

FOCUS FONTI – 29 FEBBRAIO 2016

La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0

di **Roberta Calvano**

Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli studi di Roma – Unitelma Sapienza



La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*

di Roberta Calvano

Professore associato di Diritto costituzionale
Università degli studi di Roma – Unitelma Sapienza

Sommario: **1.** Una nuova fiammata per la teoria dei controlimiti? - **2.** L’invadenza del giudice Ue nelle materie legate alla sovranità degli Stati. – **3.** Legalità e disapplicazione (con effetti in malam partem) in materia penale a fronte degli interessi finanziari dell’Unione. - **4.** Italia vs Germania e l’uso “proattivo” dei contro limiti. – **5.** I controlimiti visti dall’altro lato... dello specchio. **6.** Controlimiti 2.0 non più un deterrente ma un argine concreto, non solo in Italia: il BVG e il controllo di identità costituzionale.

1. Una nuova fiammata per la teoria dei controlimiti?

La teoria dei “controlimiti” è stata elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, similmente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali e internazionale, oltre che del diritto concordatario e delle leggi costituzionali e di revisione¹. Tale teoria appare vivere oggi un ritorno di attualità, a dimostrazione che l’efficace espressione utilizzata recentemente in dottrina secondo cui “la pistola dei controlimiti è dunque carica”² può essere ritenuta quanto mai appropriata.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Il tema è notissimo e non richiede di essere qui ancora una volta esplorato nei suoi tratti. Il punto di riferimento principale nella giurisprudenza costituzionale è tuttora rappresentato dalla storica sentenza n. 1146 del 1988 con cui si esige il rispetto dei principi fondamentali e diritti inviolabili anche da parte delle leggi approvate ex art. 138 Cost.; parimenti possono essere richiamate per il diritto concordatario la sentenza n. 18 del 1982, per il diritto comunitario la n. 170 del 1984, ma anche, per la sua particolare durezza (sebbene il dispositivo non traesse le conseguenze della motivazione), la sentenza n. 232 del 1989. Con tale pronuncia, va ricordato, la Corte costituzionale rimproverava alla Corte di giustizia comunitaria di delimitare gli effetti retroattivi delle proprie decisioni impedendo alle parti dei giudizi *a quibus* di beneficiarne, in violazione del diritto alla tutela giurisdizionale.

² P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 novembre 2014; ID., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, 11 ss.



Tale constatazione è ora possibile non solo a seguito della importante e diffusamente commentata sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale, sulla quale ci si soffermerà più avanti, ma più di recente anche in relazione al promovimento di una questione di legittimità costituzionale da parte della Corte di appello di Milano che ha suscitato un certo clamore³. La questione di costituzionalità di cui si discute è stata sollevata infatti in relazione alla legge di esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui, in violazione del controlimito di cui all'art. 25 Cost., renderebbe efficace nell'ordinamento italiano la sentenza interpretativa della Corte di giustizia Ue sul caso Taricco⁴, decisione con cui il giudice europeo ha inteso orientare i giudici italiani verso la disapplicazione delle norme sulla prescrizione nel processo penale nei casi in cui le stesse non garantiscano efficacemente la sanzione delle frodi fiscali in relazione agli interessi finanziari dell'Ue ai sensi del principio posto nell'art. 325 TFUE.

L'ardita, ma tutto sommato condivisibile -a parere di chi scrive-, ordinanza di rimessione interviene dunque a circa un anno di distanza dalla richiamata sentenza n. 238 del 2014, anch'essa coinvolgente i controlimiti, riguardante la norma consuetudinaria internazionale dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *iure imperii*. In quella sentenza la materia trattata, ed altri problemi di carattere processuale, come ad esempio quello della sindacabilità da parte del giudice costituzionale di norme consuetudinarie entrate nell'ordinamento in base all'art. 10 Cost., avevano un po' lasciato sullo sfondo l'elemento dei controlimiti, pure colto come aspetto centrale dalla dottrina costituzionalistica⁵. Il controlimito costituito dal diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. era stato azionato in relazione agli effetti di una celeberrima sentenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) resa nel caso Germania contro Italia⁶. Come si sa, l'applicazione dell'immunità, riaffermata dalla sentenza della CIG in relazione al caso dei ricorrenti italiani contro la Germania, avrebbe comportato il diniego di giurisdizione da parte dei giudici civili italiani nei confronti dei deportati che si trovano ancor oggi, in alcuni casi tramite i loro eredi, in giudizio per ottenere la tutela risarcitoria per il danno subito per i crimini di guerra commessi nel territorio italiano durante la II guerra mondiale.

³ L'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 18 settembre 2015 può essere letta su <http://www.cortecostituzionale.it/actionOrdinanze.do>

⁴ Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 8 settembre 2015, in C-105/14

⁵ M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 84 ss.

⁶ La sentenza è efficacemente sintetizzata sul sito http://www.penalecontemporaneo.it/novita_legislative_e_giurisprudenziali/3-/1245-la_sentenza_della_corte_internazionale_di_justizia_sui_crimini_nazisti__illegittime_le_sentenze_italiane_di_condanna_dello_stato_tedesco/

Il pathos costituzionale⁷ derivante dalla materia del giudizio pare in effetti aver costituito lo sfondo ideale per una pronuncia che, sebbene per alcuni versi discutibile⁸, ha avuto il coraggio di sfidare la consolidata interpretazione di una consuetudine internazionale antichissima e che si ricollega alla sovranità degli Stati, motivo per cui peraltro si è parlato di eterogenesi dei fini in relazione all'uso dei controlimiti nella sentenza, come strumento impiegato in qualche misura contro la sovranità statale anziché quale suo baluardo⁹. Sembra potersi rilevare come la necessità di tutela della sovranità che si esprime attraverso il compimento di *atti iure imperii* sia parsa tuttavia al giudice costituzionale meno urgente rispetto a quella della sovranità che si riempie di significato tramite l'effettività dei diritti fondamentali, una sovranità forse più vicina alla sensibilità del costituzionalismo contemporaneo, sebbene sia da ritenere che la seconda non possa vivere senza la prima, e viceversa.

