

# DIRITTO PENALE E UNIONE EUROPEA: “THE DARK SIDE OF THE MOON”. LE ESIGENZE ESISTENZIALI E LOGICHE DEL PRIMATO, I LIMITI DEI CONTROLIMITI E L’INERZIA DEL LEGISLATORE NAZIONALE



*Matteo Romagnoli \**

SOMMARIO: 1. Il lato oscuro del diritto dell’Unione europea. – 2. Diritto penale e Unione europea: lost in translation? – 1.1 Le molte fatiche del diritto penale europeo. – 1.2 Il controlimito come riparo dal giudice di scopo. – 3. Un errore di prospettiva: la minaccia dei controlimiti alle esigenze essenziali e logiche dell’ordinamento UE. – 3.1 Il «dialogo come metodo»: fine di una retorica ed inizio di una pratica ordinamentale attenta alle necessità essenziali degli ordinamenti coinvolti. – 3.2 Un approccio opposto rispetto ai conflitti interordinamentali: il Bundesverfassungsgericht dai monologhi alle minacce fino all’azione di “disintegrazione” del primato. – 3.3 L’occasione di creare un rapporto organico e istituzionale di risoluzione delle controversie “identitarie” tra gli ordinamenti tramite la doppia pregiudizialità. – 4. Il lato nascosto dei controlimiti e la conseguente inerzia dei legislatori rispetto alle cause del conflitto interordinamentale. – 5. Come superare la visione europea della minaccia di pena in qualcosa che somigli al diritto penale. – 5.1 L’ordinamento giuridico euro-unitario e il giudice costituzionale nazionale come riparo dal giudice di scopo. – 5.2 Le responsabilità e le possibilità degli organi politici nazionali per la costruzione di uno statuto garantistico dell’Unione europea. – 6. Conclusioni.

## 1. Il Lato oscuro del Diritto dell’Unione europea

“*The dark side of the moon*” oltre ad essere un celebre album dei *Pink Floyd*, è prima di tutto un fenomeno astronomico: se si osserva il satellite del punto di vista della Terra ci sarà sempre una porzione dell’emisfero della luna che non sarà mai osservabile a causa della rotazione sincrona lunare. Utilizzandolo come metafora, si potrebbe dire che esiste un lato oscuro del diritto dell’Unione europea: se si guarda a quest’ultimo dalla prospettiva della propria “materia” si rischia di vederne sempre e solo una faccia parziale. Accade ancor di più se il punto di partenza è un risultato specifico dell’applicazione del diritto dell’Unione, e se il percorso di analisi è un percorso a ritroso inverso a quello che parte dai presupposti che sono alla base di tale

---

\* Dottorando di ricerca in *European and Transnational Legal Studies* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze

ordinamento. Si corre il serio rischio che la soluzione del problema settoriale crei pericolose distorsioni sull'intero ordinamento UE. Pertanto, occorre non semplificare il problema facendo la fatica dell'astronauta, ovvero spostarsi dal proprio punto di vista e partire per esplorare tutte le facce dell'ordinamento UE.

È stato detto che la gloria del diritto dell'Unione europea non splende nel diritto penale<sup>1</sup>. Il problema è il persistente grosso ritardo dell'ordinamento europeo nello sviluppo dello statuto garantistico che deve accompagnare la 'nuova' competenza in ambito penale. Questo fenomeno viene definito come un mutamento nel "rapporto di scala tra tutela e garanzia: la prima si apre all'Europa più della seconda"<sup>2</sup>. Da qui nasce la duplice preoccupazione del penalista, la prima nei confronti dello sviluppo della competenza dell'Unione nel campo della tutela penale, anche se indiretta. La seconda nei confronti della normativa UE con efficacia diretta sul diritto penale interno che, in forza del principio del primato, impone al giudice l'adozione di interpretazioni conformi o la disapplicazione della legge statale in caso di contrasto col diritto dell'Unione. I mutamenti ordinamentali non autorizzano il penalista "a disperdere quella specificità culturale del settore penale, in virtù della quale le nuove istanze di tutela devono restare avvinte al catalogo delle garanzie"<sup>3</sup>. L'osmosi dei due ordinamenti rischia spesso di creare tensioni con i principi che stanno alla base della diversità normativo-ermeneutica del diritto penale. Però, per affrontare questo problema in modo non distruttivo è necessario comprendere che la dimensione sovranazionale è stata costruita "non pensando solo al diritto penale"<sup>4</sup>. Al contrario, si tratta di un ordinamento estremamente omogeneo nella disciplina considerando invece l'eterogeneità delle materie che lo compongono. È pertanto necessario acquisire piena consapevolezza di tutti quei punti che rimangono «oscuri» all'osservazione del diritto dell'UE se si vuole affrontare il problema senza correre il rischio di «buttare via il bambino con l'acqua sporca». Come l'ordinamento penale nazionale ha la preoccupazione di tutelare l'esigenza di conservazione dei propri assetti<sup>5</sup>, anche l'ordinamento sovranazionale ha le sue esigenze da salvaguardare. Al fine di ottenere una tutela organica degli elementi essenziali dei due ordinamenti e

---

<sup>1</sup> Vedi F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *Criminalia*, 2020, p. 285.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>4</sup> C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e il diritto europeo*, in *Criminalia*, 2020, pp. 253-283, p. 259.

<sup>5</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 339-360, p. 354.

della loro integrazione bisognerà chiarire quali siano questi elementi e, successivamente, quali siano gli organi istituzionali da coinvolgere in un'assunzione di responsabilità. Una volta che questo sarà chiaro si cercherà di vedere quali siano le possibili linee di sviluppo che possano permettere l'affermarsi di uno statuto penale garantistico dell'Unione europea.

## 2. Diritto penale e Unione europea: lost in translation?

La principale conseguenza del processo di europeizzazione del diritto penale è stata l'acuirsi delle tensioni interne alla legalità penale, "*finendo per fare di quest'ultima un potenziale terreno di scontro*"<sup>6</sup> tra principio del primato e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. È ormai più che evidente che "*il coinvolgimento della legalità come argomento del conflitto rischia di esasperarlo proprio in ragione dell'aura mitica e per così dire non negoziabile che avvolge la legalità penale*"<sup>7</sup>. In realtà, le incursioni sovranazionali nell'ambito penale attualmente sono soltanto una delle cause dell'erosione della legalità nell'ordinamento giuridico italiano, che possono essere divise in dirette ed indirette, in esogene ed endogene<sup>8</sup>. Le incursioni del diritto europeo sono classificabili come esogene ed indirette. Perciò, contribuiscono soltanto non essendo le principali<sup>9</sup>. Inoltre, riguarderebbero soltanto settori specifici e non l'intera materia penale<sup>10</sup>. Pertanto, la dicotomia tra principio di legalità penale e diritto europeo deve essere collocata in un problema più ampio che oggi riguarda la legalità penale in generale<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in europa*, in O. ROSELLI (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 301-309, p. 301.

<sup>7</sup> F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cassazione penale*, 2016, pp. 2695-2704, p. 2697.

<sup>8</sup> Mantovani individua le cause endogene dirette dell'erosione del principio di riserva di legge in vari fenomeni: nell'inflazione legislativa, nell'endemica instabilità della legislazione, nella sciattezza linguistica e nell'oscurità del prodotto legislativo, nella legislazione per «clausole», nella indeterminazione della norma penale e nella decodificazione (F. MANTOVANI, *Erosione della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in *disCrimen*, 2018, p. 7 ss.).

