.2 Cost.).

La questione, va detto subito, ha ad oggetto un tema ‘infelice’ come la prescrizione del reato, cioè un istituto la cui disciplina non costituisce certo un fiore all’occhiello del nostro ordinamento, essendo da tempo oggetto di critica in varie sedi, anche da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>7</sup>, e che, inoltre, presenta un’incerta collocazione, ancorandosi sicuramente al diritto sostanziale, ma collegandosi per più aspetti anche al diritto processuale<sup>8</sup>. È un vero peccato, perché può dare l’impressione che una difesa dei contro limiti – che avviene qui per la prima volta, e in modo così esposto alla luce dei riflettori, nella nostra storia costituzionale – su un terreno come questo rappresenti, come è stato detto, una battaglia per una “cattiva causa”<sup>9</sup>. In ogni caso, la risposta – peraltro interlocutoria – della Corte costituzionale è un’occasione importante per interrogarsi in modo più ampio sul tema. La questione dei contro limiti – intesa come problema generale, e centrale, nei rapporti tra diritto dell’Unione e diritto interno – una volta divenuta improvvisamente reale e concreta, sta infatti cominciando a mostrare le sue multiformi e talora inaspettate implicazioni; ci fa comprendere come, se non governata con cautela, possa produrre effetti fortemente disgreganti, specie in un momento di particolare delicatezza e precarietà del progetto europeo, come quello che stiamo attraversando<sup>10</sup>. Inoltre – e soprattutto – dai rilievi della Consulta emergono i segni di un disagio più profondo. Come diremo, nel caso *sub iudice* viene allo scoperto il problema ancora irrisolto della nostra contemporaneità, rappresentato dallo scontro che viviamo tra due diversi paradigmi culturali: quello, ricevuto dalla tradizione moderna, e in cui siamo cresciuti, rappresentato dalla ‘legalità legislativa’, il cui emblema è costituito dall’art. 101.2 Cost. (“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”) e quello postmoderno, oggi fortemente veicolato dal diritto europeo, rappresentato da una legalità a matrice prevalentemente ‘giudiziale’.

---

<sup>6</sup> Ci sarebbe peraltro da chiedersi se questa norma presenti davvero i requisiti per avere effetti diretti, non apparendo per nulla “chiara, precisa e incondizionata”.

<sup>7</sup> Si pensi a Corte eur., 15 settembre 2011, *Alikaj c. Italia*; Id., 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*.

<sup>8</sup> V., da ultimo, M. CAIANIELLO, [Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?](#), in questa Rivista, 24 febbraio 2017, 3 s. Cfr. pure D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza della Corte di giustizia UE Taricco*, in C. PAONESSA, L. ZILETTI (a cura di), *Dal giudice garante*, cit., 69 ss.

<sup>9</sup> Così, esplicitamente, F. VIGANÒ, [Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco](#), in A. BERNARDI (a cura di) *I controlimiti*, cit., 239 s.; M. VOGLIOTTI, [Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi](#), in questa Rivista, 2 novembre 2016, 15.

<sup>10</sup> Cfr. le ampie riflessioni di F. VIGANÒ, *Op.cit.*, 238.



## 2. Le possibili alternative.

Iniziando dal problema specifico di cui era stata investita la Corte costituzionale, occorre dire che varie erano le strade che essa avrebbe potuto seguire in questa vicenda. Ad un estremo si collocava indubbiamente la possibilità di azionare subito i contro limiti, ritenendoli violati. La Corte avrebbe posto così in atto una risposta forte, ‘bellica’, che avrebbe troncato alla radice ogni questione, ma che sarebbe stata anche potenzialmente dirompente nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione, se non altro come ‘precedente’ importante a cui molti altri si sarebbero potuti richiamare con immaginabili effetti a cascata<sup>11</sup>.

In una prospettiva opposta, la Corte avrebbe potuto risolvere la questione in via interpretativa. Le strade da seguire avrebbero potuto essere molteplici: mutare la propria giurisprudenza, accedendo alla concezione processuale della prescrizione patrocinata dalle Corti europee, o, quantomeno, ascrivendovi la disciplina, che qui veniva in gioco, del computo del suo termine massimo quando intervengano atti interruttivi<sup>12</sup>; o, pur mantenendo fede all’impostazione sostanzialistica, verificare se le più recenti riforme normative in tema di prescrizione (l. n. 148 del 2011) e di illeciti fiscali (art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, così come riformulato dal d.lgs. 150 del 2015) possano aver già contribuito a risolvere sotto il profilo della disciplina dei tempi della prescrizione (significativamente aumentati) il problema di apprestare strumenti di repressione delle violazioni finanziarie sufficientemente ‘effettivi e dissuasivi’ da parte dello Stato italiano<sup>13</sup>, magari ponendo alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale incentrata su questo aspetto<sup>14</sup>. O ancora, proporre una distinzione di ‘gradi’ all’interno della stessa nozione di ‘principio supremo dell’ordinamento costituzionale,’ tra ciò che quel principio avrebbe di ‘nucleare’ e ciò che invece, pur attenendovi, non parteciperebbe di tale

---

<sup>11</sup> Cfr. ancora F. VIGANÒ, *Op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>12</sup> Cfr., ad es., P. FARAGUNA *Il caso Taricco: contro limiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I contro limiti*, cit., 373.

<sup>13</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Op.cit.*, 18.

