

Costanza Bernasconi

SOMMARIO 1. L'(enorme) apporto della giurisdizione al processo di 'europeizzazione' del diritto. — 2. La fisiologica diversità del diritto penale nel complesso rapporto di integrazione tra ordinamenti. — 3. L'accresciuta complessità dei meccanismi di integrazione europea. — 4. Le dinamiche di penetrazione per via giudiziale del diritto eurounitario nell'ordinamento interno: l'interpretazione conforme. — 5. La non applicazione del diritto interno contrastante con il diritto eurounitario. — 6. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una "precisazione" in tema di disapplicazione. — 7. Il giudice comune e la CEDU. — 8. I peculiari (e diversi) meccanismi di penetrazione del diritto CEDU nell'ordinamento interno. — 9. La delimitazione della materia penale ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali. — 10. Considerazioni conclusive.

1. L'(enorme) apporto della giurisdizione al processo di 'europeizzazione' del diritto

Il giudice è un centro di raccordo straordinariamente importante tra diritto penale nazionale e diritto europeo¹. Quest'ultimo, infatti, penetra nel nostro ordinamento, oltre che attraverso l'attività di recepimento ad opera del legislatore nazionale, anche in larga misura proprio in quanto veicolato dall'attività costante e diffusa dei giudici².

¹ Come è stato, infatti, ricordato, il giudice nazionale assume "il ruolo di giudice 'europeo' alla luce della sua innovativa e peculiare posizione rivestita nel crocevia dei rapporti interordinamentali". Così A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2011, 112. In termini più generali, sul ruolo crescente che ha assunto il giudice nei sistemi giuridici contemporanei caratterizzati dal pluralismo delle fonti, per tutti, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008, in particolare 99 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, in particolare 14 ss.; V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *La Giust. pen.*, 2014, I, in particolare 81 ss.; M. CARTABIA, *Diritti, giudizi, conflitti*, in *Ars interpretandi*, 2015, 33 ss.; G. RICCARDI, *La Corte di Giustizia tra "dialoghi" e "monologo" nella saga Taricco: silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2018; O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2017, 1.

² In argomento, tra gli altri, R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2017, che ricorda

Come meglio si vedrà, le dinamiche attraverso le quali si può realizzare siffatta penetrazione per via giudiziaria del diritto europeo nell'ambito dello *ius criminale* sono riconducibili essenzialmente all'interpretazione conforme e alla non applicazione della norma interna confliggente con quella eurolunitaria. Si tratta in entrambi i casi – è facile intuirlo – di meccanismi destinati ad affidare le sorti del diritto nazionale a decisioni con efficacia limitata al caso concreto³, difficilmente controllabili, intrise di un elevato tasso di discrezionalità e, conseguentemente, di imprevedibilità.

Ma anche nelle ipotesi in cui il giudice nazionale, a fronte di un dubbio di compatibilità del diritto nazionale con il diritto europeo, decida di ricorrere al rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia o di sollevare questione di legittimità costituzionale, occorre avere ben presente che si tratta comunque di rimedi la cui attivazione è rimessa, ancora una volta, alla sensibilità (oltre che alla preparazione tecnica) del soggetto investito della giurisdizione, cui spetta, *inter alia*, l'individuazione dei concreti profili e parametri di legittimità in relazione ai quali chiedere l'intervento delle Corti supreme⁴.

Non si può, poi, non essere d'accordo con chi ci ricorda che è ancora un giudice (quello costituzionale) che eventualmente dichiara l'illegittimità ex art. 117 Cost. di disposizioni contrastanti con la CEDU, in ragione del ruolo di "norme interposte" assunto dalle norme convenzionali⁵; ed è, altresì, un giudice (quello di Strasburgo) che indica la via a quello nazionale, posto che i parametri CEDU vanno assunti nel contenuto loro dato dall'interpretazione della Corte dei diritti dell'uomo; "così come sono i giudici di Lussemburgo che, interpretando pregiudizialmente il diritto europeo

come la dinamica originata dal processo di integrazione europea renda il giudice ordinario, in qualità di giudice europeo, "veicolo prioritario del diritto europeo nel contesto ordinamentale interno, e in tale suo ruolo gravato da precisi obblighi (interpretazione conforme, disapplicazione) in vista dell'efficace attuazione del diritto dell'Unione (...), elemento al tempo stesso di saldatura (e tenuta) del sistema integrato di ordinamenti ma anche di possibile rottura (degli equilibri) dell'ordinamento interno in cui esso opera, laddove assolvesse a tale suo ruolo esorbitando i limiti fisiologici della funzione allo stesso attribuita".

³ F. C. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di R. E. KOSTORIS, Bologna, 2017, 242.

⁴ In particolare il rinvio pregiudiziale è stato definito uno strumento di collegamento tra i due ordinamenti nella forma di un dialogo "da giudice a giudice". Così E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, in www.europeanrights.eu, 18 maggio 2009, § 3.2.

⁵ V. *infra* § 7.

direttamente applicabile in Italia e prevalente su quello interno incompatibile, suggeriscono la parte ai giudici nazionali”⁶.

E non è tutto. Come è stato efficacemente osservato, infatti, la rivoluzione nel sistema multilivello delle fonti ha “innescato un processo di profonda trasfigurazione del ruolo del giudice, la cui opera quotidiana assomiglia sempre più a quella di un rapsodo o, meglio, di un *bricoleur*, coprotagonista del legislatore nella ricomposizione di una trama normativa che (...) appare ormai come un mero semilavorato nelle mani, anzitutto, di chi deve applicarla”⁷. Cresce, dunque, l’apporto dell’interprete nell’individuazione della *regula iuris* e cresce il favore nei confronti di parametri valutativi fluidi, liquidi, che attingono a differenti universi culturali e valoriali.

Già da queste poche considerazioni introduttive dovrebbe apparire chiaro il (problematico) relevantissimo apporto della giurisdizione alla concretizzazione del diritto europeo nel diritto penale interno, in un contesto applicativo che potrebbe, paradossalmente, anche risultare foriero di un certo senso di smarrimento per lo stesso interprete, chiamato a ricomporre un singolare *patchwork* di plurimi standard normativi di riferimento e a destreggiarsi nell’ambito della moltiplicazione di istanze giurisdizionali chiamate a darvi applicazione⁸.

La tendenza ad uno sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione – fenomeno che sembra invero essere diventato una costante dell’esperienza giuridica attuale⁹ – risulta dunque addirittura amplificata dai meccanismi di intersezione tra diritto nazionale ed europeo¹⁰, i quali consentono all’interpretazione giudiziale “spazi immensi, incomparabilmente più dilatati e più complessi di quelli caratteristici

⁶ Così F. C. PALAZZO, *Europa e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657.

⁷ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 3.

⁸ Così S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto “à la carte”?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2013, 2. In argomento, altresì, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, in particolare 196 ss.

⁹ Sul “protagonismo giudiziario”, per tutti, G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’epoca dei giudici*, in questa *Rivista*, 2012, 285 ss.; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “mala legalità”, dintorni*, Pisa, 2019, in particolare 114 s., 147 ss. Da ultimo, V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*; in *www.sistemapenale*, n. 3 del 2020, 129 ss.

¹⁰ In argomento, per tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, in particolare, 43 ss.; G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 410 ss.; M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, in particolare 1391 ss.

dell'interpretazione «tradizionale»¹¹. Ma è di tutta evidenza che siffatta posizione di assoluto protagonismo del giudice presenti, nell'ambito del diritto penale, profili di grande ambiguità e delicatezza, che meritano senz'altro attenta considerazione, per evitare che detti meccanismi di intersezione tra ordinamenti possano trasformarsi in terreno fertile per una ridefinizione al ribasso delle garanzie individuali che presidiano (e devono continuare a presidiare) lo *ius puniendi*.

2. La fisiologica diversità del diritto penale nel complesso rapporto di integrazione tra ordinamenti

Una corretta comprensione della questione richiede, dunque, che ci si confronti, in particolare, con due distinti aspetti, che si intrecciano indissolubilmente nell'analisi dei problemi di cui ci si sta occupando.

In primo luogo, occorre muovere dalla straordinaria complessità che allo stato attuale – come anticipato – caratterizza il c.d. diritto penale europeo, specie a mano a mano che si rafforzano i profili di osmosi tra parametri di giudizio UE e CEDU, nonché le prove di dialogo tra Corti e Carte¹². Infatti, mentre la Corte di Strasburgo è chiamata a valutare l'eventuale lesione di diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione, la Corte di Giustizia è, di fatto, giudice dell'ordinamento eurounitario, dei cui scopi deve garantire il raggiungimento in una prospettiva marcatamente funzionalistica¹³.

Il giudice nazionale, dunque, deve conciliare (con quale margine di discrezionalità nel settore penale rimane uno snodo centrale da chiarire) diverse anime: quella di organo “soggetto alla legge” (nazionale) ai sensi dell'art. 101 Cost., di interprete ed esecutore del diritto eurounitario, nonché di garante dei diritti fondamentali così come forgiati dalla Convenzione e plasmati dalla giurisprudenza EDU. E per conciliare

¹¹ Così e *amplius* F. C. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, n. 2, 77 ss.; F. C. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è 'sostanzialmente penale'?*, in *Cass. pen.*, 2018, 468.

¹² C. SOTIS (*La Corte di Giustizia. Ruoli, mentalità e ideologie*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, Roma, 2018, 58, nota 5) ricorda come la prima volta che la Corte di Giustizia ha evocato la CEDU risale alla sentenza del 14 maggio 1974, C-4/73, Nold c. Commissione.