<sup>9</sup> Cfr. Ivi, p. 10.

<sup>10</sup> Cfr. Ivi, p. 11.

<sup>11</sup> Vedi F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 2697: "*La perdita di peso della riserva di legge nell'economia complessiva della legalità è sotto gli occhi di tutti. [...] In verità, ancor più e ancor prima sono state le vicende di casa nostra a mettere fortemente tra parentesi il ruolo della riserva*".

### 1.1 – *Le molte fatiche del diritto penale europeo*

Per via della riserva di legge assoluta operante in quest'area dell'ordinamento, le reciproche influenze tra la potestà normativa UE e gli ordinamenti degli Stati membri assumono caratteristiche singolari. In particolare, il perdurante *deficit* democratico dell'UE ha solitamente simboleggiato il più grande ostacolo all'approvazione di una competenza penale diretta dell'UE<sup>12</sup>. Inoltre, tale *deficit* è il perno alla base di molte critiche alle potestà normative indirette e alle scelte di politica criminale che ne derivano. Tali preoccupazioni nascono dal dubbio della gran parte della dottrina penalistica circa la conformità o meno della procedura legislativa ordinaria (PLO) – prevista esplicitamente per l'art. 83 TFUE – “*ai principi procedurali di garanzia tipici di una democrazia rappresentativa, incentrata sulla capacità di confronto tra forze politiche disomogenee*”<sup>13</sup>.

L'Unione europea si è vista riconoscere una competenza normativa nel settore del diritto penale dal Trattato di Lisbona all'articolo 83 TFUE. Tale norma prevede che Parlamento europeo e Consiglio “*possono stabilire norme minime relative alla definizione di reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*”<sup>14</sup>. È una norma di natura sostanziale che prevede la base giuridica per l'intervento dell'UE in materia di armonizzazione normativa circa le figure di reato lì individuate. L'UE può legiferare in questa «materia» limitatamente a settori di criminalità particolarmente grave e tassativamente elencati. Oltretutto, è necessaria l'interposizione dei parlamenti nazionali. Difatti, “*l'art. in esame impone l'utilizzo della direttiva analogamente all'art. 82.2 per la necessità di contemperare la limitazione alla sovranità degli Stati in questo settore con le regole fondamentali del campo penale proprie di ogni ordinamento*”<sup>15</sup>. Per queste ragioni si parla di una competenza penale indiretta che, allo stesso tempo, vincola il legislatore nazionale ma lo coinvolge nel proces-

<sup>12</sup> Vedi ad esempio C. CUPELLI, *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, pp. 535-561, p. 537.

<sup>13</sup> Ivi, p. 543, che si chiede “*se gli atti penali europei che ne possono scaturire siano realmente espressione di una dialettica tra maggioranza e opposizione, sottoposti al vaglio di un organo legittimato che, in quanto rappresentativo, appaia capace di effettuare scelte di incriminazione in aderenza al fondamento di garanzia del nullum crimen sine lege, in quel “rapporto di consensi rigorosamente democratico tra i cittadini e l'organo che detiene tale potestà.”*” (pp. 543-544).

<sup>14</sup> Articolo 83, comma 1, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>15</sup> M. CASTELLANETA, *Commento articolo 83 TFUE*, in F. POCAR e M. C. BARUFFI, *Commentario Breve ai trattati dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 674-679, p. 675.

so<sup>16</sup>. Al contrario, il compianto professor Tesauro non riteneva che l'art. 83 TFUE rappresentasse l'esercizio di una competenza penale, neanche indiretta, in quanto rimane necessaria la mediazione sostanziale degli Stati membri<sup>17</sup>. Riteneva, infatti, che *"la norma penale si concretizza solo con la determinazione della sanzione applicabile"*<sup>18</sup>. La direttiva ex art. 83 TFUE non trova applicazione nell'ordinamento nazionale in mancanza di un intervento del legislatore<sup>19</sup>. In questo senso è molto rilevante che per giurisprudenza costante della CGUE *"una direttiva 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"*<sup>20</sup>. Ciò esclude l'applicazione a questo tipo di direttive della c.d. dottrina degli effetti diretti. Detto ciò, nonostante l'Unione europea sia ancora priva di una potestà punitiva penale propria, il fenomeno che viene denunciato dalla gran parte della dottrina penalistica è quello della sua notevole incidenza sulle scelte politico-criminali degli Stati membri<sup>21</sup>.

Inoltre, ci sono due condizioni che qualora si presentassero assieme, in combinato disposto, farebbero sì che la disciplina penale in *malam partem* derivante da direttive ex art. 83 TFUE possa concretamente andare a creare distorsioni gravi della riserva di legge. La prima condizione è quella per cui l'eccessivo dettaglio della norma europea nell'individuare le summenzionate «norme minime» precluda al legislatore nazionale *"qualunque scelta discrezionale in merito non solo al contenuto del precetto, ma anche alla meritevolezza e necessità del ricorso alla sanzione criminale"*

---

<sup>16</sup> Vedi G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovine Editore, Napoli, 2011, pp. 2307-2350, p. 2327.

<sup>17</sup> Vedi G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè editore, Milano, pp.665-676, pp. 669-670.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cfr. Sentenza della CGUE del 5 dicembre 2015, *Consiglio c. Commissione*, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542, par. 49.

<sup>20</sup> Sentenza della CGUE del 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, C-387/02, C-391/02, C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270, par. 44.

<sup>21</sup> Vedi *ex multis* G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra 'dialoghi' e 'monologhi'*, in A.M. MANCALEONI e E. POILLOT, *National judges and the case law of the Court of Justice of the European Union*, 2021, pp. 65-102; F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, cit.; A. DI MARTINO, *Inter-Legality and Criminal Law*, in J. KLABBERS and G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 250-267; C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, cit.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009.

per la sua eventuale violazione, potendo questi determinare solo il quantum della pena (e talvolta nemmeno questo, quando la direttiva contenga indicazioni sui limiti di pena)<sup>22</sup>. Se a tale condizione si aggiunge anche quella per cui nell'ordinamento italiano la legge n. 234 del 2012, che disciplina il meccanismo di recepimento delle direttive tramite la legge di delegazione europea, prevede “*criteri necessariamente molto generici in quanto stabiliti una volta per tutte, destinati ad operare in relazione a materie tra loro anche molto eterogenee (quelle di cui all’art.2 TFUE*”<sup>23</sup>; allora, nonostante il formale rispetto della riserva di legge parlamentare da parte dell'ordinamento europeo e l'altrettanto formale rispetto di tale riserva assicurato dall'uso del decreto delegato il tutto si risolverebbe con un sostanziale svuotamento del principio della riserva. Dunque, molti dubbi e problemi possono essere avanzati riguardo all'idoneità dello strumento attraverso cui le scelte di politica criminale UE irrompono nell'ordinamento nazionale<sup>24</sup>.

Allo stesso tempo l'esclusivo monopolio statale delle valutazioni politico criminali viene penetrato dal diritto dell'Unione, rendendo inarrestabile la genesi di

<sup>22</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli editore, Torino, 2021, p. 115.

<sup>23</sup> Ivi, p. 116; vedi anche C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Diritto penale e processo*, 2013, pp. 411 s., p. 414. Tali criteri sono previsti all'articolo 31 della Legge del 24 dicembre 2012 n. 234.