<sup>14</sup> La prospettiva (su cui v. E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale in Dir.pen.cont. – Riv. trim.*, 1, 2016, 223 ss.) di scindere il contenuto della sentenza Taricco in due parti, ritenendo di immediata applicazione la parte relativa alla ingiustificata differenza di termini interruttivi della prescrizione per i reati associativi in materia di frodi IVA rispetto a quelli per reati associativi in materia di frodi di tabacchi (art. 51 c.p.p.), con la conseguenza di applicare ai primi la disciplina di prescrizione più lunga prevista per i secondi (sia pure solo per i fatti commessi posteriormente alla sentenza Taricco in modo da evitare effetti retroattivi *in malam partem*) e di ritenere invece non applicabile la parte della sentenza Taricco legata a valutazioni connotate da profonda discrezionalità (la punizione delle frodi euro finanziarie con mezzi sufficientemente dissuasivi in un numero rilevante dei casi), certamente interessante, avrebbe però spostato il problema dei controlimiti sulla seconda parte, per il suo palese conflitto con l’art. 25.1 Cost. Né sarebbe sufficiente obiettare che, in tal caso, la stessa Corte di giustizia imporrebbe al giudice di verificare che siano comunque rispettati i diritti fondamentali degli interessati, affinché non si vedano “infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle (...) disposizioni di diritto nazionale”, perché questa preoccupazione della Corte riguarda sì la tutela del principio di legalità, ma solo nell’accezione fatta propria dall’art. 49 Carta di Nizza che la restringe alla previsione dei reati e delle pene, senza includervi la disciplina della prescrizione.

carattere identitario<sup>15</sup>, ascrivendo la disciplina della prescrizione a questo secondo ambito nel contesto del principio di legalità penale, con la conseguenza di non ritenere che le violazioni in questa materia possano assurgere al rango di violazioni di un contro limite. Una scelta che, oltre a disinnescare potenziali conflitti, mantenere intatto il dialogo tra le Corti (sempreché, beninteso, si ritenga che questo ‘dialogo’ per esistere si debba alimentare necessariamente di convergenze e non anche di divergenze<sup>16</sup>) e avere forse qualche buona ragione dalla sua parte<sup>17</sup>, non avrebbe comunque messo in discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a gestire i contro limiti quale custode supremo dell’identità costituzionale nazionale.

La Consulta invece ha scelto una via mediana: quella di riconoscere la possibile violazione del contro limite, ma di non dichiararla prima di aver ottenuto dalla Corte di giustizia un ‘chiarimento’ sul significato da attribuire all’art. 325 TFUE, così come da essa interpretato nella sentenza Taricco, chiedendole, in buona sostanza, una nuova (e – s’intende – diversa) interpretazione sul punto.

### 3. La difesa dei ‘controlimiti’.

Seguiamo i passaggi del ragionamento della Corte.

L’*incipit* è rappresentato da una solenne difesa dei controlimiti: se è vero che “il riconoscimento del primato del diritto dell’Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell’art. 11 Cost.”, è altrettanto vero che “questa stessa giurisprudenza ha costantemente affermato che l’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell’Unione possa essere applicato in Italia”. Dunque, “ove si verificasse il caso” – che la Corte tiene comunque a considerare ‘estremamente improbabile’ – che

---

<sup>15</sup> Già, del resto, adombrata in una prospettiva generale da C.cost. sent. n. 18 del 1982.

<sup>16</sup> Come avverte R. BIN, [Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?](#), in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., 296, un simile “dialogo” ben “può veicolare anche messaggi di censura e minacce di interruzione del rapporto”. Giustamente F. PALAZZO, *Op.cit.*, 278 s. osserva che si può avere un visione “difensiva” dei controlimiti, intendendoli come “chiusura netta nei confronti della penetrazione e della primazia del diritto europeo e secondo un rapporto sostanzialmente polemico con l’UE”, oppure si può averne una visione “dinamica”, nel senso di “ricorrere ad essi solo in casi estremi in cui è messa in dubbio l’identità costituzionale dello Stato. E nel senso, soprattutto, che quando essi dovessero operare l’intento non sarebbe solo quello di garantire l’identità costituzionale ma anche quello di dialogare con l’ordinamento UE, costituendo la ragionevole e ponderata attivazione dei controlimiti, o anche solo la prospettazione della loro possibile attivazione, un fattore di evoluzione progressiva dello stesso ordinamento europeo in modo da potenziarne le virtù di armonizzazione proprio nella misura in cui sia pronto a recepire le ragioni del *non possumus* ragionevole e meditato degli ordinamenti nazionali”.

<sup>17</sup> Cfr. le riflessioni di F. VIGANÒ *Op.cit.*, 243 ss. Dubita che l’inclusione della prescrizione nel principio di stretta legalità costituisca un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale, il quale non menziona mai la prescrizione, E. LUPO, *Op.cit.*, 224. Dal canto suo, P. FARAGUNA *Op.cit.* 370 sostiene che, se anche si dovesse ritenere che la prescrizione configuri un “diritto all’oblio” per l’interessato, sembrerebbe azzardato elevare le norme che disciplinano i suoi effetti interruttivi a “metro dello standard strutturale di tutela dei diritti fondamentali dell’ordinamento italiano”.