¹³ Così e *amplius* C. SOTIS, *La Corte di Giustizia. Ruoli, mentalità e ideologie*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, cit., 56 ss. Sul punto v. anche G. FLORA, *Poteri del Giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. PAONESSA, L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 167.

liare queste diverse anime, il giudice dovrebbe saper destreggiare con inusitata padronanza strumenti delicatissimi – tra loro non di rado concorrenti – che vanno dall’interpretazione (costituzionalmente, comunitariamente, convenzionalmente) conforme, alla disapplicazione (*rectius*: non applicazione) del diritto nazionale in contrasto con quello eurounitario, dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, all’incidente di costituzionalità.

L’attività dello *ius dicere* in presenza di fenomeni di convergenza multilivello di fonti presuppone, infatti, innanzitutto che si proceda all’identificazione del corretto gradino gerarchico delle diverse norme in gioco, del loro livello di forza vincolante e di resistenza/prevalenza nell’ipotesi di eventuali conflitti, e che si individui altresì il giusto rimedio tecnico per la soluzione degli stessi. Si dischiude in tal modo di fronte agli occhi del giudice un orizzonte tendenzialmente illimitato di strumenti ermeneutici e più in generale di possibilità operative¹⁴.

Il secondo aspetto, strettamente collegato al primo nella prospettiva esaminata, sul quale occorre soffermarsi, concerne la fisiologica diversità del diritto penale nel descritto crocevia di ordinamenti e di strumenti. Siffatta caratteristica assume, invero, rilievo preponderante, posto che essa condiziona *ab imis* la corretta operatività dei suddetti meccanismi di interazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale in questo specifico ambito.

L’analisi del tema oggetto di attenzione deve, cioè, innanzitutto fare i conti con la natura di *ius exceptum* del diritto penale, ossia di diritto derogatorio rispetto alla regola della libertà. E’ noto che proprio in considerazione di siffatta caratteristica il diritto punitivo non possa mai prescindere, per nessun motivo, dalle insopprimibili istanze di garanzia che lo pervadono. E di questa peculiarità occorre tener conto in ogni momento, sia nella fase genetica, sia in quella applicativa.

La *diversità* di questo settore del giure implica, infatti, che esso sia il “diritto dei limiti”, la “scienza delle garanzie”, sicché, spetta innanzitutto al legislatore (nazionale) il compito di esprimere le scelte di politica criminale, sia in relazione *all’an* della penalizzazione, sia in relazione al *quomodo*, nell’ambito della cornice tracciata dai principi di garanzia¹⁵. Ne consegue che il diritto eurounitario può penetrare, in virtù della sua *primauté*, solo se (e fino a che) non si ponga in contrasto con detti principi di garanzia,

¹⁴ Così V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 34.

¹⁵ *In criminalibus* vi è, infatti, la “necessità di regole ‘forti’, di fondamenti, di sistema e, quindi, di principi”. Così S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1722.

volti a salvaguardare – tra le altre cose – le scelte democraticamente assunte dal Parlamento nazionale in merito ai possibili sacrifici dei diritti fondamentali.

Occorre, dunque, guardare all'attività del giudice con particolare prudenza e distinguere – lo si anticipa fin da subito – le ipotesi nelle quali l'applicazione della norma europea produce una riduzione del penalmente rilevante da quelle nelle quali, viceversa, ne determina una espansione¹⁶, posto che l'istanza garantista sottesa alla dimensione statale della riserva di legge in materia penale impedisce qualunque estensione dell'area di rilevanza penale e/o aggravamento delle conseguenze sanzionatorie in sede applicativa.

In altre parole, anche di fronte alle sollecitazioni sovranazionali, il ruolo del giudice non può non essere condizionato dal peculiare rapporto di forza tra le due caratteristiche anime del diritto penale: “la dimensione ordinante di protezione degli interessi sociali che si specchiano nell'incriminazione, (...) e il profilo di *Magna Charta*, intrecciato con l'idea che il diritto penale è limite alla politica– criminale e vincolo negativo di implementazione delle sue istanze”¹⁷.

E proprio qui si annida, però, un cruciale aspetto problematico. Infatti – come meglio si vedrà – il teologismo efficientista perseguito dal diritto eurounitario a volte riesce a conciliarsi meglio, a volte peggio, con le funzioni della pena e i principi di garanzia, sì da creare talora fratture tra cultura penalistica e istanze della Corte di Giustizia¹⁸. La prospettiva adottata da quest'ultima, invero, si colloca su un piano alquanto diverso da quello proprio del diritto penale. Mentre lo *ius criminale* si preoccupa di delimitare la tutela del bene protetto in funzione di garanzia della libertà, a livello europeo la preoccupazione è opposta¹⁹. Ci “si preoccupa della estensione maggiore possibile della tutela degli interessi, della completezza maggiore possibile della tutela degli interessi, della efficacia della tutela e quindi anche

¹⁶ Sul punto, *amplius* e per tutti, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, in particolare, 41 ss.

¹⁷ V. MAIELLO, *Cultura penale dei giudici e dialogo tra le Corti*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETI, Roma, 2018, 137, 138.

¹⁸ Così C. SOTIS, *La Corte di Giustizia. Ruoli, mentalità e ideologie*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, cit., 57.

¹⁹ Evidenzia la prospettiva europea “essenzialmente “funzionalistica” del diritto penale, visto solo come strumento di lotta contro determinati fenomeni criminali e come strumento di rafforzamento di determinate politiche dell'Unione”, L. FOFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in questa *Rivista*, 2010, 664, il quale sottolinea, altresì, come manchi, nella dimensione europea, una compiuta elaborazione della dimensione del diritto penale come garanzia e come limite della politica criminale.

della stessa efficacia della repressione laddove ve ne sia bisogno ai fini di tutela”²⁰. Detto in altre parole, le norme europee si preoccupano e si sono geneticamente sempre preoccupate di garantire la massima protezione ai beni ritenuti meritevoli a livello sovranazionale, chiedendo agli Stati membri di predisporre una protezione “efficace ed effettivamente dissuasiva”²¹.

Destano dunque non poca preoccupazione le (sempre più frequenti) pulsioni che da qualche tempo vengono coltivate per via di rinvii pregiudiziali *in malam partem* o di decisioni di disapplicazione autonomamente adottate dai giudici nazionali, i quali trovano oggi “un’inedita e inattesa sponda al Lussemburgo”²². L’apertura alla dimensione sovranazionale (in realtà costruita – come è ovvio – non pensando solo al diritto penale) rischia, infatti, in tal modo di contaminare e snaturare principi e regole, in funzione degli scopi che si vogliono raggiungere²³. Ma *in criminalibus* un punto fermo deve invece essere chiaro: occorre inevitabilmente fare i conti con la diversità normativo– ermeneutica del diritto penale²⁴.

3. L’accreciuta complessità dei meccanismi di integrazione europea

Dicevamo della complessità del diritto europeo. Una complessità, questa, che

²⁰ G. FLORA, *Poteri del Giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. PAONESSA, L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 167.

²¹ Così G. FLORA, *I vincoli costituzionali nell’interpretazione delle norme penali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.*, n. 4 del 2013. In argomento, per tutti, v. anche A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 107; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.*, n. 2 del 2015, 42.

²² S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, 199.

²³ Sulla problematica contaminazione del sistema nazionale come conseguenza dell’europeizzazione del diritto, per tutti, V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.*, n. 2 del 2012, 167 ss., ad avviso del quale, *inter alia*, “il vecchio principio di separazione dei poteri sta agonizzando «sotto i colpi» dell’influsso europeo, e dà spazio a fenomeni che, solo dieci anni fa, sarebbero stati impensabili” (*ibid*, 179); V. MANES, “Common Law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. M. Ambrosetti, Torino, 2017, 151 ss.

²⁴ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n.115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti della regola Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2018, 2.

riflette in larga misura una sorta di “ibridazione di ordinamenti, mentalità e tradizioni molto distanti” e che impone una “una costante opera di traslitterazione tra alfabeti diversi”²⁵. A questo si aggiunga che ad oggi – come opportunamente sottolineato – “abbiamo tre ordinamenti con rispettive “carte dei diritti”, tre Corti preposte alla loro tutela, tre diverse *Weltanschauung*. La Corte di giustizia tutela un ordinamento che nasce e cresce nel e per il mercato; la Corte EDU è interprete di una Carta nata a difesa delle libertà classiche della tradizione liberale europea contro il risorgere delle dittature; la Corte costituzionale italiana è posta a garanzia dei difficili equilibri di un ordinamento che si ispira allo Stato sociale di diritto. Che le valutazioni di ciascun organo in merito alle precedenze tra i diritti possano divergere è, non un rischio, ma una certezza”²⁶.

Il tema del rapporto tra il diritto europeo ed i principi costituzionali nazionali sta, peraltro, conoscendo in questi ultimi anni una “seconda giovinezza”, proprio per effetto della crescente moltiplicazione e complicazione dei meccanismi di intersezione tra i diversi sistemi²⁷. Conseguentemente, anche il giudice domestico si è trovato a dover maneggiare un insieme sempre nuovo di attrezzi giuridici per dar corso alle sollecitazioni provenienti dall’universo giuridico sovranazionale.

I profili di incidenza del diritto (prima comunitario, ora) eurounitario sono invero da tempo oggetto di attenzione sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza. Nondimeno, la costante evoluzione della dimensione sovranazionale comporta, a cascata, continui aggiustamenti nelle forme di collegamento tra i due sistemi e nei rapporti di forza tra ordinamenti. Sicché, in sede applicativa può non essere sempre chiara la strada da percorrere.