<sup>24</sup> In particolare, già la c.d. «legge comunitaria» rimetteva al singolo provvedimento annuale il compito di graduare le diverse tecniche normative. (Vedi M. CARTABIA e M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli editore, 2011, p. 101 ss.) Con tale sistema di recepimento, per le norme penali si è sempre ricorso ad una delega al governo. Tale scelta presentava dei limiti che la dottrina giuspubblicistica non tardò di denunciare, in quanto generava il paradosso per cui il governo partecipando al Consiglio dell'Unione si imporrebbe i principi e i limiti a cui adeguarsi nell'esercizio della legislazione delegata. (Vedi M. CARTABIA, *Principi di delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1993, p. 2044 ss., p. 2051) Se ciò non bastasse, con l'introduzione della legge n. 234 del 2012, “*in una prospettiva penalistica, [...] i guasti connessi alla delegazione legislativa non possono dirsi sanati; anzi se possibile i profili patologici risultano addirittura aumentati a seguito della discutibile scelta di cristallizzare una volta per tutte – alla lettera d) del primo comma dell’art. 32 – un modello di principi e criteri sanzionatori di massima così sottraendoli alle valutazioni annuali del Parlamento. Il meccanismo risulta così affetto, sul piano applicativo, da un vizio di fondo difficilmente superabile, quello di accrescere in campo penale il protagonismo dell'esecutivo tipicamente connotato all'istituto della delega. Infatti, nonostante l'intento di snellire, la legge di delegazione europea continuerà fisiologicamente a contenere una delega alla traduzione di direttive, le più eterogenee quanto alla materie disciplinate; e proprio questa eterogeneità fa sì che i criteri della delega sanzionatoria, pur in sé apprezzabili, non siano altro che generalissimi principi orientativi di politica sanzionatoria, come tali rimessi interamente all'esecutivo per la loro concretizzazione: “principi e criteri assolutamente privi di contenuto precettivo, tendenzialmente tautologici, e sempre identici a se stessi.” (C. CUPELLI, *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, cit., p. 550).*”

concetti penali in un contesto non più nazionale<sup>25</sup>. Questo sembra segnare un cambiamento irreversibile per quanto riguarda la competenza politica delle decisioni di criminalizzazione<sup>26</sup>. Perciò lasciano perplessi sia il fatto non ci sia alcuna attribuzione di competenze all'UE dal lato delle garanzie sia il fermo divieto di armonizzazione dei c.d. concetti di 'parte generale' previsto dallo stesso art. 83 TFUE. Da ciò deriva la difficoltà di sviluppare uno statuto garantistico del diritto penale UE: la previsione di una competenza specificatamente limitata alla «parte speciale» del diritto penale, è un dato piuttosto problematico sotto il profilo della costruzione di garanzie dell'ordinamento UE. L'articolo 83 TFUE, infatti, contiene i limiti – già presenti nel Trattato di Amsterdam – ad un'armonizzazione rispetto ai concetti di teoria generale del reato, del reo e della pena<sup>27</sup>. Il problema del diritto penale europeo è pertanto strutturale: non è nato come i diritti penali nazionali nel quadro di una problematizzazione – pur difficoltosa, incompiuta e progressiva – circa la natura duplice del diritto penale, cioè come arma a doppio taglio. Manca una riflessione europea critica circa i beni suscettibili di tutela, le scelte di politica criminale da attuarsi, oppure i principi liberali come legalità, offensività e colpevolezza, che rendono tale materia diritto e non pratica di polizia o minaccia di pena. Il diritto penale europeo ha relegato le garanzie agli ordinamenti penali nazionali, potendo nascere così «in sordina», come diritto penale di parte, valorizzando e perseguendo soltanto esigenze di tutela. È perciò palese che si sia perso qualcosa – in termini di garanzia – nella traduzione del diritto penale dalla matrice nazionale ad un diritto penale sovranazionale. Si è dimostrata vera l'ipotesi per cui *“l'idea di un ferreo monopolio della fonte legislativa, se non addirittura dell'atto di legge parlamentare, è troppo sensibile ai concreti equilibri e ai rapporti di forza tra poteri ed organi della produzione giuridica per potersi imporre mediante meccanica trasposizione dei suoi schemi teorici”*<sup>28</sup>.

Con l'intento di andare in una direzione diversa, un gruppo di studiosi ha

---

<sup>25</sup> Cfr. C. CUPELLI, *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, cit., p. 536; vedi anche F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di diritto penale e processuale*, 2011, p. 4 ss.

<sup>26</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Inter-Legality and Criminal Law*, cit., p. 261.

<sup>27</sup> Vedi M. CASTELLANETA, *Commento articolo 83 TFUE*, cit., p. 675; Effettivamente, *“la mancata previsione di un coordinamento quanto ai concetti di teoria generale del reato, del reo, della pena, si riverbera naturalmente sull'efficacia della armonizzazione della parte speciale, dato l'importante ruolo dei suddetti concetti ai fini della concreta punibilità di certi comportamenti.”* (G. CARELLA, M. CASTELLANETA, A. DAMATO e G. PIZOLANTE, *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea*, Giappichelli editore, Torino, 2009, p. XLIII).

<sup>28</sup> F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cassazione penale*, 2016, pp. 2695-2704, p. 2696.



messo nero su bianco un «Manifesto sulla politica criminale europea» evidenziando come ancora manchi all'ordinamento UE “*una compiuta elaborazione della dimensione del diritto penale come garanzia e come limite della politica criminale*”<sup>29</sup>. Questo è evidente anche qualora si guardi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella prospettiva della valorizzazione di principi<sup>30</sup>. I suggerimenti forniti dalla Carta sono di grande valore nella dimensione ideale ma, finora, nella dimensione pratica non ancora emergevano con la stessa forza. Allo stesso modo, con l'aspirazione di formare una politica penale dell'UE più coerente ed in linea con i diritti penali degli Stati membri la Commissione ha adottato la Comunicazione n. 573 del 20 settembre 2011<sup>31</sup>. Tale documento identifica i principi basilari per assicurare una coerenza nella produzione normativa europea in ambito penale. Vi sono contenute grandi novità e notevoli aperture garantistiche per informare l'attività del Legislatore europeo, apparentemente in linea con le indicazioni del Manifesto. Eppure, il nome dato alla comunicazione tradisce il paradigma che caratterizza la politica criminale europea: “*garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*”. «*Nomen omen*», lo stilema narrativo del diritto penale contenuto nei Trattati è quello, come precedentemente mostrato, della general prevenzione che induce al rischio che – anche qualora si vogliano implementare principi garantisti – “*il diritto europeo riduca il diritto penale ad un ‘meccanismo di rafforzamento’ del diritto europeo e degli scopi europei per specifici settori*”<sup>32</sup>.

Quindi, cosa rende il diritto penale europeo così avvinto alle esigenze di tute-

<sup>29</sup> L. FOFFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, 2010, pp. 657-671, p. 664; si veda l'attività dell'European criminal policy initiative: <http://www.crimpol.eu/>.

<sup>30</sup> Vedi *Ibidem*: “*Basti a tal fine ricordare le solenni affermazioni relative alla inviolabilità della dignità umana (art. 1) [...], al divieto della pena di morte (art. 2), alla proibizione della tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4), alla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5), al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale (art. 47), alla presunzione di innocenza e ai diritti della difesa (art. 48), ed infine – con riferimento specifico al diritto penale sostanziale – l'affermazione dei principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene – comprensivo della retroattività della lex mitior (art. 49) – e del principio del ne bis in idem sostanziale e processuale (art. 50). Si tratta verosimilmente del primo nucleo per la costruzione di un volto costituzionale europeo dell'illecito penale, da elaborare e sviluppare per garantire che i nuovi poteri di armonizzazione e orientamento della politica criminale da parte dell'UE ex art. 83 TFUE vengano esercitati in un quadro di fondo di razionalità, coerenza e rispetto dei diritti fondamentali*”.