“in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati”, ovviamente “per la sola parte in cui essa consente che quell’ipotesi normativa si realizzi”. E “non vi è dubbio” – aggiunge la Corte – che il principio di legalità penale, fissato dall’art. 25.2 Cost. nella sua dimensione di determinatezza delle fattispecie e di non retroattività costituisca “un principio supremo dell’ordinamento”; per cui, se l’art. 325 TFUE, così come interpretato nella sentenza “Taricco”, “comportasse l’ingresso nell’ordinamento giuridico di una regola contraria” a un tale principio “questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo”.

Per un verso, dunque, viene ribadito il carattere ‘sostanziale’ della prescrizione, sempre sostenuto in passato dalla Consulta, e, quindi, riaffermata la riconduzione di questo istituto al principio di legalità penale, attribuendo al medesimo una portata non circoscritta alla formulazione delle fattispecie incriminatrici e delle pene, ma estesa a tutto ciò che incide sulla punibilità; per altro verso, non viene messo in dubbio che la tutela dei ‘controlimiti’ spetti nel nostro ordinamento alla Corte costituzionale quale supremo custode dell’identità costituzionale nazionale.

Tuttavia, dopo aver schierato l’artiglieria, la Consulta, come si diceva, evita di sparare. Preferisce limitarsi a convincere la stessa Corte di giustizia a fare da sola un passo indietro. Una tattica che consente alla Consulta di non giungere ad atteggiamenti di ‘rottura’ frontale e di continuare (per il momento) a gestire i ‘controlimiti’ ancora nella tradizionale forma della ‘prospettazione’, anche se è una prospettiva (ma sarebbe meglio dire una ‘minaccia’) stavolta molto precisa, circostanziata, articolata, motivata. A tal fine, la Corte propone in veste di ‘giudice nazionale’ – per la prima volta in un giudizio incidentale in materia penale (e anche questa è una rimarchevole novità che le consente di riappropriarsi di una funzione propulsiva nel dialogo tra le Corti che in precedenza essa si era auto preclusa<sup>18</sup>) – una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia per “sollecitare un nuovo chiarimento” da parte sua sull’interpretazione da dare all’art. 325 TFUE sulla base della sentenza Taricco, dove tale norma era stata individuata come base legale dell’obbligo per i giudici nazionali di disapplicare la disciplina della prescrizione rispetto ai reati in materia di IVA, come conseguenza dell’obbligo che incombe sugli Stati aderenti di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione con misure “sufficientemente dissuasive ed effettive”. Nella forma è una richiesta di chiarimento; ma, nella sostanza, come si

---

<sup>18</sup> Si allude alla teoria che la stessa Corte aveva enunciato della “doppia pregiudizialità”, in base alla quale era essa stessa a sollecitare il giudice comune che dubitasse della conformità di una norma interna sia al diritto dell’Unione, sia alla Costituzione, a rivolgersi prioritariamente alla Corte di giustizia per la pregiudiziale interpretativa, e, solo successivamente, ove ancora necessario, ad essa per la questione di costituzionalità (sul punto cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte ai casi di “doppia pregiudizialità” costituzionale e comunitaria*, in *Foro it.*, 1997, V, 222 ss.); strada, quest’ultima, di fatto poi molto raramente intrapresa, con correlativo depotenziamento del ruolo della Consulta. C.cost., ord. n.207 del 2013 per la prima volta ha proposto una questione pregiudiziale in un giudizio incidentale, ma in materia non penale.

avvertiva, è una richiesta alla Corte di giustizia di mutare opinione<sup>19</sup>, tanto è evidente il contrasto tra l'attuale *petitum* e il precedente *decisum*. Ha dunque il sapore di un *ultimatum*, che la Corte cerca di supportare con una serie di puntualizzazioni.

In particolare, dopo aver premesso che le scelte nazionali in ordine alla natura da riconoscere alla prescrizione (sostanziale o processuale) esulano dall'ambito del diritto (e delle competenze) dell'Unione e che, non essendovi pertanto alcuna esigenza di uniformità al riguardo, ogni Stato membro non deve rinunciare alle proprie disposizioni e tradizioni costituzionali che risultassero di maggior favore per l'imputato rispetto a quelle garantite dagli artt. 49 Carta di Nizza e 7 Cedu (che escludono la prescrizione dall'ambito applicativo del principio di legalità penale), la Corte costituzionale, ribadendo che in Italia la prescrizione ha natura sostanziale e deve essere conseguentemente conforme al principio di legalità penale, avverte come l'obbligo di disapplicare la disciplina della prescrizione prevista dagli artt. 161 ult.c. e 162. c. 2 c.p., enunciato dalla Corte di giustizia nel caso Taricco, si porrebbe in palese contrasto con quel principio, dato che mancherebbe dei requisiti della ragionevole prevedibilità, della riserva di legge e della sufficiente determinatezza richiesti dall'art. 25.2 Cost. La legge penale, osserva la Corte, non può assegnare al giudice "obiettivi di scopo" e renderlo signore di valutazioni discrezionali di politica criminale per raggiungerli, come ha preteso di fare la sentenza Taricco nel sostenere che egli dovrebbe disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione quando ritenga che essa, non assicurando la punibilità in un "numero rilevante di casi", renderebbe la repressione dei reati euro finanziari non "sufficientemente effettiva e dissuasiva". Di qui, dunque, il quesito se una tale regola debba trovare applicazione anche quando essa confligga con un principio cardine dell'ordinamento italiano.