A fronte di tali delicate questioni teoriche, in qualche misura rimaste irrisolte dal giudice costituzionale nella decisione del 2014, questioni in cui non è tuttavia possibile in questa sede addentrarsi - e del resto non se ne avrebbero certamente le forze -, la nuova sfida che stimola oggi il giudice costituzionale a riprendere in mano lo strumento dei controlimiti pare anch'essa adeguata a costituire un ambito favorevole al sollevamento di quella sorta di ponte levatoio che rimane alle Corti costituzionali a tutela degli ordinamenti statuali nell'Unione europea.

Le materie su cui incide il caso *Taricco*¹⁰, infatti, toccano ad un tempo il cuore della materia penale (il principio di legalità e di irretroattività) in relazione alla sanzione delle frodi fiscali. Non c'è bisogno di evocare le origini del *no taxation without representation* o del *rule of law* (ma anche dell'*habeas corpus*)¹¹ per sottolineare quanto esse siano strettamente connesse, almeno nella chiave di lettura del costituzionalista, di quel patrimonio costituzionale irrinunciabile, che rappresenta il nucleo duro della sovranità gelosamente conservata dagli Stati a fronte delle crescenti competenze dell'Ue nell'ambito del processo di integrazione europea. Una sovranità legata ai diritti, così come già è emerso in relazione al caso del 2014, o forse sarebbe più corretto dire un residuo di sovranità che si esprimerebbe ormai prevalentemente nel considerare invalicabile una certa soglia nella tutela dei diritti.

⁷ Per usare un'espressione cara a S. P. PANUNZIO, e che appare nel suo *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 18 ss.

⁸ E infatti molto discussa è stata dalla dottrina come ben dimostra la mole del dibattito e il numero di commenti relativi ad essa rinvenibili sulle riviste scientifiche.

⁹ Il riferimento è allo studio di M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit.

¹⁰ Come già avvenuto in *Fransson*, come si vedrà nel par. seguente.

¹¹ Sul punto v. M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo, A proposito di Contrada, Varvara, Grande Stevens, Taricco e qualche fratello*, in *Questione giustizia* 2015,.

Su tali materie le norme costituzionali pongono proprio per questo particolari garanzie in relazione all'uso della fonte primaria, della sua irretroattività e tassatività, e proprio in tali ambiti non è casuale che il legislatore nazionale non abbia ceduto che del tutto parzialmente le proprie competenze all'Unione europea.

2. L'invasione del giudice Ue nelle materie legate alla sovranità degli Stati.

Come sa bene chi segue l'evoluzione della giurisprudenza Ue relativa all'ambito di applicazione Carta dei diritti, essa ha avuto un passaggio significativo che coinvolge i problemi di cui si sta parlando già nel caso *Fransson* del 2013 e nel coevo caso *Melloni*¹². In entrambi i casi la sede del processo penale, e in particolare nel caso *Fransson* l'applicabilità del principio *ne bis in idem* agli illeciti fiscali, erano apparse propizie al giudice Ue per interventi che si potrebbero definire "espansionistici" o comunque significativamente innovativi rispetto al passato.

A seguito del caso *Fransson* peraltro sembra essersi affermata una lettura innovativa della funzione della Carta dei diritti, derivante dall'ampliamento surrettizio della competenza del giudice Ue alla materia tributaria, un ampliamento che può essere descritto come inversamente proporzionale al livello di tutela conseguentemente garantito ai diritti fondamentali¹³. Con tale sentenza infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che la sua giurisdizione sul rispetto dei diritti fondamentali si estende sì al solo diritto interno che rientra nell'ambito della sfera dell'attuazione ed applicazione del diritto UE, ma ha finito poi con l'estendere tale ambito alla materia della sanzione delle frodi fiscali. Nel caso di specie la questione, riguardando la violazione del principio del *ne bis in idem* nella legislazione svedese in materia di illeciti fiscali, quindi la politica fiscale, avrebbe dovuto portare il giudice comunitario a negare la propria giurisdizione, trovandosi la materia all'esterno dei confini delle competenze dell'UE in base al Trattato. La materia è stata invece impropriamente "attratta", o "assunta" al livello sovranazionale, in ragione del possibile impatto finanziario sul bilancio Ue di un gettito ridotto a seguito di una disciplina nazionale inadeguata. Mentre l'ambito di applicazione del diritto Ue si estendeva, la tutela del diritto fondamentale richiesta al giudice è sembrata indebolirsi¹⁴, poiché di fronte al doppio gradino sanzionatorio

¹² Il caso *Fransson* è stato deciso dalla Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10. Il caso *Melloni*, dalla Corte di giustizia, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11.

¹³ Questa è la tesi sostenuta nel mio commento *Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2013. 3615, tesi poi confortata dall'orientamento del BvG di cui alla nota seguente.

¹⁴ La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto come noto garantisce un livello più elevato di tutela. V. tra le altre la sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014.

(penale e tributario) previsto dalla legge svedese, la Corte di giustizia ha ritenuto che non si producesse una violazione del principio del *ne bis in idem* (che si sarebbe concretizzata invece solo con la ripetizione del giudizio penale o comunque l'irrogazione di una nuova sanzione penale). L'estensione dell'ambito di applicazione del diritto Ue al campo del diritto processuale in ragione degli interessi finanziari dell'Unione aveva già allora suscitato preoccupazioni per la potenziale portata espansiva del diritto Ue in base alla *ratio* della decisione. Proprio per questa ragione, a seguito di tale pronuncia, il *Bundesverfassungsgericht* ha reagito prontamente nella decisione dell'aprile 2013 sul caso “database antiterrorismo”¹⁵, prospettando la concreta minaccia di una censura di atti *ultra vires* nei confronti dell'ordinamento Ue qualora si fosse insistito nell'orientamento espresso in *Fransson*.

Oltre che nell'ambito degli obblighi di tutela penale in materia tributaria, in relazione al pagamento dell'IVA, il giudice Ue era intervenuto decisamente anche nella materia del processo penale nel noto caso *Melloni*¹⁶, questione pregiudiziale promossa dal Tribunale costituzionale spagnolo a partire da un giudizio di *amparo* in relazione al rispetto del controlimite del diritto ad un processo equo. La Corte di giustizia aveva sciolto il quesito sottopostole avvalendosi dell'identico *dictum* posto in *Fransson*, in base al quale “resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”¹⁷. Nella sentenza *Melloni* si poneva la questione pregiudiziale circa la disciplina della consegna di una persona alle autorità di uno Stato membro spiccante un mandato d'arresto europeo in violazione delle garanzie costituzionali dello Stato richiesto. La prevalenza data all'effettività dello strumento del mandato d'arresto Ue, a danno della tutela di un diritto costituzionale fondamentale nel processo, è sembrata al giudice Ue una conseguenza inevitabile del necessario rispetto del primato del diritto UE¹⁸. La decisione ha

¹⁵ Il BVG ha precisato che non è sufficiente un qualsiasi nesso, di carattere meramente fattuale per considerare esteso l'ambito di applicazione della Carta. Sul punto v. M. PACINI, *Lussemburgo e Karlsruhe a duello sull'applicabilità della Carta Ue* (nota a CGE, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson e BVerfG, 1 BvR, 1215/07 del 24 aprile 2013), in *Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, settembre 2013.