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM/2011/573 def., 20 settembre 2011.

<sup>32</sup> H. SATZGER, *Le Carenze della politica criminale europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1280.



la? Perché fatica ad avere una permeabilità alle garanzie nazionali? Come si può spiegare questo paradosso? Probabilmente, lo si può indicare come il risultato dell'inserimento della materia penale nel c.d. «teologismo efficientista» perseguito dal diritto dell'Unione europea<sup>33</sup>. Tale predisposizione del diritto UE non sempre si concilia con le funzioni della pena e i principi di garanzia. La Corte di giustizia, seguendo tale inclinazione, rischia spesso di creare spaccature tra la cultura penalistica e le istanze del diritto euro-unitario interpretando quest'ultimo con una logica funzionale che mira alla massimizzazione dell'effettività del diritto UE<sup>34</sup>. Pertanto, mentre il diritto penale costituzionalmente orientato si preoccupa di circoscrivere la tutela del bene protetto in funzione di garanzia della libertà, a livello europeo la preoccupazione è opposta. Per come il diritto penale europeo è sempre stato pensato e scritto nei Trattati salta all'occhio la preoccupazione della estensione maggiore possibile della tutela degli interessi, e ciò si riverbera sulla massimizzazione dell'efficacia della stessa e quindi anche un'implementazione della repressione laddove ve ne sia bisogno<sup>35</sup>. Nei fatti *"la politica criminale promossa dall'UE ha a cuore l'allineamento delle legislazioni lungo lo standard di tutela più elevato, trascurando di promuovere un simmetrico adeguamento dei migliori livelli nazionali di garanzia"*<sup>36</sup>. In sostanza, da quanto finora riportato è possibile desumere che per come sono state redatte le norme di diritto primario dell'Unione in campo penale – escludendo una competenza generale dell'UE e affermando una serie di obiettivi di criminalizzazione – la competenza e le norme in materia di politica criminale risultano alquanto incisive e invasive, comunque dinamiche, mentre la competenza e le norme in materia di garanzia risultano alquanto scarse, comunque statiche, stagnanti.

## 1.2 – Il controlimite come riparo dal giudice di scopo

L'aspetto più complesso e discusso nel rapporto tra diritto penale e Unione

---

<sup>33</sup> Cfr. C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, cit., p. 258.

<sup>34</sup> Cfr. C. SOTIS, *La Corte di Giustizia. Ruoli, mentalità e ideologie*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA e L. ZILLETTI (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Roma, 2018, p. 55-73, p. 57.

<sup>35</sup> Vedi G. FLORA, *Poteri del Giudice europeo e disarticolazione degli assetti istituzionali degli Stati membri*, in C. PAONESSA e L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016, pp. 167-170, p. 167.

<sup>36</sup> F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, cit., p. 300.

europea riguarda il piano applicativo del diritto sovranazionale che, secondo la dottrina penalistica, allargherebbe eccessivamente le opzioni che si presentano all'interprete<sup>37</sup>. Tali margini interpretativi più ampi porterebbero il giudice ad avere “*il potere di scegliere la fonte da applicare, ipotecendo in tal modo la soluzione*”<sup>38</sup>. Tale considerazione fa leva su un fenomeno innegabile degli ultimi anni perfettamente riassunto dal Presidente emerito della Consulta Gaetano Silvestri: “*l'incontenibile espansione del potere giudiziario nell'epoca contemporanea, [...] effetto della crisi dell'indirizzo politico, considerato unitariamente nei tre momenti costitutivi (individuazione dei fini, predisposizione dei mezzi, attuazione)*”<sup>39</sup>. Indubbiamente, lo sbilanciamento dalla legislazione alla giurisdizione, caratteristica fondamentale dell'esperienza giuridica attuale, viene in parte incentivato dalla intersezione tra ordinamenti nazionali ed europeo, che darebbero ai giudici spazi “*immensi, incomparabilmente più dilatati e più complessi di quelli caratteristici dell'interpretazione «tradizionale»*”<sup>40</sup>. Inoltre, secondo la penalistica italiana<sup>41</sup>, il principio di legalità penale è stato indebolito a causa della facilità con cui il diritto UE ha fornito al giudice comune dei poteri – l'interpretazione conforme e la disapplicazione – finalizzati all'applicazione del diritto europeo che “*per la loro natura e per la loro incisività, non sempre rispondono alle tradizioni costituzionali di molti paesi*”<sup>42</sup>. Tali meccanismi di adeguamento diretto del diritto interno all'ordinamento sovranazionale ad opera del giudice comune si traducono in pratica in poteri «paralegislativi». In altre parole, “*le operazioni ermeneutiche concernenti i rapporti tra norme di grado diverso si sviluppano interamente sul piano normativo astratto e sotto questo profilo, hanno qualcosa che si avvicina alle valutazioni compiute dal legislatore*”<sup>43</sup>. Ciò, come si avrà modo di vedere, dovrebbe indurre il giudice coinvolto ad operare con estrema cautela nell'ambito dell'intersezione tra diritto penale e diritto UE e suggerirgli di preferire la questio-

---

<sup>37</sup> Vedi F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, cit., p. 292.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 292.

<sup>39</sup> G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, pp. 7-24, p. 14.

<sup>40</sup> F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, pp. 77-89 ss., p. 78.

<sup>41</sup> Vedi C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e il diritto europeo*, cit., p. 258-259.

<sup>42</sup> F. PALAZZO, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in europa*, cit., p. 305.

<sup>43</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale, Interpretazione ed etica del giudice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 1249-1277, p. 1268.

ne di costituzionalità ogni qual volta abbia un dubbio sulla percorribilità dell'adeguamento diretto<sup>44</sup>.

In particolare, nell'ambito del diritto penale la disponibilità di poteri «paralegislativi» di matrice europea si rivela molto problematica per il rischio che “*possano trasformarsi in terreno fertile per una ridefinizione al ribasso delle garanzie individuali che presidiano (e devono continuare a presidiare) lo ius puniendi*”<sup>45</sup>. Ad esempio, l'interpretazione conforme più che come uno strumento ermeneutico a volte si pone maggiormente come un risultato interpretativo, “*nel senso che proprio il valore più alto della norma costituzionale o europea finisce per forzare il giudice verso il raggiungimento del risultato di conformità anche al costo di allentare il vincolo legale con la formulazione della norma interpretanda*”<sup>46</sup>. Perciò, almeno in campo penale, con l'interpretazione conforme spesso si rischia di espandere quel «teologismo efficientista» anche al giudice comune nazionale qualora si trovi ad applicare il diritto dell'Unione. Ugualmente, se si considera lo strumento della disapplicazione i problemi possono emergere in uno dei suoi due momenti fondamentali: l'accertamento del rapporto di incompatibilità tra norma nazionale e sovranazionale e l'individuazione della disciplina applicabile. Nel primo momento la difficoltà per il giudice comune nella sua valutazione è esponenzialmente maggiore allorché la norma europea sia elaborata in termini più di principio che di regola e quindi il confronto tra le due regole comporta una “*differenza di scala nel loro grado di astrattezza e generalità*”<sup>47</sup>. Nel secondo, l'individuazione della disciplina applicabile potrebbe richiedere “*complesse operazioni ermeneutiche alla ricerca e per l'adattamento della disciplina esistente nell'ordinamento interno, ovvero potrebbe comportare una concretizzazione largamente, discrezionale della stessa disciplina europea formulata in termini spesso necessariamente ampli e indeterminati (come fu, ad esempio, per il noto caso Taricco)*”<sup>48</sup>.