#### 4. Unità nella diversità.

È un passaggio difficile. E la Corte costituzionale affida la sua richiesta alla Corte di giustizia, accompagnandola con un messaggio che contiene una visione 'alta' dei rapporti Unione-Stati aderenti e un 'suggerimento interpretativo', che possa consentire al giudice europeo un *commodus discessus* dal ginepraio innescato con la sentenza – ormai dovremo chiamarla la "prima" sentenza – Taricco.

La visione 'alta' che la Corte disegna del rapporto Unione-Stati membri, e che – nelle sue parole – costituisce la base stessa su cui può poggiare il primato del diritto dell'Unione, e dunque assume una portata molto generale che prescinde dalla specifica vicenda Taricco, è quella dell'"unità nella diversità", come risultato del fatto che "i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione". Ciò "comporta che le parti siano unite nella diversità". È un'unità che fonda la sua forza e la sua legittimazione sulla capacità di includere il tasso minimo di

---

<sup>19</sup> Per P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, in *verfBlog*, 31 gennaio 2017, la richiesta della Consulta alla Corte di giustizia si tradurrebbe in un: "Please, say it again".



3/2017

diversità “necessario per preservare l’identità nazionale insita nella struttura fondamentale” degli Stati membri. Ci deve essere un delicato ma fondamentale rapporto di equilibrio tra i due poli: come le diversità non possono espandersi con l’effetto di minacciare l’unità, così l’unità non può mai conculcare del tutto le diversità. “Queste considerazioni – aggiunge la Consulta – del resto, sono sempre state alla base dell’azione della Corte di giustizia, quando, precorrendo l’art.6, paragrafo 3 del TUE, ha incorporato nel diritto dell’Unione le tradizioni comuni agli Stati membri”. A questo punto, la Corte è disposta a fare una prima ‘concessione’ per invogliare la Corte di giustizia ad aderire alle sue tesi: indubbiamente – essa afferma – i giudici del Lussemburgo, dovendo definire il campo di applicazione del diritto dell’Unione, non possono essere gravati anche “dall’onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l’identità costituzionale di ciascuno Stato membro”, per cui “è ragionevole attendersi che, nei casi in cui tale valutazione sia di non immediata evidenza” provvedano “a stabilire il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale”. Qui la Corte sembra adombrare l’idea che la definizione da parte sua dei controlimiti costituisca in realtà oggetto di una sorta di ‘delega’, sia pur implicita (per i casi di non “immediata evidenza”), da parte della Corte di giustizia di un’attività che in astratto sarebbe di competenza di quest’ultima, anziché formare oggetto di una competenza autonoma, esclusiva ed originaria del giudice costituzionale, come la funzione di controllo propria dei controlimiti porterebbe a ritenere.

## 5. Suggerimenti alla Corte di giustizia.

Questa impostazione – aggiunge la Corte costituzionale, offrendo ulteriori argomenti ai giudici di Lussemburgo per aggiustare il tiro rispetto alla sentenza Taricco – sembra, del resto, accolta dalla stessa Corte di giustizia, la quale, nel sostenere l’efficacia diretta dell’art. 325 TFUE e il conseguente obbligo di disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione che, nei casi e alle condizioni individuate, comprometterebbe l’effettività della sanzione<sup>20</sup>, non si è soffermata sulla compatibilità di una simile regola con i principi supremi dell’ordinamento italiano, ma sembra “aver demandato espressamente questo compito agli organi nazionali competenti”. Lo avrebbe fatto, in particolare, avvertendo 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”. Di qui il quesito alla Corte di giustizia – che assume una chiara intonazione retorica – di dare conferma

---

<sup>20</sup> V. MANES, [La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017](#), in *questa Rivista*, 13 febbraio 2017, 11 ritiene che la tesi degli effetti diretti discendenti dall’art. 325 TFUE andrebbe però verificata. Infatti, aggirando la previsione dell’art. 83 TFUE, essa implicherebbe la legittimazione a iniziative legislative dell’Unione in materia penale promosse non solo attraverso direttive di armonizzazione, ma anche con regolamenti, cioè normative direttamente applicabili, dunque potenziali strumenti di competenza penale diretta.

se essa in tal modo abbia “inteso affermare che la regola tratta dall’art. 325 TFUE è applicabile solo se è compatibile con l’identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione”. Se questa interpretazione dell’art. 325 TFUE fosse corretta, conclude la Corte costituzionale, “cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta”.

Per la verità, quell’inciso sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del giudice chiamato a disapplicare la disciplina interna, che compare due volte nel testo della sentenza Taricco (parr. 53 e 55) non appare di chiarissima lettura e sembrerebbe semmai consistere esso stesso in una argomentazione retorica, dato che i giudici di Lussemburgo si affrettano subito a negare che tali diritti possano ritenersi pregiudicati, poiché nell’impostazione della Corte di giustizia la disciplina della prescrizione, assumendo una connotazione processuale, evaderebbe dal principio di legalità penale, così come garantito (restrittivamente) dagli artt. 49 Carta di Nizza e 7 Cedu. Nondimeno, la Corte costituzionale propone alla Corte di giustizia una lettura ‘pacificatoria’ di quel riferimento, anche se in realtà contraria al senso complessivo della sentenza Taricco.