A questo si aggiunga che anche il giudice di Strasburgo, negli ultimi decenni, parrebbe aver profondamente modificato il significato e la portata della sua giurisdizione²⁸. Dalla sua veste di giudice internazionale del caso singolo, chiamato a occuparsi della specifica violazione dei diritti dell’uomo in una determinata vicenda processuale, la Corte europea sembra aver viepiù assunto il ruolo di giudice deputa-

²⁵ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’epoca dei giudici*, in questa *Rivista*, 2012, 293.

²⁶ R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2015, 11.

²⁷ *Amplius*, per tutti, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto “à la carte”?*, cit., 1 ss.

²⁸ O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, a cura di C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, Roma, 2018, 73.

to a verificare la conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei²⁹, con importanti ricadute di sistema, che vanno ben oltre la soluzione del singolo caso. Sennonché, anche sotto questo profilo, in un sistema, come quello penale, governato dal principio costituzionale di stretta legalità, tanto sostanziale, quanto processuale, risulta alquanto problematico l'innesto di una fonte, peraltro sovraordinata, di matrice giurisprudenziale³⁰.

Neppure trascurabile appare il rilievo che assume nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia la frequente "curvatura vittimocentrica", idonea a "ribaltare la congenita prospettiva del diritto penale"³¹, oltre che ad assecondare uno "spostamento di fuoco, poco consona rispetto al tradizionale impianto garantistico" da cui si è soliti prendere le mosse *in criminalibus*³².

Tanto premesso, il percorso dell'indagine muoverà, dapprima, dall'analisi dei profili relativi ai meccanismi attraverso i quali il diritto eurounitario fa ingresso nell'ordinamento interno grazie all'attività del giudice, per verificare poi le dinamiche con le quali anche il sistema CEDU può influire sull'attività dello *ius dicere*, sia pure in virtù di differenti criteri di incidenza.

Invero, i temi di cui ci si sta occupando intersecano una molteplicità di profili di straordinaria rilevanza teorica e pratica, dei quali non sarà assolutamente possibile dar conto in questa sede, se non in modo del tutto rapsodico e con lo sguardo rivolto esclusivamente all'angolo prospettico assunto, vale a dire quello della dimensione giudiziale del diritto.

Ebbene, come già anticipato, prescindendo dal giudizio di costituzionalità e dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, i meccanismi attraverso i quali si può realizzare una penetrazione per via giudiziaria del diritto europeo sono riconducibili essenzialmente alla non applicazione della norma interna confliggente con quella eurounitaria e all'interpretazione conforme al diritto europeo.

²⁹ O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, cit., 73, il quale allude ad una vera e propria «mutazione genetica» del sistema di protezione dei diritti (ibid. p. 74).

³⁰ O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, cit., 76. Sul tema, in termini generali, per tutti, A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in questa *Rivista*, 2014, 2014, 91 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, in particolare 1422 ss.

³¹ Così V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 844. Su tale problematica v. altresì V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, cit., 171 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2015, 167 ss.

³² S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, cit., 182.

4. Le dinamiche di penetrazione per via giudiziale del diritto eurounitario nell'ordinamento interno: l'interpretazione conforme

L'obbligo di interpretazione conforme vincola il giudice ad applicare la normativa nazionale attribuendo ad essa un senso conforme alla lettera e alla *ratio* delle fonti sovranazionali³³. A siffatto strumento ermeneutico l'operatore ricorre per lo più allorché la norma europea rilevante per la decisione del caso concreto non è suscettibile di diretta applicazione³⁴. L'interpretazione conforme parrebbe, infatti, integrare una tecnica di soluzione delle potenziali antinomie tra diritto interno e diritto sovranazionale sussidiaria rispetto a taluni schemi (*in primis* la disapplicazione) ma preliminare e prioritaria rispetto ad altri (il riferimento è segnatamente alla questione di legittimità costituzionale)³⁵.

L'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia mostra, peraltro, quanto elasticamente sia stato fin qui inteso il concetto di interpretazione conforme, ritenuto uno strumento insostituibile per rendere effettiva l'applicazione del diritto eurounitario nel diritto interno³⁶. Il canone dell'interpretazione conforme sembra addirittura assumere, nella prospettiva europea, tratti di tale necessità ed insostituibilità da far passare in secondo piano il tema dei "confini" di detta interpretazione, "apparendo tale argomento recessivo rispetto a quella che costituisce per la Corte di Giustizia la vera priorità, ancora una volta marcatamente orientata a garantire in termini effettivi la corretta applicazione del diritto dell'Unione"³⁷.

Invece, quello dei limiti – come anticipato – è (o almeno dovrebbe essere) il te-

³³ Nella giurisprudenza europea, tra le altre, CGCE 5 ottobre 2004, C-397/01 e C-403/02, Pfeiffer, in particolare §§ nn. 113 ss.

³⁴ S. CIRPIANI, *La sentenza Taricco: un'occasione da non perdere per riflettere anche sulle modalità di ingresso del diritto europeo nel diritto penale*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. PAONESSA, L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 90. Sul punto v. altresì C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., in particolare, 241 ss.; M. P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 405 ss.

³⁵ Così V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 55.

³⁶ R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 giugno 2012, 18,19, ad avviso del quale il terreno dell'interpretazione conforme sembra essere, "agli occhi della Corte, uno strumento di straordinaria efficacia che è il giudice nazionale a dover maneggiare meglio e più di ogni altro, nascendo tale predilezione dalla non perfetta conoscenza del diritto domestico da parte dei giudici di Lussemburgo".

³⁷ R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile*, cit., 20.

ma centrale nell'ambito dello *ius criminale*³⁸. Si tratta, infatti, di comprendere fino a che punto possa spingersi detta attività conformativa dell'interprete senza sfociare in forzature ermeneutiche e incrinare, conseguentemente, il fascio di garanzie legate alla necessità della *prævia et stricta lex parlamentaria*.

Nel cercare di dare risposta a tale quesito, occorre innanzitutto muovere dal presupposto che l'interpretazione conforme (si badi: ogni interpretazione conforme) deve rispettare il tenore letterale della norma, non potendo mai risolversi in esiti ermeneutici *contra legem*. In altre parole, il *telos* del forzoso adeguamento ermeneutico delle norme interne alle esigenze della normativa europea non può comportare alcuno stravolgimento dei contenuti della legislazione nazionale.

Siffatto risultato parrebbe (salvo inattesi e inaccettabili *revirements*) acquisito anche sul fronte della giurisprudenza europea, ad avviso della quale “il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”³⁹.

Inoltre, deve escludersi che l'interpretazione *more communitario* possa avere ricadute peggiorative sulla situazione giuridica del singolo, comportando un'estensione dell'ambito applicativo di fattispecie incriminatrici nazionali. Eventuali obblighi di penalizzazione o di irrigidimento del trattamento sanzionatorio, sia pure discendenti dal diritto UE, non possono infatti che essere attuati mediante normativa interna di trasposizione⁴⁰. Un epilogo *in malam partem* dell'interpretazione è, infatti, interdetto – lo si ribadisce – dall'operatività del principio di legalità in tutte le sue declinazioni.

Per quanto non siano mancate iniziative dei giudici nazionali volte a invocare il diritto dell'Unione al fine (non di circoscrivere, bensì) di ampliare l'area dell'illiceità pena-

³⁸ In argomento, per tutti, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2015, 391 ss.

³⁹ CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, § 47. Nei §§ 44-45 la Corte ha più ampiamente precisato che “l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni”. Su tale pronuncia, per tutti, V. MANES, *L'incidenza delle “decisioni-quadro” sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1149 ss.

⁴⁰ In argomento, *amplius* e per tutti C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, in particolare 193 ss.

le, con evidenti effetti *in malam partem*⁴¹, le sezioni unite della Corte di Cassazione sono intervenute in diverse occasioni per disinnescare tale meccanismo⁴², oltre che per cercare di inibire l'uso del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di ottenere – “grazie anche alle pulsioni preventivo– repressive della Corte di Lussemburgo – quelle forme di efficace tutela penale altrimenti precluse dalla legislazione nazionale (...)”⁴³.

In tale prospettiva si è ricordato che l'obbligo di interpretazione conforme – oltre al vincolo di ordine logico-formale consistente nel divieto di pervenire ad una interpretazione *contra legem* – trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza e di non retroattività⁴⁴. Sicché, l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale sussiste “entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme (...)”. Peraltro, è costante la giurisprudenza costituzionale secondo la quale il 2° comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che

⁴¹ Si pensi ai casi in cui, per non entrare in contrasto con norme europee ritenute vincolanti, la giurisprudenza ha interpretato in senso estensivo la nozione di rifiuto, elemento di numerose fattispecie incriminatrici nell'ambito del diritto penale ambientale. Così, Cass. III, 14 aprile 2005, n. 20499, Colli, C.e.d. 231529, ad avviso della quale, “essendo il d.lgs. n. 22 del 1997 (e segnatamente il suo art. 6, di cui il cit. art. 14 si presenta come norma di interpretazione autentica) disposizione di attuazione della normativa comunitaria in materia (la direttiva del Consiglio 15 luglio 1975 n. 75/442/Cee, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991 n. 91/156/Cee, nonché dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996 n. 96/350/Ce), esso va interpretato in sintonia con tale normativa (.....). Al pari dell'interpretazione costituzionalmente orientata, volta a privilegiare la lettura della disposizione che non si ponga in contrasto con parametri costituzionali, sussiste simmetricamente un'esigenza di interpretare la normativa nazionale in termini tali che essa non risulti in contrasto con la normativa comunitaria” (punto n. 2.2 della parte motiva). Nello stesso senso, Cass. III, 9 maggio 2008, n. 28229, Zucchi, C.e.d. 240710.