In effetti, la c.d. «regola Taricco» si caratterizzava per una assoluta mancanza

---

<sup>44</sup> Cfr. *Ibidem*

<sup>45</sup> C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e il diritto europeo*, cit., p. 255-256; vedi anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 43 ss.; G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cassazione Penale*, 2014, p. 403-423, pp. 410 ss. e M. RONCO, *La Legalità stratificata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 1387-1405, p. 1391 ss.

<sup>46</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., p. 1270.

<sup>47</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., p. 1270.

<sup>48</sup> Ivi, pp. 1270-1271.

di tassatività che avrebbe indotto il giudice comune a giudicare sull'effettività e dissuasività della disciplina italiana della tutela degli interessi finanziari dell'UE. 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<sup>49</sup>. In altri termini *“al giudice veniva affidata una valutazione di natura politico-criminale, relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale a tutela degli interessi finanziari dell'UE, che, in base al principio di divisione dei poteri, non può che competere al legislatore, nazionale o anche – nei limiti e con le forme, soltanto indirette, previste dal TFUE – ‘eurounitario’”*<sup>50</sup>. L'ordinanza del GUP di Cuneo – punto di partenza di questa vicenda processuale – letta con il senno di poi, *“racchiude in sé un'idea distorta di giustizia penale, degli scopi politico-criminali e dei mezzi per raggiungerli, svincolati dalla legge e affidati impropriamente alla giurisdizione, ad una giurisdizione “di lotta” contro l'impunità, attuata mediante un giudice “di scopo”, che non giudica affatto la responsabilità individuale, ma vuole reprimere fenomeni generali”*<sup>51</sup>. Ciò ha caratterizzato l'atteggiamento della Corte di giustizia nella prima fase della saga, tanto che le sentenze Taricco sono divenute l'esempio emblematico di una giurisdizione di lotta<sup>52</sup>. Questa propensione rischia di distorcere la

<sup>49</sup> Vedi Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco e a.*, ECLI:EU:C:2015:555.

<sup>50</sup> G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’*, cit., p. 72. La sentenza CGUE, sotto l'impulso del rinvio pregiudiziale, disponeva una disciplina per cui *“le eventuali carenze del legislatore nazionale avrebbero dovuto essere ‘compensate’, 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, attraverso una sorta di opposto in malam partem del giudizio di offensività. 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 garanzia.”* (C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo*, cit., p. 270).

<sup>51</sup> G. INSOLERA, *Europa e diritto penale. Principi generali: competenza e legittimazione*, in *disCrimen*, 2021, p. 5.

<sup>52</sup> Vedi M. DONINI, *Le sentenze Taricco come una giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni “punitive” della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 2: *“Il diritto penale di lotta [...] costituisce una radicalizzazione delle concezioni strumentali del diritto pur presenti nell'idea dello scopo e ancor meglio in quelle dell'orientamento alle conseguenze.”* Nella

prospettiva del primato del diritto dell'Unione nella materia penale: il fatto che il primato sia un principio assoluto, da preservare a qualunque costo, oggetto di quel «teologismo efficientista» di cui sopra, offre al giudice di scopo l'opportunità di ricercare nel diritto di matrice euro-unitaria il rimedio contro l'impunità garantita dal diritto nazionale?

Per tale distorsione del primato, operata dal giudice di scopo e concretizzatasi nella prima sentenza Taricco e nella omonima 'regola', si è assistito alla "*restaurazione*"<sup>53</sup> della dottrina dei controlimiti nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea. Una parte della dottrina, già nel 2013, prefigurava lo scenario per cui "*una messa in discussione dei vincoli europei di criminalizzazione potrà avvenire invocando la riserva di legge nazionale quale vero e proprio controlimite alla sovranità statale in materia penale; sovranità che – minacciata nella sua dimensione sostanziale da restrizioni degli spazi di libertà personale provenienti da organi deficitari di legittimazione democratica – pretende una tutela conservativa anche verso le aspirazioni egemoniche del diritto comunitario*"<sup>54</sup>. Dopo qualche anno, con l'ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale italiana, nel rinvio pregiudiziale che ha permesso alla CGUE di rivedere l'applicabilità della regola Taricco nei casi summenzionati, ha ribadito che il principio di legalità ex art. 25 della Costituzione rappresenta un controlimite necessario. Il rispetto di tale principio, anche nei suoi corollari, ha fatto dei controlimiti in quest'ambito "*un freno a mano di uso eccezionale, che in casi estremi la Corte costituzionale si è dichiarata pronta ad azionare*"<sup>55</sup>. Pertanto, nella visione interna all'ordinamento italiano, il principio di legalità e la separazione dei poteri opererebbero, in quanto nucleo intangibile del nostro ordinamento costituzionale, "*come controlimiti al primato e all'effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità vengono sottratti i valori fondanti*"<sup>56</sup>. In altre parole, il diritto UE direttamente applicabile può penetrare in virtù del primato solo

---

prima sentenza della CGUE il termine lotta compare 5 volte, mentre il verbo combattere è usato 10 volte. Il termine lotta è rinvenibile anche nell'articolo 325 TFUE. (Vedi M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3-4, 2020, pp. 531-552. P. 564.

<sup>53</sup> Per l'uso dell'espressione "restaurazione della dottrina dei controlimiti" vedi C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, cit., p. 344.

<sup>54</sup> Ivi, p. 351.

<sup>55</sup> F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, cit., p. 295; Vedi anche F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, p. 1304 s.

<sup>56</sup> C. BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e il diritto europeo*, cit., p. 267.

se non si pone in contrasto con i principi di garanzia del diritto penale<sup>57</sup>. Il controllo si porrebbe così come l'ultimo baluardo contro la strumentalizzazione del diritto UE ad opera del giudice di scopo.

### 3. Un errore di prospettiva: la minaccia dei controlimiti alle esigenze essenziali e logiche dell'ordinamento UE

Il punto che la ricostruzione appena fornita non prende in considerazione è che l'ordinamento dell'Unione europea non riconosce in alcun modo l'esistenza dei controlimiti. Di questa categoria non vi è traccia né nel diritto primario né nel diritto secondario dell'Unione. Neanche la giurisprudenza della CGUE prevede questo strumento elaborato, per l'ordinamento italiano, dalla Corte costituzionale. Non che non esistano limitazioni o temperamenti al carattere assoluto del primato del diritto UE, ma questi sono generalmente accettati dalla CGUE solo all'interno dell'ordinamento sovranazionale e rifiutati quando posti dall'esterno<sup>58</sup>.

L'importanza del primato per l'ordinamento UE è così centrale che tale principio è stato definito dall'Avvocato Generale Maduro come un "*esigenza esistenziale*"<sup>59</sup> e la CGUE ha più volte affermato che è un principio assoluto posto a tutela sia

---

<sup>57</sup> Vedi Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale italiana, ECLI:IT:COST:2017:24, punto 2: «un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva».