## 6. Un debole *distinguishing* sul principio di maggior tutela.

Con un secondo passaggio, la Corte costituzionale mira poi a recuperare il principio della maggior tutela garantito dall’art. 53 Carta di Nizza al fine di proteggere la concezione sostanziale e la conseguente riconducibilità al principio di legalità penale della disciplina italiana della prescrizione. Il livello di tutela più elevata che ne deriverebbe all’imputato rispetto al principio di legalità riconosciuto dalle fonti europee (artt. 49 Carta di Nizza e 7 Cedu) che, come si accennava, lo limitano alla descrizione della fattispecie criminosa e alla pena – sostiene la Corte – dovrebbe infatti ritenersi garantito dall’Unione in forza dell’art. 53 Carta di Nizza. La Consulta sa bene che la Corte di giustizia ha sterilizzato la portata di quel principio nel caso Melloni<sup>21</sup> e si affretta a distinguere la situazione ora in esame da quel precedente, sostenendo che mentre lì era in gioco l’incompatibilità della normativa di maggior tutela nazionale con una Direttiva, che, se fatta valere attraverso l’art.53 Carta di Nizza, avrebbe “comportato la rottura dell’unità del diritto dell’Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme” (era in gioco il mutuo riconoscimento di un mandato d’arresto europeo), qui il primato del diritto dell’Unione non sarebbe minimamente posto in discussione, perché non verrebbe in gioco “la regola enunciata dalla sentenza in causa Taricco, e desunta dall’art. 325 TFUE, ma solo l’esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice”<sup>22</sup>.

È un distinguo che ha l’evidente funzione di “tranquillizzare” la Corte di giustizia sul fatto che la Consulta non intende minimamente disconoscere la prevalenza

<sup>21</sup> C. giust. 26 febbraio 2013 C-399/11, *Melloni*; ma cfr. pure Id. *Parere* 2/13 del 18 dicembre 2014.

<sup>22</sup> In termini adesivi, v. M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *FerfBlog*, 28 gennaio 2017.



della regola enunciata nel caso Taricco circa l'interpretazione dell'art.325TFUE<sup>23</sup>, ma vuole addurre solo un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta; impedimento legato alla "circostanza – esterna all'ordinamento europeo – che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale e soggiace perciò al principio di legalità penale". Ma è un distinguo assai fragile<sup>24</sup>: si può davvero sostenere che l'impedimento – assoluto e generalizzato – di applicare una regola dell'Unione, il quale dipenda da un principio costituzionale interno di maggior tutela, non ponga appunto quest'ultimo in una sostanziale frizione con quella regola? Inoltre, si potrebbe osservare che qui la posta in gioco dovrebbe considerarsi – nell'ottica dell'Unione – semmai ancora più alta che nel caso Melloni: lì si trattava di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; qui l'efficace lotta contro le frodi contro gli interessi economici euro unitari, cioè contro interessi che l'Unione considera da sempre fondamentali per la sua stessa sopravvivenza<sup>25</sup>.

Ciò che piuttosto va evidenziato è che il principio della prevalenza della maggior tutela si può sovrapporre a quello della tutela dei controlimiti, ogni volta in cui la maggior tutela sia espressione di un principio nucleare, identitario dell'ordinamento costituzionale domestico; nel qual caso la salvaguardia della prima sarebbe assorbita dalla tutela del secondo. Di fronte a una tale eventualità, l'azionabilità dei controlimiti potrebbe sortire in concreto proprio quegli effetti – la prevalenza della norma interna su quella europea, per giunta, da noi, attraverso la via 'cruenta' di una parziale declaratoria di incostituzionalità della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato – che si erano voluti scongiurare nel caso Melloni.

## 7. Monito al legislatore.

Non manca – a dimostrazione di lealtà verso l'Unione e la tutela dei suoi interessi finanziari – un monito al legislatore affinché si attivi per evitare che la disciplina interna della prescrizione non sia di ostacolo al perseguimento delle frodi finanziarie che colpiscano gli interessi economici dell'Unione<sup>26</sup>. È una questione che non spetta alla Corte risolvere, ma rimane nella responsabilità della Repubblica italiana. Né la Corte –

---

<sup>23</sup> A proposito della restrittiva interpretazione nel caso *Melloni*, è il caso di ricordare che è proprio il diritto dell'Unione attraverso l'art. 53 Carta di Nizza a prescrivere a se stesso la poziore esigenza di far prevalere comunque sul proprio standard di tutela lo standard di tutela più elevato garantito a livello nazionale. Subordinare tale esigenza a quella di non compromettere l'unità e la primazia del diritto dell'Unione significa ritenerla *tout court* perdente rispetto alla seconda, cioè sterilizzare completamente l'operatività dell'art. 53 Carta di Nizza.

<sup>24</sup> V. MANES, *Op.cit.*, 10 osserva che o la materia delle frodi all'IVA, che veniva in gioco nel caso Taricco, va considerata "comunitarizzata", e allora il distinguo con il caso Melloni diventa – per l'appunto – difficile, o non lo è (più), e allora quel distinguo non ha nemmeno ragione di porsi, riguardando situazioni non comparabili.

<sup>25</sup> Cfr. pure M. CAIANIELLO, *Op.cit.*, 21.

<sup>26</sup> Possiamo ricordare che è pendente un disegno di legge Ferranti e altri n. 2150 approvato dalla Camera il 24 marzo 2015 *Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato*.

come pure avrebbe potuto fare, magari rispondendo alla Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale – entra nei dettagli della recente normativa che – aggiunge – andrebbe attentamente analizzata per verificare se possa già risultare sufficiente allo scopo. Le interessa dimostrare che essa non intende assolutamente favorire l'impunità dai reati euro finanziari, ribadendo invece come questi vadano perseguiti nel modo più fermo, anche attraverso necessarie rimodulazioni normative della disciplina della prescrizione. Le sue argomentazioni sono esclusivamente concentrate a difendere il principio di legalità penale, inteso come elemento identitario del sistema costituzionale italiano.