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza “*Melloni*”, 26 febbraio 2013, C-399/11.

¹⁷ Naturalmente il riferimento è a standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali più elevati.

¹⁸ Il *Tribunal Constitucional* spagnolo nella sentenza del 13-2-2014 (il seguito della questione pregiudiziale che aveva sollevato nel caso *Melloni*), respinse poi il *recurso de amparo*, mutando la lettura dell'art. 24 Cost. sino ad allora invalsa (sul diritto a un processo equo), ribadendo tuttavia con forza la teoria dei controlimiti. Come sottolinea F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014, oltre alla riaffermazione (solo pro futuro) della forza dei controlimiti, la



indotto quindi la Corte costituzionale spagnola a mutare il proprio orientamento in materia di processo contumaciale, e negare quindi rilevanza al controlimite invocato dal ricorrente.

3. Legalità e disapplicazione (con effetti in *malam partem*) in materia penale a fronte degli interessi finanziari dell'Unione.

Oggi, nel caso *Taricco*, si pongono ancora quesiti in materia di interesse finanziario dell'Unione alla riscossione dell'IVA, in relazione all'adeguatezza delle norme processuali penali italiane che disciplinano la prescrizione¹⁹.

La sentenza, resa ancora una volta su di una questione pregiudiziale sollevata da un Tribunale italiano (Cuneo), indica al giudice nazionale la via della disapplicazione in *malam partem* delle norme del codice di procedura penale (artt. 160 u.c. e 161, c. 2 cp) in materia di interruzione della prescrizione, nei casi in cui esse consentono la violazione dell'obbligo di una tutela adeguatamente efficace, proporzionata e dissuasiva degli interessi dell'UE nello specifico settore delle frodi sull'IVA²⁰. La via della disapplicazione indicata dal giudice Ue non può che suscitare serie obiezioni qualora essa venga, come in questo caso, intrapresa in relazione ad un istituto, quale quello della prescrizione, che nell'ordinamento italiano, secondo giurisprudenza costituzionale costante, rientra nella materia penale sostanziale, coperta dalle due garanzie della riserva di legge e di irretroattività contenute nell'art. 25, comma 2 Cost.

Nonostante la criticità, rappresentata dalla difficoltà di giungere ad una sanzione effettiva degli illeciti fiscali in base alla disciplina italiana della prescrizione, le obiezioni costituzionali alla svolta operata con *Taricco* diventano poi ancor più insormontabili quando, come in questo caso, la soluzione della disapplicazione venga indicata come eventuale e solo in alcuni casi²¹, a fronte di

sentenza: a) abbassa lo standard di tutela; b) muta l'orientamento precedente del Tribunal; c) nega l'impatto della decisione della Corte di giustizia. In effetti, la debolezza della posizione assunta dal *Tribunal* è mostrata dalle *concurring opinions* di tre giudici costituzionali fondate sul primato del diritto Ue su cui avrebbe potuto essere meglio motivato il rigetto del ricorso di *amparo*.

¹⁹ Sul caso *Taricco* si veda ancora F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2015.

²⁰ La sentenza della Corte di giustizia ha subito suscitato la viva protesta dell'Unione camere penali italiane, espressa nel comunicato della sua giunta del 21 settembre 2015, pubblicato sul sito camerepenali.it.

²¹ Il dispositivo della sentenza infatti recita, in relazione ai richiamati artt. 160 e 161 cp, che essi, recano una disciplina "idonea a pregiudicare gli obblighi imposti dall'art. 325 c. 1 e 2 TFUE", "nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che



una norma del Trattato, quale quella posta all'art. 325 TFUE, che pare tutto sommato di difficile applicazione al caso concreto data la sua natura di norma di principio²². Disapplicando la norma del codice penale e mancando nell'ordinamento Ue una norma più specifica da applicare, non potrà che essere il giudice nazionale italiano, caso per caso, a creare la norma da applicare alla fattispecie, con tutto ciò che ne potrà derivare in termini di disparità di trattamento e di incertezza del diritto, oltre che in relazione al rispetto delle garanzie di cui all'art. 25 Cost.

Oltre a questi profili, pare emergere un ulteriore aspetto di particolare rilevanza. La disapplicazione della norma sulla prescrizione, che in definitiva si traduce in una compressione delle garanzie del singolo nel processo penale, viene ad essere richiesta in ragione dell'esigenza di tutelare non principi o diritti di pari rango costituzionale, ma le esigenze finanziarie dell'Unione. I penalisti non hanno tardato a denunciare come ciò rischi di produrre una "espansione temporale (pressoché illimitata) dello *ius puniendi*"²³ a danno dei diritti della persona che si trovi ad essere imputata nel processo. Più in generale, quello operato dalla Corte di giustizia di fatto parrebbe una sorta di bilanciamento tra art. 325 TFUE, a salvaguardia del gettito nel bilancio Ue, e principio di legalità, a tutela dei diritti della persona nel processo, oltre che della prevedibilità e imparzialità della decisione giudiziaria. Un simile bilanciamento, in base alla giurisprudenza costituzionale italiana sull'incomprimibilità e superiorità dei controlimiti rispetto a ogni altra norma, anche di rango costituzionale²⁴, non parrebbe peraltro essere consentito.

Ciò emerge a maggior ragione se si considera poi che, nella giurisprudenza costituzionale sin qui stratificatasi sui principi fondamentali della Costituzione, invalicabili da qualsiasi fonte e di qualunque provenienza essa sia, le norme che disegnano il sistema della tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione (sent. 18 del 1982, ma anche sentt. n. 98 del 1965, 183 del 1973, 232 del

spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE".