⁴² Il riferimento è, per esempio, a Cass. sez. un. 19 gennaio 2012, n. 22225, Micheli, C.e.d. 252453, ad avviso della quale “l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale” (punto n. 10 del Considerato in diritto). Su tale pronuncia, G. LEO, *Le Sezioni Unite sulla pretesa responsabilità penale dell'acquirente finale di prodotti con marchio contraffatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2012.

⁴³ Così A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, LXXX, il quale riporta le diverse posizioni assunte dalla dottrina in merito alla problematica *de qua*. Per talune considerazioni critiche in relazione all'utilizzo del rinvio pregiudiziale con esiti *in malam partem*, S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, cit., 198 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, 209 ss.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, C.e.d. 244191, punto n. 5 della parte motiva. Sulla pronuncia *de qua*, V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 90 ss.

comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. Deve concludersi, pertanto, che l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi, va escluso allorquando – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale⁴⁵.

Resta naturalmente aperta, invece, la strada per una interpretazione conforme idonea a produrre effetti *in bonam partem*, la quale – all'evidenza – non soffre i vincoli garantistici sottesi al *nullum crimen* e ai suoi corollari⁴⁶. In siffatta eventualità, il (non trascurabile) problema è, piuttosto, quello relativo all'individuazione del parametro europeo cui adeguare l'interpretazione della norma interna, considerata l'immensa quantità di norme europee, la notevole eterogeneità qualitativa e contenutistica delle stesse, le non infrequenti pronunce della Corte di Giustizia volte a chiarirne la portata⁴⁷. Circostanza, questa, che, da un lato, impone uno straordinario impegno ricostruttivo da parte del giudice, oltre che una profonda e consolidata conoscenza delle fonti sovranazionale e dei loro rapporti interni, e che, dall'altro lato, rischia di trasformare l'interpretazione conforme in un'attività – ancora una volta – dagli esiti difficilmente prevedibili⁴⁸.

5. La non applicazione del diritto interno contrastante con il diritto eurounitario

Un'importante conseguenza dell'effetto diretto di determinate norme dell'Unione

⁴⁵ Ancora Cass., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, cit., punto n. 5 della parte motiva.

⁴⁶ Si pensi, a titolo esemplificativo, a Cass. III, 4 marzo 2010, n. 10981, Khan, C.e.d. 246351, con la quale la Cassazione ha utilizzato, come parametro esegetico di riferimento, la nozione di “pedopornografia” di cui all'art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio n. 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, con l'esito di escludere la configurabilità del delitto di pornografia minorile in tutti i casi nei quali la condotta posta in essere dal reo non raggiunga un particolare grado di aggressione al bene giuridico oggetto di protezione penale, consistente nella rappresentazione visiva di un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita. Sulla pronuncia *de qua*, A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di “pornografia”: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 973 ss.

⁴⁷ Sottolinea tale problema F. C. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, n. 2, 85.

⁴⁸ In termini generali, sui “rischi penali” insiti in ogni forma di interpretazione adeguatrice, M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, 131 ss.

europea si concretizza, poi, per il giudice interno nell'obbligo di non applicare le disposizioni di legge contrastanti con le disposizioni sovranazionali e di dare direttamente applicazione a quest'ultime⁴⁹. Si tratta di un potere che è stato "attribuito pretoriamente dal giudice di Lussemburgo al giudice nazionale", ponendo quest'ultimo, di fatto, in posizione per certi aspetti addirittura preminente rispetto al legislatore, per via del riconoscimento "di un sindacato diffuso sulla legislazione interna, prima immaginabile in un sistema fondato oltre che sulla rigida tripartizione dei poteri, soprattutto sul sindacato accentrato della Corte Costituzionale"⁵⁰.

La non applicazione della norma interna incompatibile con quella europea direttamente efficace trova la propria ragion d'essere – come riconosciuto da tempo dalla Corte costituzionale – nel principio secondo cui i due ordinamenti, comunitario e statale, sono "distinti ed al tempo stesso coordinati" e le norme del primo vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere "diretta applicazione" in quest'ultimo, pur rimanendo estranee al sistema delle fonti statali⁵¹. L'effetto di tale diretta applicazione non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima, da parte del giudice nazionale, al caso di specie, oggetto della sua cognizione. Siffatto principio risulterebbe desumibile dal Trattato istitutivo della Comunità europea (per il tramite della sua legge di esecuzione) e coerente con l'art. 11 Cost., che riconosce la possibilità di limitazioni alla sovranità statale, quale può qualificarsi l'effetto di "non applicazione" della legge nazionale (piuttosto che di "disapplicazione" che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti). Peraltro l'ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei di-

⁴⁹ La teoria della disapplicazione (o meglio: non applicazione) della norma interna incompatibile con il diritto europeo viene compiutamente elaborata per la prima volta dalla nostra Corte costituzionale con sentenza n. 170 del 1984, nella quale si afferma che "le disposizioni della CEE, le quali soddisfano i requisiti dell'immediata applicabilità devono, al medesimo titolo, entrare e permanere in vigore nel territorio italiano, senza che la sfera della loro efficacia possa essere intaccata dalla legge ordinaria dello Stato (...). L'effetto connesso con la loro vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale" (punto n. 4 del Considerato in diritto).

⁵⁰ Così R. CONTI, *Il giudice penale italiano e il diritto dell'Unione europea: un approccio non più differibile*, cit., 3. Sul complesso tema, in termini generali, M. P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, in particolare 396 ss.

⁵¹ Così Corte cost. n. 170 del 1984, punto n. 4 del Considerato in diritto; Corte cost. n. 168 del 1991, punto n. 4 del Considerato in diritto

ritti inalienabili della persona umana, con conseguente sindacabilità, sotto tale profilo, della legge di esecuzione del Trattato⁵².

Tanto premesso, anche in relazione alla disapplicazione occorre, comunque, individuare limiti precisi⁵³.

Innanzitutto, le norme che possono rendere inapplicabile la normativa statale devono essere *self-executing* e trovare, dunque, la loro fonte nei trattati, nei regolamenti, nelle direttive purché queste siano dettagliate e sempre che sia decorso il termine per l'attuazione delle stesse da parte dello Stato membro⁵⁴.

Inoltre, la non applicazione non potrebbe mai avere come esito la prevalenza del diritto europeo nell'eventualità che questo vada nel senso della dilatazione dell'area di rilevanza penale o comunque produca effetti in *malam partem*⁵⁵. In tale prospettiva, in tempi relativamente recenti, anche la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto che la legislazione eurounitaria “non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali” poiché essa “non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati”⁵⁶.

Il predetto temuto effetto è precluso – come già anticipato – dalla *vis* del principio di legalità (nelle sue peculiari declinazioni penalistiche della riserva di legge, determinatezza, retroattività) e di separazione dei poteri, che integrano pilastri fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, fungendo da nucleo intangibile, che non potrebbe essere sovvertito o modificato nel suo contenuto essenziale neppure da

⁵² Così Corte cost. n. 168 del 1991, punto n. 4 del Considerato in diritto.

⁵³ Detti limiti, peraltro, parrebbero potersi ricavare già da una corretta interpretazione di importanti e storiche pronunce della Corte di Giustizia. Per un'analisi di dette pronunce si rinvia a R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, 291 ss.

⁵⁴ Per la precisione, il principio della diretta applicabilità è stato, dapprima, riferito dalla Corte costituzionale (pronuncia n. 170 del 1984), ai regolamenti comunitari. Successivamente (con sentenza n. 113 del 1985) è stata ritenuta l'immediata applicabilità anche delle statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato; infine, analoga efficacia è stata riconosciuta anche alle direttive comunitarie nei limiti indicati dalla Corte di Giustizia (Corte cost. n. 64 del 1990).

⁵⁵ *Amplius* V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, 5.

⁵⁶ CGCE, GS, 3 maggio 2005, causa C-387/02, Berlusconi e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 2764 ss., § 44. Analogamente CGCE, 5 luglio 2007, causa C-321/05, Kofoed. In argomento G. GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»*, in *www.legislazionepenale.it*, 3 ottobre 2018, 20.

leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Essi dunque, operano come controlimiti al primato dell'effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità vengono sottratti i valori fondanti⁵⁷.

In altre parole, i principi di diretta applicabilità e *primauté* eurounitaria possono operare «senza limiti» solo là dove non significhino delitti ma diritti, là dove, cioè, producano effetti *in bonam partem*; viceversa, quegli stessi principi si infrangeranno sullo scoglio ex art. 25 Cost., che resta un (contro-) limite invalicabile, qualora dovesse implicare una dilatazione dell'area della penalità⁵⁸.

Senonché, la prospettiva europea dell'effettività ha suscitato in alcune (preoccupanti) occasioni l'impressione che il bisogno di assicurare l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea non potesse arrestarsi davanti ad alcun ostacolo, foss'anche rappresentato dai principi fondamentali del diritto interno⁵⁹.

⁵⁷ C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2013, 346.