### 8. Non giudici 'di scopo'.

Un ultimo rilievo è speso ancora dalla Corte costituzionale per evidenziare come la sentenza Taricco abbia escluso l'incompatibilità della regola da essa fissata con l'art. 49 Carta di Nizza con esclusivo riguardo al divieto di retroattività, ma non anche sotto il profilo della sufficiente determinatezza della fattispecie; condizione che, invece, rappresenta un requisito indefettibile, non solo alla luce dell'ordinamento interno, ma anche nella prospettiva delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Un'esigenza – si aggiunge – avvertita pure dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, indipendentemente dalla natura assegnata alla prescrizione: anche una sua collocazione processuale<sup>27</sup> richiederebbe comunque il rispetto di quel requisito, che "coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*"<sup>28</sup>, i quali non affidano al giudice il potere di creare il regime penale al posto della legge di origine parlamentare e che comunque ripudiano l'idea di un giudice penale di scopo.

### 9. Uno scontro tra paradigmi: legalità normativa v. legalità giudiziale.

Queste ultime argomentazioni della Corte costituzionale ci consentono di cogliere in contropunto quale sia la vera posta in gioco in questa vicenda.

Da esse sembra trasparire infatti la chiara volontà di riaffermare la 'primazia' del diritto 'normativo' sul diritto 'giurisprudenziale'<sup>29</sup>, della 'legge' nazionale sulla

---

<sup>27</sup> Sull'estensibilità del principio di legalità al processo v. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass.pen.* 2016, 362 s.; M. DANIELE, [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, 48 ss.; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato* in *Arch.pen.*, 2015, 775 s.

<sup>28</sup> M. BASSINI, O. POLLICINO, *Op.cit.*, sottolineano come la Corte, parli qui di tradizioni costituzionali comuni, e quindi usi un linguaggio molto più in linea con la attuale stagione di cooperazione costituzionale europea di quello impiegato dai giudici costituzionali tedeschi nel caso *Gauweiler*, basato sulla difesa della sola identità nazionale.

<sup>29</sup> Cfr. pure i rilievi di M. CAIANIELLO, *Op.cit.*, 19 s.



‘giurisprudenza fonte’<sup>30</sup> di matrice europea. Si colgono, in controluce, nelle affermazioni della Corte gli anticorpi contro la dimensione *flo* del diritto,<sup>31</sup> il suo approccio empirico e ‘sostanziale’, che rappresenta una delle più evidenti caratteristiche del diritto giurisprudenziale europeo, sia dell’Unione, sia della Cedu.

E appare evidente come al centro di questa contrapposizione tra diritto normativo e diritto giurisprudenziale stia, al fondo, il principio della sottoposizione del giudice solo alla legge (art. 101.2 Cost.)<sup>32</sup>, a sua volta espressione del principio della divisione dei poteri (del quale lo stesso principio di legalità penale rappresenterebbe uno specifico corollario). Viene dunque ad essere chiamato in causa uno dei caratteri identitari del nostro stesso modello di Stato costituzionale, di giurisdizione e di legalità. Un modello indubbiamente mitizzato, se è vero che il giudice non è quel passivo esecutore del comando legislativo teorizzato dagli illuministici, ma un soggetto che, interpretando il diritto e applicandolo al caso concreto, svolge una funzione fisiologicamente ‘creativa’<sup>33</sup>; ma, nondimeno, un modello in cui buona parte della nostra cultura giuridica continua ancora a riconoscersi profondamente.

In questa prospettiva, non deve sfuggire che, ove il principio consacrato nell’art. 101.2 Cost. venisse considerato alla stregua di un controlimite nazionale – anzi, in una certa ottica, addirittura alla stregua di ‘prototipo’ stesso di contro limite dell’ordinamento italiano – esso implicherebbe di escludere che il giudice – in particolare, il giudice penale – possa (ancora) dirsi vincolato alle ‘norme giurisprudenziali’ espresse dalle Corti di vertice europee<sup>34</sup>. Un vincolo che, invece, si è consolidato nel tempo, sia rispetto alla Corte di giustizia, la quale si è sempre attribuita una funzione ‘paralegislativa’<sup>35</sup>, che, dopo il Trattato di Lisbona, si estende ormai a tutta la materia penale, sostanziale e processuale; sia rispetto alla Corte europea dei diritti dell’uomo, alla cui giurisprudenza – che ha implementato lo stesso inventario delle garanzie Cedu- è stato riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale nelle ‘sentenze

<sup>30</sup> Per questa denominazione, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 49 ss.

<sup>31</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l’homme*, Puf, 1986.

<sup>32</sup> Pure R. BIN, *Op.cit.*, 297 evoca un contrasto con l’art. 101.2 Cost, ma sotto una prospettiva assai diversa. Egli sostiene che la violazione verrebbe dalla sentenza Taricco, nell’ambito della quale il normale rapporto di cooperazione tra giudice interno e giudice europeo, che si realizza in funzione di uno sforzo comune (la *primauté* e la tutela dei diritti), ma nel rispetto delle differenze di disciplina dei due ordinamenti, degraderebbe in “rapporto di subordinazione gerarchica”, poiché in Taricco la Corte avrebbe imposto ai giudici nazionali di abbandonare le coordinate costituzionali in favore di quelle europee, invitandoli a evitare interposizioni della Corte costituzionale quando si tratti di rimuovere una legge dall’ordinamento.