²² Art. 325 TFUE. 1. Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

²³ Come rilevato dall'Unione camere penali, nel comunicato cit.

²⁴ Mentre la giurisprudenza costituzionale più recente, in particolare v. sent. 10 e 178 del 2015, (v. in giurcost.org i relativi commenti) ha mostrato come si sa, alcuni significativi cedimenti in relazione al ruolo dell'art. 81 Cost.

2989) sembrano avere uno spazio privilegiato. Tra esse non può che collocarsi anche la disciplina posta all'art. 25, comma 2, Cost.

Proprio all'indomani della decisione della Corte di giustizia è intervenuta la prima disapplicazione delle norme sulla prescrizione sulla base della sentenza *Taricco* da parte della terza sezione della Corte di cassazione²⁵, con una sentenza che ha provocato forse un certo allarme nella Corte d'appello di Milano, che ha quindi rimesso la ricordata questione di legittimità costituzionale sopra ricordata alla Corte costituzionale²⁶. La Cassazione ha ritenuto che, in un certo qual modo, il diritto europeo (CEDU e UE) sottragga l'istituto della prescrizione alle garanzie del diritto penale sostanziale, ritenendo inoltre, discutibilmente, che la preesistenza della norma ora contenuta nell'art. 325 TFUE ponga al riparo la "dottrina *Taricco*" dall'impropria conseguenza della retroattività. Una conseguenza che sarebbe inammissibile, considerando che si tratterebbe di una disposizione suscettibile di produrre altrimenti sugli imputati effetti retroattivi in *malam partem*²⁷.

Nella decisione sul caso *Taricco*, la risposta molto forte data dal giudice Ue al quesito pregiudiziale che gli era stato sottoposto, in effetti potrebbe celare una sorta di censura nei confronti del ruolo improprio oramai giocato dallo strumento della prescrizione nel processo penale italiano. Tale dato potrebbe rendere la sentenza *Taricco* in un certo senso assimilabile alle sentenze per violazione strutturale della CEDU pronunciate dalla Corte di Strasburgo. Questo aiuterebbe a comprendere il perché la Corte si sia spinta così in là. Da questo punto si deve quindi tentare di ripartire per impostare correttamente le problematiche questioni coinvolte nella vicenda.

Una chiara sistematica dei rapporti tra fonti naturalmente dovrebbe essere alla base di una corretta ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti, per cui la mancanza del carattere della diretta applicabilità dell'art. 325 (elemento necessario a produrre la conseguenza della disapplicazione) dovrebbe rappresentare un primo tassello di questo ragionamento.

Tuttavia, il coinvolgimento dei controlimiti richiede di scendere più in profondità rispetto al mero rapporto tra fonti interne ed europee, portando il livello di indagine sino al cuore dei processi di

²⁵ Cassazione, III sezione penale, sent. 15 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, Pres. Franco, Est. Scarcella, su cui criticamente v. G. FIORENTINO, *La Corte di Cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza Taricco*, in *Questione giustizia*, 2015, in corso di pubblicazione.

²⁶ Come sottolineato da F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 settembre 2015

²⁷ Approfondisce questi aspetti penalistici F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2016.



integrazione, rispetto ai quali certe problematiche, come dimostra bene l'evoluzione proprio dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia nell'UE, andrebbero meglio chiarite una volta per tutte nelle norme del Trattato, mettendo così al riparo quelle del codice penale sotto l'ombrello di quelle poste nelle Costituzioni statali.

Su di un piano diverso si colloca il ragionamento dipanato nella sentenza della Corte di giustizia, in cui la disapplicazione delle norme sulla prescrizione è richiesta e ad un tempo affidata dal giudice Ue al giudice comune interno. Se entrambe le prospettive sono rilevanti e non potranno essere sottovalutate dalla Corte costituzionale nell'esame della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, un chiaro discorso sui controlimiti all'ingresso delle fonti, e conseguentemente sul rispettivo ruolo delle due Corti non dovrebbe essere evitato.

Di entrambi i livelli si dovrà far carico la Corte costituzionale, a prescindere dalla soluzione per cui potrà optare, ossia tra l'uniformarsi alla lettura prevalente in Europa, che legge la prescrizione come istituto processualistico, o il restare fedele alla propria giurisprudenza che la ascrive al diritto penale sostanziale, come tale soggetto alla piena garanzia dell'art. 25, c. 2.

4. Italia vs Germania e l'uso “proattivo” dei controlimiti.

La questione sui controlimiti che oggi è sottoposta alla Corte costituzionale²⁸ a seguito del caso Taricco appare ancor più delicata alla luce della vicinanza temporale con l'altra già decisa nel 2014 e ancora piuttosto “calda”, quanto meno con riferimento ai tempi ordinariamente necessari per una evoluzione o una netta inversione di tendenza della giurisprudenza costituzionale. La considerazione nasce dagli effetti della sentenza del 2014, con cui la teoria dei controlimiti sembra insomma aver cessato di rappresentare un mero deterrente, ovvero un'arma sempre agitata, ma mai concretamente brandita dal giudice costituzionale, dopo che essa è stata applicata nell'ambito della controversia relativa alle immunità degli Stati dalla giurisdizione per gli atti *iure imperii*²⁹.

La questione di costituzionalità era giunta come già si ricordava alla Corte costituzionale in via incidentale. Si può complessivamente ritenere che essa sia stata accolta (come si vedrà delle tre questioni solo una è stata rigettata nel dispositivo, ma nei sensi di cui in motivazione), dopo esser stata decisa in modo difforme nelle più alte istanze giurisdizionali interne e sovranazionali. Non è

²⁸ I paragrafi 4 e 5 riprendono in parte e rielaborano alcune considerazioni che ho svolto nel commento alla sentenza n. 238 del 2014 già pubblicato in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, 2015.

²⁹ Anche se, come emerge dal seguito del discorso, anche in questo caso la Corte ha esercitato una certa cautela scegliendo di rigettare la prima – e la più delicata – tra le questioni di legittimità costituzionale che le erano state sottoposte.

solo questo l'elemento che fa della sentenza n. 238 un caso molto importante, giacché essa ha molto a che fare con la storia, e con il ricordo dei drammatici eventi della seconda guerra mondiale, elemento che non può non aver gravato di un *surplus* di responsabilità il giudice costituzionale. Si può parlare in proposito di responsabilità, sia ritenendo che la Corte abbia probabilmente voluto dare finalmente un segnale di giustizia a chi da tanto lo attendeva, ma anche in relazione alle possibili conseguenze sul piano internazionalistico della sentenza nei rapporti dello Stato italiano con la Germania e con la CIG.