<sup>58</sup> Cfr. A. ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 317-341.

<sup>59</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Miguel Pojares Maduro del 21 maggio 2008, *Arcelor Atlantique e Lorraine e a.*, C-127/07, ECLI:EU:C:2008:292, par. 15: «Potrebbe sembrare che, essendo stato invitato a valutare la conformità della direttiva 13 ottobre 2003 alla Costituzione francese, il Conseil d'État si sia trovato di fronte al compito impossibile di conciliare l'inconciliabile: come garantire la tutela della Costituzione nell'ordinamento giuridico interno senza attentare all'esigenza esistenziale di preminenza del diritto comunitario? Tale rivendicazione concorrente di sovranità giuridica è la manifestazione stessa del pluralismo giuridico che costituisce l'elemento di originalità del processo di integrazione europea. Dalla soluzione individuata dal giudice del rinvio è scaturita la presente questione pregiudiziale. Lungi dallo sfociare in un pregiudizio all'applicazione uniforme del diritto comunitario, detta soluzione induce il giudice a quo a chiedere, in via pregiudiziale, il concorso della Corte nel garantire che gli atti comunitari rispettino valori e principi riconosciuti anche dalla sua costituzione nazionale. Tale invito non deve sorprendere, dato che l'Unione si fonda sui principi costituzionali comuni degli Stati membri, come ricorda l'art. 6, n. 1, TUE. Invero, ciò che il Conseil d'État chiede alla Corte non è verificare la conformità di un atto comunitario a determinati valori costituzionali nazionali – cosa che peraltro non potrebbe fare, bensì controllarne la legittimità alla luce di valori costituzionali europei analoghi. In tal modo, ciò che a prima vista sembrava irconciliabile è stato di fatto riconciliato. L'Unione europea e gli ordinamenti giuridici nazionali si fondano sugli stes-

dell'effettività che dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione<sup>60</sup>. Nella sentenza Costa c. ENEL la CGUE ha stabilito che “*scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe [...] trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità*”<sup>61</sup>. Ciò differenzia l'Unione da tutti gli altri ordinamenti non statali: l'effettività delle sue norme assicurata dal primato. Questo ne fa un'esigenza logica irrinunciabile, strettamente legata all'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico europeo. Se quello che viene stabilito dalla normativa europea non durasse nel tempo per via della sua disponibilità ai vari ordinamenti nazionali significherebbe che non è effettivo<sup>62</sup>. Il primato perciò “*è un meccanismo regolativo dell'applicazione della legge all'interno dell'Europa, essenziale perché indispensabile per garantire un'applicazione uniforme, ma non pretende affatto di essere espressione di sovranità, di essere cioè 'primo' perché espressione di una volontà politica e costituzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto alle volontà nazionali*”<sup>63</sup>. È un meccanismo orizzontale di costruzione di un diritto comune. Per tanto il primato garantisce la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale contrastante e poi se tale norma UE è dotata di effetti diretti può essere applicata direttamente dal giudice nazionale al posto della disciplina contrastante. Infatti, l'effetto diretto, allo stesso modo, “*resta un principio, una dottrina essenziale, idonea a plasmare, in termini federalistici, insieme al primato, un ordinamento che, seppure giuridicamente maturo e unico nel suo genere, federale non è*”<sup>64</sup>. Il professor Weiler commentando la sentenza che ha introdotto tale principio nell'ordinamento UE afferma che “*Van Gend is Europe*”<sup>65</sup>. Questo principio caratterizza così tanto la specificità

---

*si valori giuridici fondamentali. Mentre è compito dei giudici nazionali garantire il rispetto di tali valori nell'ambito di applicazione delle rispettive costituzioni, spetta alla Corte fare altrettanto nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario”.*

<sup>60</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66; Vedi anche Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, ECLI:EU:C:1970:114.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, cit.

<sup>62</sup> Vedi A. LIPPI, *Dinamiche di legittimazione politica*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 88.

<sup>63</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, p. 144.

<sup>64</sup> D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, oggi, in Osservatorio sulle fonti, n. 3, 2019, p. 39-40.

<sup>65</sup> J. H. H. WEILER, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 94 ss., p. 103 il riferimento è alla Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1, in cui la CGUE ha affermato che



dell'ordinamento europeo che qualora l'Unione divenisse un ordinamento federale non ci sarebbe più bisogno dell'effetto diretto. È la caratteristica peculiare dell'autonomia del diritto UE, ne è il suo aspetto originale, il segno della sua emancipazione dal diritto internazionale. Ciò in quanto, “*l'autonomia del diritto UE è [...] definita dalla centralità dell'individuo-soggetto di diritto, titolare di prerogative da azionare di fronte al giudice nazionale*”<sup>66</sup>.

Questa autonomia verrebbe meno qualora gli “*Stati membri potessero sottrarsi all'obbligo di attuare il diritto dell'Unione ciascuno in virtù dei propri (talvolta distinti) ordinamenti costituzionali*”<sup>67</sup>. Questo colliderebbe proprio con le esigenze logiche indispensabili del diritto UE: non è infatti tollerabile sia l'eteronomia del parametro di riferimento nello scrutinio della normativa europea, qualora la validità del diritto UE venga sindacata alla luce dei singoli diritti nazionali, sia l'espropriazione di tale valutazione alla CGUE, nei casi in cui l'ordinamento nazionale rimetta la competenza di giudicare della validità del diritto UE sia posta in capo al giudice nazionale. Inoltre, qualora si discuta di norme di rango primario è bene ricordare che queste non sono sottoposte neanche al giudizio di validità di cui all'art. 263 TFUE. La CGUE non può lasciare che le norme dei Trattati siano soggette al giudizio di validità da parte dei giudici nazionali, sulla base di parametri esclusivamente nazionali in quanto sono rappresentative della sovranità di tutti gli Stati membri<sup>68</sup>. L'Unione europea rappresenta un ordinamento giuridico autonomo sia rispetto a quelli degli Stati membri sia rispetto a quello internazionale<sup>69</sup>. Pertanto, l'attivazione

---

“*la Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi*”.

<sup>66</sup> D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi, cit.*, p. 41.

<sup>67</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 441-461, p. 449.

<sup>68</sup> La CGUE non può ammettere che il diritto nazionale, anche qualora sia di natura costituzionale, possa ledere l'efficacia del diritto dei Trattati in quanto a partire dalla nota sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, esclude esplicitamente che l'efficacia del diritto derivato possa essere limitata, figurarsi quella del diritto primario. Vedi Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., par. 3 e ss.

<sup>69</sup> Parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea 2/13 del 18 dicembre 2014, ECLI: ECLI:EU:C:2014:2454, par. 170: “*l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione*.” Vedi in tal senso Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationa-*

dei controlimiti e l'assolutezza del primato sono tra loro incompatibili e indirizzerebbero lo scontro/incontro tra i due ordinamenti sui binari del conflitto esistenziale e dell'annientamento reciproco. Per questa ragione suonano quantomeno riduttive le letture che vedono nella saga Taricco soltanto una serie di monologhi che, tramite la minaccia dei controlimiti, hanno visto l'arretrare del primato del diritto europeo<sup>70</sup>.