⁵⁸ V. VALENTINI, *Giustizia penale e diritto sovranazionale: una sinergia inevitabilmente critica*, in *Scritti in onore di L. Stortoni*, a cura di M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO, Bologna, 2016, 840, 841. Quali esempi di riduzione dell'area del penalmente rilevante per effetto di disapplicazione *in bonam partem* del diritto nazionale non conforme al diritto europeo cfr. Cass., III, 1.7.1999, n. 9983, Valentini, C.e.d. 214345, che ha disapplicato una norma sanzionatoria contenuta nella legge n. 903 del 1977, volta a presidiare il divieto di lavoro notturno per le donne nelle aziende manifatturiere anche artigianali, perché ritenuta in contrasto con la Direttiva 76/207/CEE, come interpretata dalla Corte di Giustizia; Cass. III, 12 luglio 2012, Lorusso, in *La Giust. pen.*, 2012, II, 592 ss. (con nota di C. BERNASCONI, *L'abusiva raccolta di scommesse on line tra diritto sanzionatorio nazionale e diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 595 ss.), che ha disapplicato norme penali in materia di raccolta di scommesse. In tutt'altro ambito, un forte impulso alla compressione degli ambiti del penalmente rilevante mediante la disapplicazione di norme interne non compatibili con il diritto europeo è derivato da CGUE, 28 aprile 2011, causa C-61/11, El Dridi, che ha rilevato il contrasto dell'art. 14, comma 5 *ter* T.U. immigrazione con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), in quanto l'inflizione di una pena detentiva per una violazione correlata alla procedura di espulsione può compromettere l'obiettivo della direttiva medesima, ritardando il rimpatrio dello straniero. Da qui, per esempio, la conclusione di Cass. I, 4 marzo 2016, n. 22120, Bahlouli Hafid.

⁵⁹ Una chiara enunciazione di siffatta tendenza si trova in CGEU, GS, 26 febbraio 2013, Melloni, in particolare ai §§ 58-60, nell'ambito dei quali la Corte argomenta il non accoglimento dell'interpretazione prospettata dal ricorrente, sostenendo che detta interpretazione «sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato (punto n. 58). Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (...), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato» (§ 59). «È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazio-

Ci limitiamo in questa sede a ricordare alcune vicende per tutte.

Nel c.d. caso *Niselli* si discuteva della conformità al diritto europeo della disposizione di cui all'art. 14 d.l. n. 138 del 2002, che aveva dettato una interpretazione autentica della definizione di rifiuto di cui al d.lgs. n. 22 del 1997, a sua volta adottato in via di recepimento della direttiva comunitaria 75/44259. La disposizione (nazionale), infatti, delimitava in senso restrittivo la nozione di rifiuto, determinando in tal modo una riduzione delle corrispondenti fattispecie incriminatrici che su tale nozione erano fondate e, per tale ragione, venne ritenuta dalla Corte di Giustizia contrastante con la citata direttiva⁶⁰. Siffatta presa di posizione indusse, conseguentemente, alcuni giudicanti alla diretta disapplicazione della norma nazionale più favorevole⁶¹. La Corte di Cassazione, chiamata a considerare la questione degli effetti da riconoscere alla sentenza europea *Niselli*, ha ritenuto di non poter assecondare la via della diretta disapplicazione dell'art. 14 d.l. n. 138 del 2002, sollevando, però, una questione di costituzionalità di tale previsione per il suo contrasto con gli artt. 11 e 117 della Costituzione⁶².

nali 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" (§ 60). In argomento A. RUGGERI, "Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), in www.dirittifondamentali.it, 11 novembre 2013, 19; A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare sistema*, in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2013, § 1; V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016, 5 ss.

⁶⁰ CGCE, 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*.

⁶¹ Cass. III, 27 novembre 2002, n. 2125, Ferretti, C.e.d. 223291; Cass. III, 15 aprile 2003, n. 17656, Gonzales, C.e.d. 224716. Allude a tal proposito ad una "babele applicativa" A. PUGIOTTO, *Vite parallele? "Rifiuti" e "falso in bilancio" davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, in *Ai confini del "Favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino, 2005, 330.

⁶² Cass. III, 14 dicembre 2005, n. 1414, Rubino, C.e.d. 232603, ad avviso della quale l'unico strumento possibile "per rimediare al *vulnus* perpetrato da una legge nazionale contro una direttiva comunitaria non direttamente applicabile è, quindi, il ricorso al giudice delle leggi" (punto n. 8 della parte motiva). Su detta pronuncia, per tutti, V. PAONE, *La nozione di rifiuto al vaglio della Corte costituzionale: ancora sull'ordinanza «Rubino»*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2006, 729 ss. Sulla stessa linea si colloca la posizione di Corte cost. n. 28 del 2010, ad avviso della quale "non è implausibile la motivazione con cui il giudice rimettente esclude di poter fare diretta applicazione delle direttive comunitarie, disapplicando di conseguenza la norma censurata, in quanto ritenuta in conflitto con le prime (...). L'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa tuttavia che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione

Un'altra vicenda istruttiva (per comprendere cosa non si dovrebbe fare) è quella relativa al c.d. caso della pesca del novellame⁶³. Infatti, diverse pronunce della Cassazione – prima dell'avvenuta depenalizzazione della fattispecie originariamente prevista dal combinato disposto degli artt. 15 e 24 l. n. 963 del 1965 – si erano pronunciate nel senso che il giudice nazionale avrebbe potuto (dovuto) disapplicare la disciplina interna che prevedeva un limite di tipicità, ancora una volta ritenuto in contrasto con la maggiore tutela assicurata dalla normativa europea⁶⁴. In tal modo, la Corte di Cassazione, snaturando completamente la stessa teoria degli effetti diretti (nata originariamente per non far cadere sui cittadini le conseguenze negative di un eventuale inadempimento statale), ha convalidato – con evidenti effetti in *malam partem* – la disapplicazione della norma interna delimitativa della responsabilità⁶⁵.

Sostanzialmente sulla stessa linea si era assestata anche la Corte di Giustizia con la ormai celebre sentenza *Taricco*⁶⁶, in forza della quale – al di là della vicenda concreta – si chiedeva, nella sostanza, al giudice nazionale una valutazione prettamente politica, attraverso l'esercizio di un potere di sindacato sull'effettività delle sanzioni penali e/o sulla necessità di implementazione (in via giurisprudenziale) della tutela agli interessi eurounitari⁶⁷. In altre parole, nella prospettiva esaminata, le eventuali carenze del legislatore nazionale avrebbero dovuto essere 'compensa-

di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost." (punto n. 5 del Considerato in diritto).

⁶³ Cass. III, 19 gennaio 2011, n. 6872, Trinca, C.e.d. 249535; Cass. III, 3 luglio 2007, 39345, Baldini, C.e.d. 237997. Su detta pronuncia, C. SOTIS, M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci* "in malam partem". *Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2011; A. PALMA, *Divieto di pesca del novellame: principio di fedeltà comunitaria versus principio di legalità*, in *La Giust. pen.*, 2011, 463 ss.; Cass. III, 9 giugno 2009, n. 23829, Ibba, C.e.d. 244137, in *DeG online*, 1 agosto 2009, con nota di C. PAONESSA, *La disciplina penale del "novellame" incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare i principi costituzionali aventi rilevanza anche nella CEDU*.

⁶⁴ Era il caso della norma regolamentare (art. 91, D.P.R. 2 ottobre 1968, n. 1639), integratrice della fattispecie penale, che, delimitando il divieto di detenzione di ittofauna sotto misura, previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 15, lett. c, e 24 della l. 14 luglio 1965, n. 963, scriminava la cattura del pesce c.d. novellame nel limite di tolleranza del 10% sul totale del pescato.

⁶⁵ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.* 2011, I, 266.

⁶⁶ CGEU, GS, 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*. La letteratura a commento della pronuncia *de qua* è ricchissima. Per tutti, con accento critico, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, il quale non esita a sottolineare la "spiccata "distruttività creativa" della sentenza (ivi, 3).

⁶⁷ *Amplius* e per tutti, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 43.

te', riconoscendo al giudice, sulla base di criteri del tutto evanescenti e bisognosi di concretizzazione, il potere di disapplicare norme interne anche con efficacia *contra reum*⁶⁸, attraverso una "sorta di opposto *in malam partem* del giudizio di offensività"⁶⁹. E il fulcro di siffatto possibile epilogo avrebbe dovuto essere rappresentato da un bilanciamento tra l'effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, da un lato, e, dall'altro lato, i fondamentali diritti presidiati dai più importanti principi di garanzia⁷⁰.

Ma non finisce qui. Siffatti moduli argomentativi hanno, infatti, rischiato di propagarsi in modo incontrollato, in ambiti che fuoriescono dalla competenza eurounitaria. Per questa china, come è stato ricordato – "si sa quando si parte, ma non si sa (fin) dove si arriva". E lo dimostrerebbe efficacemente una singolare iniziativa giurisprudenziale, che, cavalcando l'"effetto Taricco", e sostituendo la logica plutocratica con quella vittimocentrica – anch'essa di matrice europea –, ha disapplicato la disciplina abrogante ex d. lgs. 7/2016, riesumando la figura di ingiuria ex art. 594 c.p., per conflitto con la direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime da reato"⁷¹.

Tali vicende mettono in evidenza, da un lato, la prospettiva (deformata e deformante) volta a far sì che la *primauté* del diritto dell'Unione europea debba essere

⁶⁸ Nel caso di specie, si chiedeva – come è noto – di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p., allorché essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, avesse impedito allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di frodi tributarie di *rilevante entità* altrimenti non punite in un *numero considerevole di casi*.

⁶⁹ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 43. Analogamente, C. SOTIS (*Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, cit., 39), ad avviso del quale il concetto di bene giuridico "in ambito penaleuropeo ha subito torsioni inaspettate, posto che "da strumento critico diviene *topos* metaforico, vale a dire da criterio di legittimazione negativa si trasforma in criterio di legittimazione positiva". In argomento v. altresì, V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., 9; D. NEGRI, *Il dito dell'irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Taricco*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. PAONESSA, L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 75.

⁷⁰ Sul punto V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1252; G. GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della «saga Taricco»*, in *www.legislazionepenale.it*, 3 ottobre 2018, 20.