Tra i tanti livelli di lettura della decisione, ferma restando la prospettiva di una riflessione sul ruolo dei controlimiti, per i costituzionalisti la prospettiva del rapporto tra Corti è invitante ed evidente sullo sfondo di una sentenza che offre però mille affascinanti spunti anche sul piano del processo costituzionale. Tra i principali problemi coinvolti, va sottolineato quello già ricordato del rapporto tra la sovranità dello Stato (alla base dell'antica regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione) e la garanzia dei diritti fondamentali, oggi centrali anche nell'evoluzione del diritto internazionale e chiave di volta dei rapporti tra diversi livelli ordinamentali di fronte ad una sovranità sempre più in crisi³⁰.

La Corte si è trovata dunque, nuovamente a fare i conti con i confini tra diritto interno – i principi supremi della Costituzione – e diritto proveniente “dall'esterno” dell'ordinamento italiano.

La sentenza n. 238 scioglie infatti tre questioni di costituzionalità per così dire concentriche, perché la seconda e la terza appaiono serventi e strumentali rispetto alla prima. Si tratta della questione di legittimità costituzionale riguardante la norma di adattamento al diritto consuetudinario internazionale introdotta nel nostro ordinamento in base all'art. 10, comma 1, Cost., così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia nel 2012, a seguito di un orientamento della Corte di Cassazione italiana volto a disattendere la consuetudine stessa³¹. Il dubbio di costituzionalità della norma che sottrae alla giurisdizione del giudice nazionale gli atti *iure imperii* di altri stati (in questo caso la Germania del Terzo Reich) è stato promosso dal Tribunale di Firenze in relazione agli artt. 2 e 24 Cost. Le altre due questioni, come si diceva correlate, riguardano rispettivamente l'art. 94 della Carta ONU³² da cui deriva l'efficacia delle

³⁰ Con particolare attenzione alla teoria dei contro limiti, finalmente applicata, la legge, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Questione giustizia* 1/2015, 84. Nella lente del rapporto tra corti invece, ad es. A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 5 novembre 2014.

³¹ Corte di Cassazione S. U., sent. n. 5044 del 2004, *caso Ferrini*, cui seguì la sentenza del 3 febbraio 2012, *Germania vs. Italia* della Corte internazionale di giustizia.

³² Reso esecutivo dalla legge n. 848 del 1957.



sentenze della Corte internazionale di giustizia ed in particolare della sentenza del 2012 che obbliga l'Italia al rispetto della consuetudine, ed infine la norma della convenzione di New York relativa all'istituto contestato dell'immunità dalla giurisdizione, attuata mediante legge n. 5 del 2013³³. Tale norma è censurata “nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi ‘iure imperii’ dal Terzo Reich nel territorio italiano”.

Un primo fondamentale problema che la Corte si trova ad esaminare riguarda la sindacabilità della norma di origine consuetudinaria nell'interpretazione resane dalla CIG. Sorvolando in questa sede per ragioni di sintesi su un pur rilevante ostacolo, derivante dal precedente di cui alla sentenza n. 48 del 1979, che aveva ritenuto sindacabili le sole consuetudini sorte dopo l'entrata in vigore della Costituzione³⁴, è opportuno, per le riflessioni che si intende svolgere in questa sede, soffermarsi invece sul richiamo testuale svolto nella sentenza all'art. 134 Cost. Proprio il riferimento all'enumerazione degli *atti sindacabili* ex art. 134 Cost. avrebbe in effetti dovuto indurre il giudice costituzionale ad argomentare circa le basi su cui si potesse svolgere un giudizio sulla norma interna di adattamento prodotta, (a prescindere dalla questione circa la sua collocazione sul piano costituzionale o su quello della legge ordinaria³⁵), in via indiretta ex art. 10, e non recata nell'ordinamento da alcuna disposizione³⁶.

³³ Legge 14 gennaio 2013, n. 5, Adesione della Repubblica italiana alla convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno.

³⁴ In tale pronuncia si era affermato che, “nel contrasto fra norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano mediante l'art. 10, primo comma, Cost. e principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, devono essere questi ultimi a prevalere”. Si era allora ritenuto “per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale”. Da ciò si era da allora conseguentemente fatto discendere che ciò non fosse possibile nella diversa ipotesi del giudizio su norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione. La sentenza del 2014 nega la fondatezza di tale assunto, rileggendo l'art. 134 Cost. congiuntamente all'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 e alla sentenza n. 1 del 1956, ad ulteriore conferma dell'irrilevanza dell'essere l'oggetto del giudizio di costituzionalità precedente o successivo all'entrata in vigore della Costituzione. L'avvocatura aveva invocato, come argomento sulla non sindacabilità di consuetudini anteriori alla Costituzione le sentenze nn. 48 del 1979, 471 del 1992, 15 del 1996, 262 del 2009.

³⁵ Su questi problemi, v. per tutti, S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 35 ss

³⁶ Da questo punto di vista non si può che rinviare alle indimenticabili pagine di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 47 sulle disposizioni senza norma e le norme senza disposizione.



Analogamente, posto che la disposizione all'art. 134 chiaramente ritiene sindacabili solo gli atti imputabili allo Stato o alle Regioni³⁷, non potendosi rinvenire certamente la caratteristica della provenienza dalle Regioni, si poteva forse tentare la via di una riflessione sulla possibilità di qualificare le stesse come norme imputabili allo Stato, in quanto immesse nell'ordinamento in forza del meccanismo del trasformatore permanente di cui all'art. 10 Cost.

La sentenza n. 238 non affronta le due problematiche questioni invece, ritenendo solo che siano sindacabili dalla Corte “tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo”, una nozione da essa peraltro mai applicata, come dimostra la sottrazione dal sindacato di costituzionalità dei regolamenti parlamentari³⁸.