Si deve tenere in considerazione che in realtà la tensione conflittuale tra l'Unione e i suoi Stati membri è insita nella natura composita dell'ordinamento giuridico europeo: ne è un suo aspetto naturale<sup>71</sup>. Sicuramente è innegabile che negli ultimi anni si è avuto un inasprimento di tale conflitto nel c.d. «dialogo tra Corti», che lo ha spinto, spesso, verso toni più dialettici e *'confrontational'*<sup>72</sup>. La retorica del dialogo ha subito senz'altro un brusco ridimensionamento dall'aggravarsi di questa tensione conflittuale. Il dialogo aveva caratterizzato *"la fase di transizione dall'epoca della legge e delle Costituzioni a quella del diritto, dalla fase storica degli Stati nazionali a quella delle intersezioni tra pluralità di ordinamenti"*<sup>73</sup>. La CGUE ha la responsabilità di aver acuito tali tensioni mostrando quantomeno cecità *"di fronte alle declinazioni, più garantiste, di molti diritti costituzionali nazionali [provocando] un uso più disinvolto dei controlimiti da parte di molte Corti costituzionali, culminato con il rifiuto da parte della Repubblica Ceca e della Danimarca di dare attuazione a sentenze della Corte di giustizia giudicate ultra vires"*<sup>74</sup>. Allo stesso tempo, l'atteggiamento «aggressivo» e oltranzista delle Corti costituzionali appare piuttosto strano se si considera il ruolo che queste hanno assunto negli ordinamenti fin dalla fase post-bellica, ispirato ad equilibrio e ragionevolezza, rifiutando sempre di seguire il principio *fiat justitia*

---

*le Handelsgesellschaft*, cit., par. 4, nonché Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:2008:461, par. 281-285. Vedi M. PARODI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e prospettive formali*, Napoli, 2020, p. 147 ss.

<sup>70</sup> Tra i molti commenti in questo senso vedi G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra 'dialoghi' e 'monologhi'*, cit., p. 92

<sup>71</sup> Vedi B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European law*, 2012, pp. 263-318.

<sup>72</sup> Vedi D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 249.

<sup>73</sup> G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra 'dialoghi' e 'monologhi'*, cit. p. 95.

<sup>74</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 442; Vedi anche sul tema D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 ed i suoi destinatari: «narrowing the dialogue»*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 marzo, 2017; D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A Comment on M.A.S.*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 228 ss.

*pereat mundus*<sup>75</sup>. Un ulteriore fattore che contribuisce a rendere più concreto il rischio di una collisione tra le esigenze degli ordinamenti è che, in Italia, negli ultimi anni si è reso più probabile che i controlimiti diventino rilevanti in un giudizio di legittimità costituzionale. Dalla sentenza n. 238 del 28 ottobre 2014 della Corte costituzionale italiana, l'attivazione dei controlimiti non è più soltanto una «minaccia»<sup>76</sup>.

Tutto questo renderebbe «mitologico»<sup>77</sup> il dialogo tra Corti. La materia penale avrebbe mostrato il tramonto della tutela multilivello dei diritti, per via della “*rivendicazione, dal sapore spiccatamente politico, della primauté del diritto eurounitario, anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali, e a dispetto dell’art. 53 della Carta di Nizza*”<sup>78</sup>. Tuttavia, alla luce delle esigenze essenziali e logiche dell’ordinamento UE, la saga Taricco, specie nella sua conclusione, si mostra come un *unicum* preziosissimo e irrinunciabile da cui ricavare un metodo per ripensare gli scontri tra ordinamenti.

### 3.1 - *Il «dialogo come metodo»: fine di una retorica ed inizio di una pratica ordinamentale attenta alle necessità esistenziali degli ordinamenti coinvolti*

La Corte costituzionale italiana si è impegnata a sviluppare il dialogo come metodo concreto di risoluzione delle controversie interordinamentali<sup>79</sup>. In primo luogo, se la prospettiva è quella di rimediare a problemi di applicazione del diritto dell'UE lo strumento principale per la ricerca di punti di convergenza è sicuramente il rinvio pregiudiziale. Tuttavia, questo strumento non conduce sempre automaticamente ad

<sup>75</sup> E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, il Mulino, Bologna, 2012.

<sup>76</sup> Sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana, ECLI:IT:COST:2014:238.

<sup>77</sup> Per il concetto di mitologia giuridica si veda P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè editore, Milano, 2007 e S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2020 pp. 159-168.

<sup>78</sup> G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’*, p. 95, che approfondisce il concetto come segue: “*Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, la sentenza Taricco, pretendendo di irradiare i propri effetti in materie estranee alle competenze, alle attribuzioni internazionali, dell’Unione, si iscrive senz’altro tra le ‘decisioni politiche’, nel conseguimento di scopi perseguiti al di fuori del tessuto normativo, istituzionale e sostanziale, che regola i rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali nel presente momento storico; e se una decisione esula dai limiti consentiti dal diritto, diviene manifestazione di forza, e, necessariamente, espressione di una scelta politica non formalizzata dalle fonti di produzione competenti*” (Ibidem).

<sup>79</sup> V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA and A. SIMONCINI, *Introduction, Dialogue as a Method*, V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA and A. SIMONCINI [edited by], *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Prospective*, Giappichelli editore, Routledge, 2020, pp. 1-24.

un avvicinamento di posizioni divergenti. Né la CGUE né la Corte costituzionale dovrebbero essere rigide su alcune scelte, come invece spesso ultimamente accade<sup>80</sup>. È importante sottolineare che il superamento dei conflitti tra ordinamenti giuridici non è solo una questione di regole. Come ogni relazione anche quella giudiziaria tra le Corti supreme richiede comprensione, empatia e rispetto reciproco<sup>81</sup>. La saga Taricco ci mostra sia le virtù di una relazione dialogica tra la Corte costituzionale e un organismo sovranazionale, sia gli effetti costruttivi di un atteggiamento che mira alla convergenza<sup>82</sup>. C'è una forza paradossale della Corte italiana che si manifesta sotto le vesti di un atteggiamento accomodante<sup>83</sup>. Il ricorso ad una metodologia conciliativa tramite i rinvii pregiudiziali, con la precondizione dell'obiettivo del rispetto delle competenze dell'Unione, avrebbe il merito di offrire la possibilità di soddisfare le esigenze degli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati membri<sup>84</sup>.

In secondo luogo, secondo la teoria degli ordinamenti giuridici di Santi Romano l'analisi del rapporto tra diversi ordinamenti "*si risolve necessariamente in quella della rilevanza che uno di essi può avere per l'altro*", in quanto "*perché vi sia rilevanza giuridica, occorre che o l'esistenza o il contenuto o l'efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento*"<sup>85</sup>. Se osservato da questo punto di vista il rapporto tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e l'ordinamento costituzionale italiano appare saldo su due costanti: "*da un lato, il fermo (e reciproco) rifiuto che un ordinamento possa rilevare per l'altro riguardo al momento dell'esistenza, essendo l'ordinamento dell'Unione europea caratterizzato quale «ori-*

---

<sup>80</sup> Vedi HOLDGAARD, ELKAN e KROHN SCHALDEMOSE, *From Cooperation to Collision: The ECJ's AJOS Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17 ss.

<sup>81</sup> Vedi M. CARTABIA and G. LATTANZI, *Dialogue between Courts and the Taricco Case*, [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/LATTANZI-CARTABIA\\_BUDAPEST\\_MARZO\\_2019.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/LATTANZI-CARTABIA_BUDAPEST_MARZO_2019.pdf); vedi anche D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live – Weekend edition*, n. 54, 2021, pp. 2-8, p. 3: "*a small number of high courts, headed by the Italian Corte Costituzionale, have decided to profit from this new scenario and to acquire a new role, actively influencing the judicial activity of the Court of Justice not through rebellion or frustration, but by seduction*".