⁷¹ V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, cit., 21, che allude ad un "fanta-giuridico output del Giudice", ad una decisione trascinata da "furori general-preventivi". Un breve resoconto dell'arresto del giudice onorario tarantino in esame si può trovare in *www.lagazzettadelmezzogiorno.it* del 12 febbraio 2016.

comunque preservata, *costi quel che costi*⁷², offrendo il destro al giudice per ricercare nel diritto europeo il rimedio contro l'impunità⁷³, e, dall'altro lato e per converso, tutti i limiti che, in tale settore, "riveste l'integrazione eurounitaria pungolata per mano giudiziale"⁷⁴.

Fortunatamente, ad oggi, la nostra Corte costituzionale ha opposto un solido argine ai tentativi di sovvertire e disgregare i pilastri fondanti del nostro ordinamento, sulla base dell'assunto che neppure il rapporto sempre più stretto tra diritto nazionale e diritto eurounitario potrebbe mettere in discussione i caratteri identitari del nostro diritto penale. Nell'ambito di detti principi fondamentali un ruolo di primo piano viene perentoriamente riconosciuto alla forza vincolante del testo e alla conseguente precisione linguistica degli enunciati normativi, la cui interpretazione non può essere creativa, salvo che per gli effetti *in bonam partem*, i soli compatibili con la *ratio* garantistica del principio di legalità.

Con le prese di posizione del Giudice delle leggi in relazione *all'affaire Taricco*⁷⁵, in particolare, il giudice nazionale è stato, dunque, "(ri)chiamato dalla Corte ad un impiego meditato e ponderato degli strumenti fisiologicamente invasivi (e financo potenzialmente scardinanti i sistemi costituzionali nazionali) che l'ordinamento europeo gli attribuisce, nonché ad un più scrupoloso rispetto delle prerogative proprie ed esclusive del giudice delle leggi (che d'altronde a più riprese la Consulta ricorda) circa la valutazione ultima della compatibilità costituzionale delle ricadute nel nostro ordinamento dell'operare delle dinamiche del processo di integrazione europea"⁷⁶.

Il monito è molto chiaro: al giudice non "può essere attribuito il compito di per-

⁷² Sul punto, in termini critici, A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *www.diritti comparati.it*, 2 aprile 2013, § 1.

⁷³ G. FLORA, *I vincoli costituzionali nell'interpretazione delle norme penali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, Riv. trim. n. 4/2013, 46.

⁷⁴ C. PAONESSA, *"Lo strano caso Taricco", ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercé di una "eccentrica" decisione europea?*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. PAONESSA, L. ZILLETTI, Pisa, 2016, 101.

⁷⁵ Corte cost. n. 24 del 2017; Cort cost. n.115 del 2018. Per una sintesi dell'articolata vicenda processuale, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 giugno 2018. Sulla rilevanza della presa di posizione del Giudice delle leggi, F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.*, 2018, 1304 ss.

⁷⁶ Così, sia pure anche con qualche riflessione critica in merito a taluni passaggi della pronuncia della Corte costituzionale, R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2017, 3.

seguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma Cost.)”⁷⁷. E la motivazione della sentenza della Corte costituzionale si conclude con una chiara e perentoria affermazione: “la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della «regola Taricco» nel nostro ordinamento”⁷⁸. Il Giudice delle leggi restituisce, così, una corretta immagine del diritto penale caratterizzata da una marcata, non trascurabile, *diversità* dal resto dell’ordinamento.

6. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: una “precisazione” in tema di disapplicazione

Un altro tema delicato nei rapporti tra giudice e diritto europeo è quello - emerso in tempi relativamente recenti - relativo all’incerta forza applicativa della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché ai rapporti tra la stessa e le fonti preesistenti⁷⁹. Si allude, al riguardo, ad un vero e proprio *rebus* costituzionale ed europeistico⁸⁰.

Recentemente il Giudice delle leggi, affrontando nuovamente la questione relativa alle tecniche decisorie da mettere in campo al fine di risolvere le antinomie tra il diritto interno e il diritto eurounitario, ha, infatti, precisato che la regola della diretta disapplicazione di norme nazionali incompatibili con il diritto eurounitario non vale allorché si prospetti un contrasto con la Carta dei diritti fondamentali, dal momento che questa risulta “dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”⁸¹. Là dove, dunque, il giudice nazionale doves-

⁷⁷ Corte cost. n. 115 del 2018, punto n. 11 del Considerato in diritto.

⁷⁸ Corte cost. n. 115 del 2018, punto n. 14 del Considerato in diritto.

⁷⁹ In argomento, tra gli altri, V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., in particolare 432 ss.

⁸⁰ S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto “à la carte”?*, cit., 3.

⁸¹ Corte cost. n. 269 del 2017, punto n. 5.2 del Considerato in diritto. La pronuncia *de qua* è stata ritenuta (G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Riv. AIC*, n. 2 del 7 maggio 2018, 1) la più rilevante novità giurisprudenziale nei rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario dopo la sentenza Granital n. 170 del 1984, che — come noto — riconobbe esplicitamente il sindacato diffuso di “non applicazione” della disciplina interna incompatibile con quella comunitaria. Ridimensiona, viceversa, il carattere innovativo della decisione L. S. ROSSI, *La sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 31 gennaio 2018, in particolare 8. Sul punto v. anche A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte*

se trovarsi ad applicare norme interne che, a suo giudizio, pongono in essere una violazione di un diritto della persona contenuto sia nella Carta, sia nella Costituzione, sarebbe tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale, che la Corte valuterà “alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (artt. 11 e 117 Cost.) secondo l’ordine di volta in volta appropriato”.

Si prospetta, dunque, un meccanismo diverso (rispetto a quello della diretta non applicazione), posto che – ad avviso della Corte – eventuali violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*, che non risulterebbe invece assicurato dalla disapplicazione, da parte del giudice comune, della legge incompatibile con il diritto dell’Unione. La non applicazione della norma sospetta di essere viziata trasmoderebbe, infatti, nell’ambito di questo contesto, in “una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge”⁸², non consono ad un sistema, come il nostro, che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)⁸³.

nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in www.diritticomparati.it, n. 3 del 2017.

⁸² Corte cost. n. 269 del 2017, punto n. 5.3 del Considerato in diritto. Nello stesso senso Corte cost. n. 20 del 2019, la quale ha ribadito che i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto “parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”. Sicché, fermi restando i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea, occorre considerare la peculiarità delle situazioni nelle quali, in un ambito di rilevanza comunitaria, una legge che incide su diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE. In tali casi – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130 – andrebbe preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* del Giudice delle leggi, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato (punto n. 2.1 del considerato in diritto). “Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione” (punto n. 2.3 del Considerato in diritto).

⁸³ R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1 del 2018, 23.

Tanto premesso, ad avviso di una parte della dottrina, la giurisprudenza in esame testimonierebbe l'intento della Corte costituzionale "di riacquistare e di mantenere il suo ruolo di effettivo custode dei "controlimiti" e cioè dell'identità costituzionale italiana nei confronti di indebite intromissioni da parte dell'ordinamento europeo e della giurisprudenza della Corte di Giustizia"⁸⁴. La Consulta parrebbe, cioè, aver ridimensionato il ruolo del giudice comune e aver ricondotto "sotto l'ombrello della giurisdizione costituzionale la garanzia dei diritti inalienabili della persona", riappropriandosi così "del proprio potere di tutela, che in tempi recenti le era stato in gran parte sottratto dai giudici ordinari" (...). "In tal modo il ruolo della Corte costituzionale come custode dei diritti fondamentali si era ridotto progressivamente, mentre la tutela assicurata dai giudici comuni mediante la mera disapplicazione era gravemente carente essendo limitata al caso di specie e consentiva per il resto la sopravvivenza di leggi nazionali in ipotesi lesive di diritti costituzionali della persona"⁸⁵.

Rimane, tuttavia, aperto il problema di capire in base a quale parametro (interno o europeo) la Consulta dovrà valutare la norma sottoposta alla sua attenzione. Il risultato, infatti, potrebbe non essere del tutto coincidente anche per diritti all'apparenza equivalenti⁸⁶. Inoltre, non è chiaro cosa intenda la Corte quando precisa che l'obbligo a carico del giudice comune di rivolgersi alla Consulta interviene "fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 267 del TFUE". In particolare, non è chiaro a chi spetti effettuare il rinvio (al giudice comune o alla Corte costituzionale)⁸⁷.

In ogni caso, e qualunque soluzione si riterrà di fornire a siffatti interrogativi,

⁸⁴ A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, in *www.forumcostituzionale.it*, 28 febbraio 2018, 1, la quale prosegue osservando come risulti di estrema importanza che "la Corte italiana - come quella di altri Stati membri - abbia avvertito il rischio per l'identità costituzionale nazionale - della quale lo stesso art. 3 *bis* del TUE impone il rispetto da parte dell'Unione - del mantenimento di un atteggiamento eccessivamente acquiescente verso la crescente penetrazione del diritto europeo negli ordinamenti nazionali e la costante espansione dei poteri della Corte europea anche al di là dei confini strettamente risultanti dai Trattati" (ibid., p. 2).

⁸⁵ A. ANZON, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei contro limiti*, cit., 6.

⁸⁶ R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, cit., 26.