Oltre ai problemi richiamati, un ostacolo non meno significativo sulla strada del giudice costituzionale, nell'esaminare questa prima questione, era sicuramente rappresentato dal meccanismo del rinvio di cui all'art. 10, c. 1, Cost., strumento che presuppone separatezza e indipendenza tra ordinamento interno ed esterno, creando un raccordo permanente che permette la creazione di norme identiche o sostanzialmente corrispondenti a quelle di volta in volta richiamate. Nella sentenza n. 238, invece, la norma cui si rinvia viene, secondo il giudice costituzionale, ad essere recepita solo parzialmente nell'ordinamento italiano, in quanto contrastante con principi e diritti inviolabili (3.4). Alla luce di tale lettura la prima questione è stata dichiarata infondata, poiché la “norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost., non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona” (3.5). La consuetudine avrebbe insomma prodotto i suoi effetti nell'ordinamento italiano limitatamente alla parte in cui non comporta la violazione di diritti fondamentali³⁹.

L'effetto del rinvio operato dall'art. 10 appare tuttavia anomalo, poiché anziché richiamare la norma come essa vive nell'ordinamento originario, si procede insomma nei fatti a modificarla. Il giudice costituzionale dichiara apertamente che tale esito interpretativo è orientato a contribuire a modificare una consuetudine (3.3) così come, in passato, i giudici comuni avevano fatto con

³⁷ Così, con una chiara sottolineatura dei problemi processuali, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogeneità dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, cit., in *Questione giustizia*, 1/2015, cit. Sullo stesso fascicolo v. anche F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*.

³⁸ Da ultimo ribadita e confermata dal giudice costituzionale nella sua sentenza n. 120 del 2014.

³⁹ Questa posizione è confermata dalla Corte costituzionale nella successiva ordinanza n. 30 del 2015, nella quale però si preferisce declinare la questione nella chiave, tutto sommato più convincente, dell'inammissibilità che della manifesta infondatezza.



riferimento proprio all'immunità degli Stati dalla giurisdizione, in regime di Costituzione flessibile⁴⁰. In base alla lettura della sentenza n. 238, la consuetudine insomma, per la parte confliggente con i principi supremi, non viene a prodursi nell'ordinamento interno anche in forza dell'art. 11 Cost.

La forte volontà avvertibile circa la scelta di merito del giudice costituzionale unitamente alla necessità di tener conto degli equilibri interni al collegio giudicante sembrano insomma essersi riverberati in qualche misura sulla coerenza interna e le scelte processuali compiute nella decisione. Ciò non potrà che produrre qualche ripercussione naturalmente, perché il dispositivo di rigetto, lasciando la norma in vigore, consentirà ai giudici comuni di continuare ad interpretarla per quello che essa dispone, a danno dei diritti che, pur con tanta decisione, si è tentato di far valere come controlimiti.

Proprio uno degli obiettivi che si può ritenere fossero principalmente perseguiti, quello cioè di evitare di attribuire ai giudici comuni un margine eccessivo di discrezionalità, potrebbe essere quindi stato mancato, laddove in definitiva si affida agli stessi un precedente rischioso, con cui si ritengono “modificabili” le norme oggetto di rinvio, con il rischio di scivolosissime ricadute della pronuncia sulla giurisprudenza ordinaria, soprattutto di merito.

Sarebbe stato probabilmente preferibile scegliere più nettamente una tra le due opzioni interpretative individuabili. Se infatti il rinvio opera, si doveva insomma leggere la norma internazionale che viene a riprodursi nell'ordinamento interno in modo identico a come la si leggeva nell'ordinamento di origine e caducarla, dando ai controlimiti la funzione di concreto parametro del giudizio di costituzionalità e non solo di invisibile barriera all'ingresso di frammenti di norme consuetudinarie. Aderendo invece alla tesi per cui il trasformatore permanente di cui all'art. 10 funge da filtro in relazione alla necessità di rispettare i principi supremi ed i diritti inviolabili della Costituzione, così come sembra fare la Corte costituzionale, la questione di legittimità costituzionale, avrebbe dovuto essere ritenuta inammissibile per difetto di rilevanza, anziché non fondata nei sensi di cui in motivazione, come avvenuto poi in altra analoga questione successivamente decisa⁴¹.

⁴⁰ Forse la preoccupazione del giudice costituzionale di contribuire inoltre ad evitare discutibili operazioni di disapplicazione da parte dei giudici ordinari sembra poter essere avvertita sullo sfondo di questa scelta. Analogamente F. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 13 novembre 2014.

⁴¹ Così come del resto la Corte fa poi nell'ordinanza n. 30 del 2015.



5. I controlimiti visti dall'altro lato... dello specchio

L'antefatto, non solo da un punto di vista storico, ma anche giurisprudenziale di questa questione di costituzionalità chiarisce molti aspetti della complessa vicenda, i cui snodi principali sono ripercorsi nella corposa decisione della Corte internazionale di giustizia del 2012 nel caso Germania contro Italia. Allora, come ricorda il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione, "la CIG ha ritenuto di non dover valutare l'interferenza tra la tutela del diritto fondamentale della persona umana ed il principio di sovranità dello Stato chiamato a rispondere del fatto illecito, escludendo l'esistenza di un conflitto tra norme di *ius cogens* materiali e norme (come quella sull'immunità) ritenute formali o processuali in quanto operanti su piani differenti". Naturalmente la prospettiva del giudice costituzionale su questi problemi non può che essere diversa, come emerge nella sentenza n. 238, laddove si sottolinea che gli artt. 2 e 24 Cost., nonostante "la diversità di piano, sostanziale e processuale", hanno una comune rilevanza, per cui "sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela".

La Corte internazionale di giustizia nella sua sentenza ha invece ritenuto non sussistere un conflitto tra le norme di *ius cogens* a tutela dei diritti fondamentali, ed in particolare tra il diritto alla tutela giurisdizionale e i diritti inviolabili della persona azzerati dai fatti di deportazione commessi dalle forze armate del Terzo Reich, e l'immunità dalla giurisdizione. La negazione dell'antinomia, ritenuta invece così evidente dal giudice costituzionale italiano, nella più alta sede giurisdizionale internazionalistica appare più facilmente comprensibile se si riflette sulla differente prospettiva e, si potrebbe dire, il diverso universo di riferimento in cui operano i due giudici⁴². La dottrina più attenta ha in effetti evidenziato come, nella prospettiva internazionalistica, da sempre caratterizzata da flessibilità delle fonti, ruolo rilevante delle consuetudini e un articolato pluralismo di sistemi normativi, non si possa che concordare con l'asserita assenza di un conflitto, pur ammettendo che "the absence of a normative conflict between the two sets of rules does not