<sup>33</sup> Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, 1999; M. VOGLIOTTI, *Op.cit.*, 7 s.

<sup>34</sup> Sottolinea i tratti di somiglianza tra queste Corti e i “Grandi tribunali” dell’*Ancien Régime*, che anch’essi ‘dialogavano’ tra di loro, M. VOGLIOTTI, *Op.cit.*, 8 s.

<sup>35</sup> La Corte di giustizia l’ha affermata nell’ottica di garantire l’unità del sistema comunitario (C.giust., 13 maggio 1981, C-66/80, *International Chemical Corporation*). La nostra Corte costituzionale ha riconosciuto alle sentenze della Corte di giustizia valore di *ius superveniens* (C.cost. ord. n. 311 del 2011, n. 241 del 2005, n. 125 del 2004), anche se l’affermazione è impropria, non avendo la Corte di Lussemburgo un potere caducatorio del diritto nazionale.

gemelle' n.348 e 349 del 2007 valore 'normativo', addirittura nella forma del parametro interposto di costituzionalità<sup>36</sup>.

La conclusione sembrerebbe obbligata, a meno di non intendere il concetto di "legge" a cui si riferisce l'art. 101.2 Cost. in termini tali da non circoscriversi al prodotto 'legislativo' (alla *lex parlamentaria*, in un'ottica nazionale, o, salendo di grado, alle leggi di matrice europea<sup>37</sup>), ma da includere anche i prodotti 'normativi' giurisprudenziali; tuttavia, sappiamo che non è stata questa l'interpretazione della nostra Corte costituzionale<sup>38</sup>, né comunque una simile impostazione sarebbe compatibile con la logica stessa del principio di divisione dei poteri.

Ciò significa che una tutela nazionale dei controlimiti rispetto all'art.101.2 Cost. potrebbe portare, se condotta alle sue estreme conseguenze, a colpire al cuore la stessa logica di integrazione che regge i rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione e da cui discende lo stesso principio di primazia del diritto eurolunitario. Invocare il principio di sottoposizione del giudice alla legge significa dunque, in questa prospettiva, evocare uno scontro tra paradigmi, evidenziando la mai del tutto composta frattura che si avverte nel sistema del diritto contemporaneo, tra la cultura di *civil law* a cui si ispirano i Paesi dell'Europa continentale, compreso il nostro, e la cultura di *common law* da cui trae invece per larga parte alimento il diritto europeo. O, se si preferisce considerare il problema in una prospettiva diversa, tra i canoni positivisticci moderni di matrice illuministica che caratterizzano la legalità normativa statale e le categorie giuridiche postmoderne della legalità giudiziale europea<sup>39</sup>.

Resta il fatto che, piaccia o no, il diritto europeo e i suoi paradigmi saranno sempre più destinati a incidere sulla giustizia penale, anche all'interno degli ordinamenti nazionali, e un contro limite che avesse, come in questo caso, la pretesa di

---

<sup>36</sup> Anche se poi la Consulta ha relativizzato il senso delle sue statuizioni, sia precisando di riservarsi un "margine di apprezzamento" in ordine all'incidenza che l'interpretazione della Corte europea possa avere sulle specificità del nostro ordinamento interno, ferma restando l'esigenza che ne sia salvaguardata la 'sostanza' (C.cost. sent. n. 236 del 2011, n. 311 del 2009), sia limitando comunque – sia pur con questi limiti – l'obbligo di conformarsi alle norme Cedu "così come interpretate" dalla Corte europea alle sole interpretazioni "consolidate" e alle "sentenze pilota" (C.cost. sent. n. 49 del 2015).

<sup>37</sup> Recepte attraverso l'art. 11 Cost.

<sup>38</sup> C. Cost., sent. n. 230 del 2012.

<sup>39</sup> Cfr., volendo, R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1185 ss.; ID, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016, 9 ss. A. BERNARDI, *Op.cit.*, CII, preferisce parlare al riguardo di contrapposizione tra "ideologie identitarie e multiculturali, ovvero tra posizioni "sovraniste" ed "europeiste", nel cui ambito, peraltro, si colloca "un coacervo di opinioni e punti di vista, all'interno dei quali i binomi "locale"- "globale" e "nazionale"- "sovrannazionale" assumono infinite declinazioni nelle quali le diverse componenti materiali e ideali di matrice volta a volta identitarista, nazionalista europeista e modialista si mescolano tra loro in modo imprevedibile, dando vita a una molteplicità di voci connotate dai più diversi timbri".

In particolare, si può ricordare che un vento 'sovranista' soffia con forza in questi tempi sull'Europa della giustizia penale anche sul terreno della cooperazione giudiziaria. Lo dimostrano le vicende dell'istituzione di una Procura europea: il progetto di regolamento istitutivo di quest'organo (testo stabilizzato 5766/17), rispetto al quale è stata chiesta una cooperazione rafforzata, vede quest'organo fortemente depotenziato e scarsamente in grado di imporsi sulle autorità nazionali.

azzerarli, oltre ad attentare da un punto di vista generale, al processo di integrazione europea, condannerebbe a sicuro isolamento lo Stato che intendesse azionarlo. Nell'ambito dell'Unione, le diversità, per riprendere le parole della Corte, non possono mai espandersi al punto di minacciare l'unità<sup>40</sup>. La convivenza, anzi, la graduale osmosi tra i due paradigmi sembra inevitabile nella prospettiva dell'integrazione europea anche sul piano della giustizia penale.