⁸⁷ R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, cit., 31. In merito a siffatto profilo si veda, però, anche Corte cost. n. 20 del 2019. Sulla pronuncia *de qua*, per tutti, R. G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *www.giustiziainsieme.it*, 4 marzo 2019.

resta il fatto che detta presa di posizione, al di là delle immediate ricadute sui profili tecnici oggetto di attenzione, testimonia emblematicamente, ancora una volta, come il quadro complessivo dei rapporti tra giudice costituzionale, Corte dell'Unione e giudici comuni sia – ad oggi – “alquanto fluido ed indefinito, aperto ad ogni possibile svolgimento, avendosi da una parte e dall'altra continui aggiustamenti del tiro in ragione tanto della peculiarità dei casi quanto dei modi continuamente cangianti con i quali essi sono trattati dagli operatori”⁸⁸.

7. Il giudice comune e la CEDU

Il protagonismo dei giudici comuni è, infine, alimentato altresì dal potere/dovere di interpretazione convenzionalmente conforme che vincola ciascun giudice ad applicare il diritto interno nel rispetto dei precetti della CEDU, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo⁸⁹. In particolare, ci si limita in questa sede ad accennare a due profili problematici, rilevanti nella prospettiva esaminata. Il primo attiene ai peculiari meccanismi di penetrazione per via giudiziale delle citate garanzie convenzionali; il secondo coinvolge la perimetrazione della “materia penale” ai limitati fini dell'applicazione di dette garanzie.

8. I peculiari (e diversi) meccanismi di penetrazione del diritto CEDU nell'ordinamento interno

Ebbene, occorre subito precisare che fra diritto UE e diritto CEDU sussistono sensibili differenze ontologiche, sicché l'ingresso per via giudiziale nell'ordinamento interno dei contenuti riconducibili, rispettivamente, all'uno o all'altro avviene sulla base di autonomi meccanismi. Più precisamente, il diritto convenzionale, a differenza del diritto eurounitario, può operare unicamente come ausilio interpretativo o come parametro interposto di legittimità, nei termini che si cercheranno di chiarire.

Infatti, come espressamente riconosciuto a partire dalle c.d. sentenze gemelle

⁸⁸ Così A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *www.giuricost.it*, 25 febbraio 2019, 113

⁸⁹ In argomento, per tutti, V. MANES, *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit., in particolare 81 ss.

della Corte costituzionale⁹⁰, le norme CEDU sono norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno. Non sussiste, dunque, una competenza dei giudici nazionali a darvi diretta applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo il diritto nazionale in eventuale contrasto⁹¹. Nondimeno, il giudice ha l'obbligo di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, avendo riguardo al significato attribuito a quest'ultima dalla Corte europea. Allorché, invece, non sia possibile interpretare le norme censurate in senso conforme alla Convenzione, stante l'univocità del dato testuale, l'asserita incompatibilità dovrebbe tradursi in una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., rilevando, appunto, la norma CEDU come norma interposta (previa verifica della stessa compatibilità costituzionale di quest'ultima)⁹².

Detto altrimenti, ed utilizzando le parole del Giudice delle leggi, "ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data

⁹⁰ Corte cost. n. 348 e 349 del 2007.

⁹¹ Corte cost. n. 348 del 2007, in cui si afferma esplicitamente: "La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto" (punto n. 3.3 del Considerato in diritto; nello stesso senso Corte cost. n. 349, punto n. 6.1. del Considerato in diritto). Più di recente v. Corte cost. n. 80 del 2011, in cui si ribadisce l'esclusione della possibilità di riferire alla CEDU il parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione, non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale" (punto n. 5.1. del Considerato in diritto). La sentenza in oggetto ha, altresì, escluso, allo stato attuale, la c.d. comunitarizzazione della CEDU, con il corollario della sua diretta applicabilità (punti 5 ss. del Considerato in diritto).

⁹² *Amplius* E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, cit., § 4.3.

dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato”⁹³.

Invero, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona l’applicazione diretta delle disposizioni convenzionali è stata riproposta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, invocando la “comunitarizzazione” della CEDU. Nondimeno, la Corte costituzionale⁹⁴, ritornando sulla questione, ha confermato l’impossibilità di applicazione diretta della CEDU da parte del giudice comune, il quale, dunque, non potrebbe ritenersi abilitato a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con la Convenzione medesima⁹⁵.

Tanto premesso, occorre, comunque, precisare che, al pari dell’interpretazione comunitariamente conforme⁹⁶, anche quella convenzionalmente conforme non può comportare effetti estensivi, ma solo effetti riduttivi, del penalmente rilevante. Si inserisce in tale prospettiva, per esempio, l’ormai nota questione concernente la violazione degli obblighi inerenti ad una misura di prevenzione. Infatti, con una celebre pronuncia, la Corte EDU ha sottolineato il carattere estremamente vago e indeterminato di alcune prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale (il riferimento era alle prescrizioni di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”) e, dunque, la non conformità di dette prescrizioni ai canoni di legalità, *sub specie* di precisione, determinatezza e prevedibilità, che la Convenzione e i suoi Protocolli impongono siano rispettati da parte di qualunque limitazione di un diritto convenzionalmente tutelato⁹⁷. Detta pronuncia della Corte EDU è stata, quindi,

⁹³ Corte cost. n. 80 del 2011, punto n. 2 del Considerato in diritto.

⁹⁴ Corte cost. n. 80 del 2011. Sulla pronuncia v. R. CONTI, *Gerarchia tra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *www.diritticomparati.it*, 6 marzo 2013.

⁹⁵ Nello stesso senso, CGUE, Grande Sezione, 24 aprile 2012, C-571/2010, Kamberaj, §§ 59 ss.

⁹⁶ V. *supra* § 4.

⁹⁷ Corte EDU, GC, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in particolare §§ 122 ss. Sulla pronuncia *de qua*, per tutti, F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017. Gli effetti ‘a cascata’ della pronuncia De Tommaso sono ricostruiti dalla relazione tematica n. 15/2018 dell’Ufficio del massimario della Corte di Cassazione a cura di D. TRIPICCIÓN, *Le misure di prevenzione personali: verso un’interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea*.

decisiva nell'orientare la successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁹⁸, che, attraverso appunto lo strumento dell'interpretazione conforme, hanno dichiarato inapplicabile il delitto di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, all'ipotesi della violazione delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, in quanto eccessivamente indeterminate, come rilevato proprio dalla Corte europea nella citata sentenza *De Tommaso*.

E nello stesso solco – sia pure mediante una differente dinamica giuridica – si iscrive, altresì, la sentenza con la quale il Giudice delle leggi⁹⁹, di lì a poco, ha dichiarato, finalmente con efficacia *erga omnes*, la parziale illegittimità costituzionale del suddetto art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui si prevede(va) come reato la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, per violazione del canone di prevedibilità contenuto nell'art. 7 CEDU e nell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU, rilevanti come parametri interposti ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

9. La delimitazione della materia penale ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali

Un ambito nel quale, poi, la valorizzazione del ruolo interpretativo del giudice comune si è dimostrata relevantissima concerne l'individuazione delle sanzioni “sostanzialmente” penali in base ai canoni CEDU. Come è noto, infatti, il concetto di materia penale segna il perimetro di operatività di tutta una serie di garanzie riconosciute nel testo convenzionale e nel tempo affinate dalla giurisprudenza di Strasburgo. Sennonché, né la Convenzione né i relativi protocolli offrono una definizione di

⁹⁸ Il riferimento è a Cass., sez. un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, C.e.d. 270496. In argomento, V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss. Analogamente, di lì a poco, anche Cass., I, 9 aprile 2018, n. 31322, relativa all'ipotesi di violazione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni. Su detta pronuncia, per tutti, G. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 luglio 2018.

⁹⁹ Corte cost. n. 25 del 2019. Sul punto S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 marzo 2019.

materia penale e il progressivo chiarimento della stessa è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale¹⁰⁰.

Come noto, è in particolare a partire dalla sentenza Engel che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha cominciato decisamente a emanciparsi dalle nomenclature nazionali¹⁰¹, analizzando il problema della qualificazione penale di determinate conseguenze sanzionatorie sulla base di una propria autonoma interpretazione e individuando – a tal fine – i criteri (c.d. criteri Engel, appunto) per operare una valutazione contenutistica della sanzione che spostasse il baricentro valutativo dalla natura formale dell'illecito alle sue conseguenze giuridiche¹⁰². Sulla scorta di detta giurisprudenza, dunque, la qualifica di “pena” attribuita dall'ordinamento nazionale integrerebbe solo uno degli indicatori di cui tenere conto per stabilire l'ambito della materia penale, ma risulterebbe decisiva la prospettiva teleologica, da misurarsi sulla finalità afflittiva della sanzione. Sicché, nell'ambito dell'ampio e variegato novero di conseguenze sanzionatorie, sarebbero qualificabili come para-penali tutte (e solo) quelle sostanzialmente volte a punire, ossia quelle che arrivano “ad attingere (...) una sofferenza legalmente inflitta *voluta e necessaria*, ossia orientata ad essere compresa come tale (...) oltre che impiegata in chiave di deterrenza”¹⁰³, escludendo la plausibilità di scopi diversi, di natura riparatoria, risarcitoria o preventiva¹⁰⁴.

¹⁰⁰ In argomento la letteratura è ormai pressoché sterminata. Ci limitiamo a ricordare, *ex multis*, in questa sede, C. E. PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; V. MANES, *sub art. 7 CEDU*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova, 2012, 258 ss.; F. MAZZUCUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, in particolare 7 ss.; N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 27 ss.; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

¹⁰¹ CEDU (Plenaria), 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, in tema di sanzioni disciplinari militari.