⁴² Per il giudice internazionale, peraltro, la questione dell'immunità dalla giurisdizione è una questione preliminare, che come tale va esaminata prima di entrare nel merito del giudizio e prescindendo da esso. È questa la ragione per cui la tesi dell'Italia, secondo cui, in caso di violazione di diritti umani e di crimini di guerra l'immunità verrebbe meno, in quella sede non è stata accolta. Da questo punto di vista è rilevante altresì il richiamo alla giurisprudenza costante della Corte di Strasburgo che esclude che i crimini di guerra e il diritto umanitario possano far venir meno l'immunità dalla giurisdizione degli Stati. V. Corte EDU, Mc Elhinney c. Irlanda, ricorso n. 31253/96 sentenza del 21-11-2001; recenti orientamenti di senso opposto vanno tuttavia segnalati (Al Skeini c. Regno Unito e Al-Jedda c. Regno Unito, decisi il 7 luglio 2011). L'Italia aveva argomentato dinanzi alla CIG che "it was because of the cumulative effect of the gravity of the violations, the status of the rules violated and the absence of alternative means of redress that the Italian courts had been justified in refusing to accord immunity to Germany"



exclude the existence of particular situations in which the application of one fully deprives the other of its effectiveness”⁴³

La prospettiva interna è, come è noto, del tutto diversa. In essa, l'esigenza profonda di coerenza complessiva dell'ordinamento trova un suo punto cardine nell'unitarietà del sistema delle fonti, che, nonostante le trasformazioni e torsioni che esso subisce, non tollera la violazione del principio di gerarchia, soprattutto laddove, come in questo caso, vengano in rilievo i principi supremi della Costituzione, chiaramente enunciati in una pluridecennale giurisprudenza costituzionale sui limiti alle leggi costituzionali e di revisione costituzionale, oltre che all'ingresso di norme da altri ordinamenti incompatibili con tali principi⁴⁴. Tra essi, come già si è ricordato, il più chiaramente enucleato da una giurisprudenza che ha spaziato dai rapporti con l'Ue, al diritto concordatario, a quello internazionale⁴⁵, è proprio il diritto alla tutela giurisdizionale, coinvolto nella vicenda che ha visto protagoniste la magistratura italiana, chiamata a garantire i diritti dei deportati della seconda guerra mondiale e la Germania.

In questo quadro, il ruolo dei controlimiti non ha in alcun modo inficiato sin qui “l'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali”, che “incontra i limiti necessari a garantirne l'identità e, quindi, innanzitutto i limiti derivanti dalla Costituzione”⁴⁶.

Le esigenze di un'unitaria coerenza, se non di garanzia di una gerarchia tra le fonti non sono naturalmente avvertite, o comunque non lo sono analogamente, nel diritto internazionale, ambito nel quale, per sua stessa natura, si producono asimmetrie e deficienze strutturali storicamente derivanti dalla pari sovranità di tutti gli Stati, e quindi dall'inesistenza di un'autorità superiore in grado di imporre la prevalenza di una norma fondamentale⁴⁷.

L'integrazione sempre più stretta e profonda tra gli ordinamenti degli Stati dovuta all'accelerazione dei processi di integrazione nella sfera internazionale e di globalizzazione in atto, che porta continuamente nella sfera statale nuove norme provenienti dall'esterno, prodotte

⁴³ E. CANNIZZARO e B. BONAFÈ, *Of Rights and remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 838.

⁴⁴ Basti richiamare qui, per tutte, la sentenza “madre” n. 1146 del 1988.

⁴⁵ Sul tema sia consentito rinviare al mio *Il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione nella Giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali, alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” Capri, 3-4 giugno 2005, a cura di S. STAIANO, Torino, 2006, 361 ss.

⁴⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 73 del 2001 (sul caso Silvia Baraldini).

⁴⁷ V. sul punto E. CANNIZZARO, *On rights and remedies*, cit., ove si fa riferimento tuttavia al “diritto primario e secondario” relativamente a diritti e strumenti di tutela, ma in prospettiva diversa da quella meramente interna; v. anche ID., *Diritto internazionale*, Torino 2014.

anche per via giurisprudenziale nella sfera sovranazionale ed internazionale, sembrerebbe richiedere a questo punto tuttavia di praticare il tentativo di avvicinare le due differenti prospettive (internazionalistica e costituzionale) allo scopo di perseguire progressivamente un minimo di coerenza in relazione ai principi supremi derivanti dal patrimonio costituzionale degli Stati, oggi rivendicati, più o meno decisamente dalle diverse Corti costituzionali. Ed è proprio negli ambiti in cui i processi di integrazione stanno avanzando più velocemente che infatti, non casualmente, la garanzia dei controlimiti in Italia sta vivendo una fase di decisa riaffermazione.

Il richiamo svolto anche nella sentenza n. 238 all'evoluzione in atto nell'ordinamento dell'Unione europea, col riferimento alla giurisprudenza "Kadi" della Corte di giustizia UE⁴⁸ appare a questo punto non casuale e mostra la debolezza di una prospettiva tutta legata solo alla tradizione giuridica internazionalistica e che non tenga conto dell'evoluzione più recente in materia di diritti. Ancora, dal punto di vista internazionalistico l'elaborazione in epoca più recente della categoria dello *jus cogens*, così come gli orientamenti che tentano di propugnare la costituzionalizzazione del diritto internazionale, consentirebbero di ravvisare un avvicinamento tra le due richiamate prospettive⁴⁹. In questo senso, infatti, oltre al problema del conflitto tra la norma consuetudinaria con i principi supremi/controlimiti, ci si dovrebbe porre quello del contrasto tra la consuetudine dell'immunità degli Stati e lo *jus cogens* in materia di diritti umani. Appare tuttavia illusorio pensare che la plurisecolare elaborazione del diritto internazionale possa mutare la propria struttura di fondo, ed accomodarsi in una prospettiva dogmatica completamente diversa.