## 10. Possibili gestioni 'virtuose' dei 'controlimiti'?

Resta da fare qualche breve considerazione conclusiva sul 'futuro' dei contro limiti.

È naturalmente assai difficile fare previsioni sull'esito di questa vicenda. Avendo preannunciato la possibilità di attivare i contro limiti, la Corte costituzionale si è ormai in qualche modo vincolata. Per altro verso, sarà difficile alla Corte di giustizia, richiesta di un ripensamento – che nella sostanza suona come una critica al suo precedente assunto – smentirsi in una materia che, per di più, essa da sempre considera di vitale importanza per la stessa sopravvivenza dell'Unione come quella della repressione dei reati euro finanziari<sup>41</sup>. Insomma, la vicenda Taricco si è in qualche misura radicalizzata. Forse la Corte di giustizia potrà dribblare lo scoglio riformulando – come spesso essa usa fare – il quesito propostole dalla Corte costituzionale, svicolando dalla strettoia imposta da quest'ultima. Ma bisogna vedere in che modo, e poi, con quali ulteriori 'risposte' da parte della Consulta.

Proviamo invece a ipotizzare, al di là di questa vicenda, e sia pure con un pizzico di *wishful thinking*, un assetto di possibile compromesso ragionevole nei rapporti tra contro limiti e diritto dell'Unione.

In questa prospettiva bisognerebbe comunque non dimenticare che la Corte di giustizia è una Corte di integrazione europea<sup>42</sup>. E, se l'integrazione sta al primo posto, è immaginabile che il concetto di unità nelle diversità evocato dalla Corte costituzionale venga interpretato dalla Corte di giustizia nel senso che le diversità debbano considerarsi esse stesse parte di quella unità, leggendo in quest'ottica l'art. 4.2 TUE, secondo il quale l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri "insita nella (loro) struttura fondamentale, politica e costituzionale" e l'art. 6.3 TUE secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e "dalle tradizioni costituzionali comuni" degli

<sup>40</sup> Cfr. pure i rilievi di G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, 2015, 107.

<sup>41</sup> C. SOTIS, [Il limite come contro limite. Riflessioni sulla vicenda Taricco](#), in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit. 499 pone l'accento sul fatto che la tutela degli interessi finanziari UE ha sempre rappresentato il bene giuridico in merito al quale si sono sperimentate le soluzioni più innovative e si sono apprestati i maggiori strumenti di tutela del diritto UE. Dal canto suo, A. VENEGONI, [Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale](#), in *questa Rivista*, 30 marzo, 2016, 3 sottolinea come il diritto dell'Unione protegga gli interessi finanziari UE in una dimensione spiccatamente concreta, nella prospettiva di prevenire il più possibile le irregolarità e le frodi.

<sup>42</sup> R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 80.



3/2017

Stati membri “fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”. Ciò potrebbe portare a una concezione “europeizzata” dei controlimiti, anche se di tipo ‘moderato’ o ‘debole’, nel senso che, per un verso, essi verrebbero considerati parte integrante del diritto dell’Unione, ma, dall’altro – come suggerisce la stessa Corte costituzionale – la loro individuazione e la loro gestione verrebbe rimessa alle competenti autorità nazionali. Si eviterebbe, dunque, quell’interversione di ruoli tra controllato e controllore, propria di una visione ‘pura’ della europeizzazione dei controlimiti, che li vedrebbe affidati esclusivamente alla Corte di giustizia<sup>43</sup>; si preserverebbero invece sia l’identità costituzionale degli Stati membri, sia il primato del diritto dell’Unione. In questa prospettiva di compromesso, si potrebbe prefigurare un nuovo ordine di rapporti sui controlimiti, all’interno stesso del dialogo tra le Corti, specificando le regole di un nuovo gioco sullo scacchiere europeo. Di fronte a una violazione dei controlimiti – concetto da intendere comunque in una dimensione di assoluta eccezionalità - la Corte costituzionale – debitamente investita della questione dal giudice nazionale – ne dovrebbe con fermezza opporre la violazione, passando però la mano alla Corte di giustizia, affinché decida se includere di volta in volta il diritto fondamentale violato nell’inventario di quelli protetti a livello euro unitario<sup>44</sup>; ove la Corte di giustizia accogliesse la richiesta, ogni violazione cesserebbe e la Corte costituzionale non avrebbe ragioni per intervenire, attendendo alla unità e alla primazia del diritto dell’Unione. Ove non la accogliesse, a quest’ultima resterebbe sempre la scelta estrema di azionare i controlimiti.

---

<sup>43</sup> M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in AIC, 14 aprile 2016, 9.

<sup>44</sup> In una prospettiva non dissimile C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in Eurojust.it, che la ipotizza nel caso Taricco ponendola eventualmente in alternativa a una decisione della Corte di giustizia che decida di circoscrivere nel tempo gli effetti della sua prima decisione, limitando la disapplicazione della normativa nazionale nei termini indicati nella Taricco ai reati commessi dopo la nuova sentenza pregiudiziale, anche se ciò creerebbe disparità di trattamento tra imputati il cui regime di prescrizione sia caduto sotto la scure della sentenza Taricco e quelli che potrebbero beneficiare del principio di non retroattività della norma penale sfavorevole.