¹⁰² Tali criteri - che sono, invero, stati poi affinati nel corso del tempo (in particolare si vedano CEDU, GC, 21 febbraio 1984, Otzürk c. Germania, in tema di sanzioni connesse alla circolazione stradale; CEDU, GC, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, concernente il rispetto delle garanzie dell'equo processo) - si ritiene possano oggi identificarsi nella qualificazione dell'infrazione in base al diritto interno; nella natura dell'infrazione; nello scopo punitivo; nella severità della sanzione; nelle procedure di adozione ed esecuzione della stessa. Detti criteri, peraltro, potrebbero operare in via alternativa, senza che ciò impedisca di adottare un “approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale»”. Così CEDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia. Nella giurisprudenza costituzionale italiana, tra le altre, Corte cost. n. 109 del 2017, punto 3.1. del Considerato in diritto.

¹⁰³ V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1002.

¹⁰⁴ V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 1003. Nella giurisprudenza costituzionale v., per tutte, Corte cost. n. 196 del 2010, che ha riconosciuto natura sostanzialmente penale alla confisca dell'autoveicolo per guida in stato di ebbrezza, escludendo la natura preventiva della stessa.

Una volta riconosciuta la natura punitiva di una determinata misura, la Corte europea invita l'interprete ad abbandonare ogni ulteriore distinzione e, in particolare, la tradizionale partizione tra pene e sanzioni amministrative.

Siffatto *modus procedendi* risponde – come è noto – all'esigenza di evitare pratiche elusive da parte dei Paesi aderenti alla Convenzione, dato che alcune fondamentali garanzie che la CEDU pone, quali quelle in tema di equo processo (art. 6), di *nulum crimen sine lege previa* (art. 7) e di *ne bis in idem* (art. 4 Prot. n. 7), operano proprio con riferimento alla “materia penale”. Sicché, soltanto svincolando la loro operatività dalla formale nomenclatura adottata dalle legislazioni nazionali è possibile assicurarne la piena effettività, evitando che il rispetto delle stesse sia rimesso alla discrezionalità degli Stati membri.

Senonché, i c.d. criteri Engel si sono rivelati nella prassi applicativa piuttosto fluidi e manipolabili, “sapientemente congegnati – così ritiene una parte della dottrina – in modo da poter giustificare la soluzione che meglio si addice al caso da risolvere, senza una reale previa «predicabilità» dell'approdo (...), a scapito della stabilità di indici, strutture e rapporti punitivi da tempo consolidati nei diritti nazionali dei diversi Stati”¹⁰⁵.

La stessa Corte costituzionale ha espresso preoccupazione sia pure incidentalmente, per “il criterio casistico cui sarebbe (...) consegnata l'identificazione della natura penale della sanzione (che potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.)”¹⁰⁶.

Sicché, in sintesi, l'interpretazione convenzionalmente orientata, nelle sue diverse forme di estrinsecazione, è senz'altro preziosa nella misura in cui tende ad un innalzamento del livello interno delle garanzie. Nondimeno, essa porta in grembo il

¹⁰⁵ M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 12, nota 22. Sostanzialmente nello stesso senso V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 1002. Si veda, altresì, N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 30, ad avviso del quale “si deve, in effetti riflettere sulla circostanza che lasciare al singolo giudice la decisione sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, sulla base dei criteri Engel, è anche –paradossalmente!– un *vulnus* alla legalità penale europea, intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del reato: siccome le scelte interpretative possono divergere, alla fine un testo legale chiaro può essere pregiudicato da un'applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria”.

¹⁰⁶ Corte cost. n. 109 del 2017, punto n. 3.1. del Considerato in diritto. Sulla pronuncia, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.* n. 4 del 2017, 118.

rischio di “importare nell’ordinamento nazionale non solo i principi europei, ma anche la logica decisoria ad essi sottesa”¹⁰⁷. In tal modo, il *vulnus* – sia pure ben intenzionato – potrebbe essere “profondo perché, così facendo, si finisce per rendere flessibile tutto il sistema interno delle garanzie della giustizia penale”. Neppure il necessario adeguamento alla Convenzione, in altre parole, “può essere pagato al prezzo, troppo elevato, di mandare in frantumi la solida cornice del principio di legalità formale in cui è racchiuso il sistema penale interno”¹⁰⁸.

10. Considerazioni conclusive. Quali possibili rimedi alla sconfinata dilatazione dei poteri del singolo giudice?

Il quadro di complessiva destrutturazione multilivello del sistema normativo e il conseguente potenziamento del ruolo del giudice hanno fatto deflagrare – in termini generali – una forte tensione tra legalità e diritto giurisprudenziale¹⁰⁹. Ma – in termini specifici – siffatta tensione, nell’ambito dello *ius puniendi*, rischia di compromettere un imprescindibile fascio di garanzie individuali, necessarie per rendere accettabile un diritto per sua natura “così fisiologicamente disumano”¹¹⁰.

Le differenti dinamiche di penetrazione del diritto europeo nel diritto interno hanno, inoltre, notevolmente accentuata un’insidiosa imprevedibilità *ex ante* circa la soluzione delle singole questioni, il novero delle guarentigie riconosciute, e, soprattutto, circa gli effettivi spazi del libero agire del cittadino. Una imprevedibilità, questa, che espone ogni consociato a rischi non preventivabili, diffondendo una percezione di quasi casualità, o di precarietà del diritto¹¹¹.

Occorre, dunque, riscoprire (talvolta, infatti, sembra che ce ne siamo dimenticati) e ribadire la natura *ius exceptum* del diritto penale, il quale non può non essere assoggettato a regole, anch’esse, eccezionali.

In questo momento storico, lo sforzo principale della dottrina e della giurisprudenza dovrebbe, dunque, essere quello di meglio chiarire e ‘standardizzare’ il più possibile i meccanismi di ingresso per mano del giudice del diritto europeo nel diritto

¹⁰⁷ O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, cit., 76.

¹⁰⁸ O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, cit., 77.

¹⁰⁹ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 230

¹¹⁰ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “mala legalità”, dintorni*, cit., 103.

¹¹¹ Così, M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella*, cit., 12.

to interno, avendo ben chiare alcune coordinate.

L'obbligatorietà e vincolatività del diritto UE (oltre che del diritto europeo dei diritti umani) non possono essere affermate senza limiti. Al contrario, detti limiti esistono e vanno azionati senza indugio quando la normativa sovranazionale attenta a strutture e principi identitari, non negoziabili e non subalterni alla dimensione giuridica sovranazionale¹¹².

In tale prospettiva, fino ad ora è stata soprattutto “la Consulta a fare un buon lavoro, selezionando e «lasciando entrare» solo ciò che calza(va) sul nostro modo d'intendere il sistema di giustizia penale”¹¹³. Le pronunce rese in relazione a singoli casi hanno assunto una rilevanza che è andata ben oltre la soluzione della specifica questione concreta. I giudici costituzionali hanno, infatti, affermato con indiscussa autorevolezza e categorica assertività “la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici. Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalorava (...) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”¹¹⁴.

Niente affatto irrilevante è poi il passaggio nel quale il Giudice delle leggi ci ricorda che anche “la Grande sezione della Corte di giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B., ha compreso il dubbio interpretativo di questa Corte e ha affermato che l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la nor-

¹¹² F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “mala legalità”, dintorni*, cit., 173. Analogamente, V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, cit., 17.

¹¹³ V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, cit., 27.

¹¹⁴ Corte cost. n. 115 del 2018, punto n. 11 del Considerato in diritto.

mativa interna in materia di prescrizione, sulla base della “regola Taricco”, viene meno quando ciò comporta una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell’applicazione retroattiva di una normativa che prevede un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”¹¹⁵.

Ebbene: prima ancora che al giudice di Lussemburgo, la Consulta parrebbe aver lanciato un monito al giudice interno rispetto ai sempre più concreti rischi di deriva creatrice della giurisprudenza, per via di forme più o meno spinte di interpretazione conforme, di iniziative (non sempre pienamente convincenti) di non-applicazione della disciplina interna ritenuta dal giudice incompatibile con il diritto europeo, di rinvii pregiudiziali *in malam partem*, recanti un impiego in varie forme abusivo di tale strumento¹¹⁶.

Sicché, dette reiterate affermazioni da parte del Giudice delle leggi, per via delle quali parrebbe essere stato sguainato un vero e proprio scudo a protezione dell’architettura identitaria del nostro ordinamento, non possono non essere valorizzate dall’interprete¹¹⁷. Come ammonisce parte della dottrina attraverso un’efficace metafora, “l’uscio del sistema domestico, dunque, va certo aperto, ma tenendo sempre una mano sul pomello: lasciando entrare solo ciò che calza sulla «logica reocentrica» che innerva la giustizia penale continentale, e che, tutto sommato, è imposta dal diritto penale costituzionale vetero–democratico”¹¹⁸.

Forse è presto per affermare che sia stata imboccata la strada che inverte la tendenza ad assecondare gli eccessi dell’europeseismo giudiziario. Di sicuro, però, sono stati lanciati segnali forti in questa direzione¹¹⁹, che non ci devono lasciare indifferenti e che non possono essere ignorati.

¹¹⁵ Corte cost. n. 115 del 2018, punto n. 6 del Considerato in diritto.

¹¹⁶ Così R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, cit., 12.

¹¹⁷ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, cit., 138.

¹¹⁸ V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, cit., 171, il quale esprime considerazioni particolarmente critiche nei confronti dell’approccio “vittimo-centrico e punitivista sposato dalla Corte europea”.

¹¹⁹ Allude a “segnali disordinati, ma confortanti, di vitalità della riserva di legge”, a “chiari segnali in controtendenza emersi nel nostro ordinamento, seppure in maniera contingente ed sistematica” che dimostrerebbero “che la riserva di legge non sia stata cancellata o sia prossima ad esserlo, ma stia iniziando a trovare nuova linfa”, anche G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, cit., 1444.