6. Controlimiti 2.0 non più un deterrente ma un argine concreto, non solo in Italia: il BVG e il controllo di identità costituzionale

È inutile negare che la concreta azionabilità dei controlimiti da parte del giudice costituzionale nel caso oggi sottoposto al suo esame e relativo alla disciplina della prescrizione nel processo penale appare, nonostante le riflessioni sin qui svolte, quanto meno difficoltosa, anche perché tra i principi supremi stessi potrebbe essere ritenuto rientrare quello dell'apertura dell'ordinamento italiano ex 11 Cost. all'ordinamento internazionale e sovranazionale, sebbene si tratti di un'apertura parziale e condizionata, come è ben noto⁵⁰. La situazione si presenta dunque molto

⁴⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea.

⁴⁹ Sul tema R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista di diritto costituzionale* 4/2014, del 10-10-2014.

⁵⁰ V. commento all'Art. 11. di, M. CARTABIA – L. CHIEFFI, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Milano 2006, 263ss.



complessa se si pensa poi al momento difficile attraversato dall'Unione europea e dalle tensioni molto forti che negli ultimi anni si sono venute a manifestare al suo interno e nei rapporti tra Stati membri, prima ancora che tra le rispettive Corti.

Una delle tante prove di questa situazione emerge da ultimo, proprio in relazione agli ambiti qui esaminati, nella recente decisione del secondo senato del BVerfG⁵¹ nella quale il giudice costituzionale tedesco ha svolto per la prima volta il controllo di identità costituzionale a tutela dei diritti fondamentali di cui all'art. 1 GG, in relazione all'applicazione di un atto normativo Ue⁵². La decisione, nel richiamare l'art. 4 del TUE, nel quale si prevede il necessario rispetto dell'identità costituzionale degli Stati, per molti versi si ricollega al già richiamato caso Melloni, disattendendone il *decisum*⁵³, riguardando l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo spiccato da un giudice italiano per l'esecuzione di una sentenza pronunciata in contumacia. Nello stabilire che tale provvedimento, adottato ai sensi della decisione quadro che disciplina l'istituto, non avrebbe dovuto essere eseguito dal giudice tedesco (di cui viene dunque annullata la decisione), poiché l'ordinamento italiano non consentirebbe al condannato in contumacia ignaro del procedimento penale a suo carico di difendersi adeguatamente, il giudice costituzionale tedesco coglie l'occasione per precisare le coordinate del controllo del rispetto dell'identità costituzionale tedesca da parte dell'UE in relazione alla necessaria tutela del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. Un messaggio duplice dunque, all'UE, ma forse anche all'Italia, protagonista nella sentenza n. 238 di un gesto di sfida probabilmente non molto gradito a *Karlsruhe*.

L'UE si attenda a questo punto che la tutela dei principi fondamentali del *Grundgesetz*, a fronte del diritto Ue accettato “*so lange*” esso rispetta determinati livelli minimi di garanzia, possa passare attraverso il controllo sull'identità costituzionale di cui all'art. 4 TUE.

Anche l'importante decisione tedesca contribuisce a dimostrare come la questione dei principi supremi/controlimiti si stia manifestando sempre più intensamente sul versante degli obblighi europei ed internazionali, alla luce delle accelerazioni e tensioni in atto nei processi cui già si è fatto riferimento⁵⁴.

⁵¹ Decisione del 15 dicembre 2015, BVerfG 2735/14.

⁵² Il comunicato stampa n.4/2016 è del 26 gennaio 2016 e può essere letto sul sito del *Bundesverfassungsgericht*.

⁵³ Così la nota sull'Osservatorio Europa, sul sito *camerepenali.it*, “*Questione di dignità? L'identità costituzionale degli Stati membri come controlimiti al primato del diritto comunitario*”. Da Melloni a R. (aspettando la decisione sul caso *Taricco*): un commento alla sentenza del 15 dicembre 2015 del *Bundesverfassungsgericht*, ricorrente R., di N. Canestrini

⁵⁴ Si veda invece P. FARAGUNA, cit., che riflette circa la potenziale azionabilità degli stessi in relazione alla riforma costituzionale in fase di approvazione definitiva presso la Camera.



In tali ambiti il problema solleva riflessioni anche in relazione agli artt. 11 e 117 c. 1, Cost. Tali parametri rischiano di collocarsi in una posizione in qualche misura “antagonistica” rispetto ai controlimiti, pur non dovendosi confondere con essi, rilevando gli artt. 11 e 117 c. 1 come parametro nelle questioni di legittimità che possono sorgere in relazione alle fonti interne, mentre il problema del rispetto dei controlimiti viene ad essere sollevato in sede di applicazione delle fonti sovranazionali⁵⁵. Che queste ultime si caratterizzino per lo più per la loro derivazione giurisprudenziale può forse costituire la chiave di volta che il giudice costituzionale italiano potrebbe azionare per disinnescare simili questioni, con un occhio al recupero delle sedi decisionali rappresentative e politiche.

La materia trattata nel caso Taricco, da questo punto di vista, non sembrerebbe consentire pronunce che lascino ancora aperte questioni interpretative⁵⁶. Il processo penale o è disciplinato da regole certe, chiare, predeterminate per legge, o rischia di trasformarsi in qualcosa di diverso, sia da ciò che è previsto nella Costituzione italiana, ma anche da quanto richiesto dalle Carte internazionali ed europee dei diritti.

⁵⁵ Cfr. R. APRATI, *Il protocollo dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cassazione penale*. 2015

⁵⁶ Come è invece avvenuto per la sent. n. 238, rispetto alla quale, tra le altre si pone ancora la questione della perdurante vigenza della disciplina posta nella legge n. 5 del 2013 non aggredita dal giudice *a quo*, che rende applicabile l'immunità dalla giurisdizione. Dando esecuzione alla convenzione di New York (art. 2), oltre a prevedere l'impugnabilità per revocazione delle decisioni, anche se passate in giudicato, in violazione di pronunciamenti della CIG. Resta dunque in vigore la norma sostanziale sull'immunità dalla giurisdizione, norma che i giudici italiani sono tenuti ad applicare nei giudizi sorti dopo l'entrata in vigore della convenzione (art. 4). 7. Già nel 1979 era stato sottolineato come sia “caratteristico delle immunità giurisdizionali (...) che nel momento in cui paiono offuscarsi le ragioni che storicamente ne avevano determinata la nascita, di esse si finisca per cogliere il solo aspetto di concessione di odiosi ed ingiustificati privilegi personali, di cui non potrebbe non auspicarsi un qualche ridimensionamento”, così R. NANIA, nota a sent. 48 del 1979, in *Giurisprudenza costituzionale* 1979.