<sup>82</sup> Vedi V. BARSOTTI, P. CAROZZA, M. CARTABIA and A. SIMONCINI, *Introduction, Dialogue as a Method*, cit., p. 8.

<sup>83</sup> Vedi A. VON BOGDANDY e D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 9-30.

<sup>84</sup> Vedi G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, pp. 1035-1051.

<sup>85</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1917, pp. 144-145.

ginario» dalla Corte di giustizia e «derivato» dalle Corti costituzionali nazionali[;] dall'altro, il fermo (e reciproco) convincimento che un ordinamento possa rilevare per l'altro relativamente ai momenti del contenuto e dell'efficacia<sup>86</sup>. Di conseguenza sono state elaborate da entrambi gli ordinamenti delle «norme di collisione», cioè delle regole relative alle limitazioni che un ordinamento si impone per rinviare all'altro dotandolo di determinati effetti. Queste sono gli articoli 11 e 117 della nostra Costituzione e gli articoli 4, 5 e 6 del Trattato sull'Unione europea. In particolare, l'art. 4 del TUE sembra essere la norma che regola il contenuto e l'efficacia del diritto dell'UE per i vari Stati membri. Prima fa riferimento all'art. 5 e al principio di attribuzione, poi prevede il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti al diritto UE, l'obbligo di rispettare l'identità nazionale da parte delle Istituzioni UE e infine il principio di leale cooperazione. Il fatto che in questa norma non sia stata inclusa anche la codificazione del primato del diritto europeo – come lo era invece nel testo finale del precedente trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa<sup>87</sup> – comporta il permanere dei dubbi nelle varie corti coinvolte (e in parte della dottrina) su questo principio. Oggi, a livello giurisprudenziale, è particolarmente problematica questa mancanza poiché non permette un'interpretazione basata sul bilanciamento del primato con altre norme giuridiche stabilite nei Trattati (con l'obbligo di rispettare l'identità nazionale per esempio) e non permette neanche una maggiore cristallizzazione della dottrina degli effetti diretti.

Pertanto, la conclusione della saga Taricco ci ha mostrato come soltanto mettendo in sicurezza le «esigenze essenziali» dei rispettivi ordinamenti (primato/effetto diretto e controlimiti/principi supremi) le Corti possono mettere in campo ogni strumento ermeneutico possibile per disinnescare conflitti che sembrano ineso-

---

<sup>86</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 441.

<sup>87</sup> Articolo I-6, *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*: “La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri.” Questo articolo, letto in combinazione con il precedente I-5 sulla protezione dell'identità nazionale (oggi interamente trasposto nell'art. 4, par. 2, TUE), aveva portato alla convinzione che ciò segnasse un punto di svolta rispetto alla dottrina del primato assoluto del diritto comunitario. Vedi M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp.583-611, p. 590 e ss. V. ATRIPALDI e R. MICCÙ, *La Costituzione Europea “multilivello” tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in I. PERNICE e R. MICCÙ (a cura di), *The European Constitution in the Making*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2003, pp. 53-92 e A. VON BOGDANDY e S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity after the lisbon treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 1417-1454.

rabili<sup>88</sup>. Già soltanto la scelta, non scontata, della Corte costituzionale italiana di effettuare un rinvio pregiudiziale è apprezzabile da parte della CGUE poiché rispettosa della sua autonomia interpretativa. Ciò ha permesso di raffreddare immediatamente il conflitto<sup>89</sup>. Inoltre, la Corte costituzionale, chiedendo alla CGUE se l'art. 325 del TFUE «*sia suscettibile di interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale formulato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione*», le propone di valutare un'interpretazione del diritto dell'Unione conforme alla Costituzione che riconcili le tensioni tra i due circuiti di legalità. Allo stesso tempo, almeno per come sono formulati i primi due quesiti pregiudiziali, chiede sostanzialmente un'interpretazione dei principi supremi dell'ordinamento italiano sulla legalità penale conforme all'ordinamento dell'UE. Nel campo della giustizia costituzionale molto spesso l'interpretazione conforme ha «*funzioni regolatrici dei rapporti fra legalità diverse e concorrenti [...] e si risolve in un meccanismo che consente l'assorbimento nell'una sfera della legalità dei contenuti normativi connessi all'altra*»<sup>90</sup>. Perciò, è ragionevole ritenere che la risposta della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S.<sup>91</sup> sia stata favorita dalle modalità di formulazione dei primi due quesiti pregiudiziali. Questi fondano la possibilità di derubricare il conflitto costituzionale e «*di trasporlo dal terreno spinoso dell'opposizione «esistenziale» tra primato assoluto e teoria dei controlimiti al terreno meno arduo di un bilanciamento «interno» tra principi e valori di diritto dell'Unione europea*»<sup>92</sup>. In pratica la sentenza della CGUE promossa e sostenuta dal giudice costituzionale italiano ha permesso di salvaguardare il principio di legalità penale interno tramite l'ampliamento delle garanzie già previste nell'ordinamento euro-unitario, nello spe-

---

<sup>88</sup> Vedi B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 441-442; Vedi anche F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, 2017, pp. 1281-1314, p. 1311 dove l'autore afferma che «*Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico*».

<sup>89</sup> G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta Online*, n. 1., 2017.

<sup>90</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale nell'interpretazione «conforme a»*, in *federalismi.it* n. 16., 2007, p. 10 e sui diversi ruoli dell'interpretazione conforme tra pregiudizialità eurounitaria e pregiudizialità costituzionale si veda R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3., 2014, pp. 2-9.

<sup>91</sup> Sentenza della CGUE del 5 dicembre 2017, M.A.S e M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

<sup>92</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 442.



cifico nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>93</sup>. Il risultato finale è che la legalità penale italiana viene in un certo qual senso europeizzata: il bistrattato dialogo tra Corti ha permesso alla CGUE di colmare con gli ulteriori profili di garanzia la portata del principio di legalità di cui all'articolo 49 CDFUE<sup>94</sup>. Tali profili sono quelli di prevedibilità, irretroattività e determinatezza che vengono valorizzati come specifiche declinazioni del principio di legalità in chiave sovranazionale. In particolare, *“in punto di imprevedibilità soggettiva della “regola Taricco” ed incompatibilità con il principio di determinatezza, il giudice europeo coglie l'occasione per delineare – si potrebbe dire quasi ex novo (quantomeno rispetto a Taricco I) – i contenuti del principio di legalità penale eurounitario”*<sup>95</sup>. Questo è uno di quei casi, menzionati in precedenza, in cui sostanzialmente il primato incapperebbe in un limite interno allo stesso ordinamento UE. E ciò non ha nulla di patologico.

### 3.2 – *Un approccio opposto rispetto ai conflitti interordinamentali: il Bundesverfassungsgericht dai monologhi alle minacce fino all'azione di “disintegrazione” del primato*

Per dimostrare la bontà di un approccio che tuteli le esigenze esistenziali e logiche degli ordinamenti è sufficiente delineare brevemente l'atteggiamento di un soggetto che ne tiene uno diametralmente opposto. La Corte tedesca, alcune volte, ha scelto di seguire una via più *“impertinente”*<sup>96</sup> per raggiungere l'obiettivo di un'interpretazione del diritto dell'Unione conforme a Costituzione. Ad esempio, Il *Bundesverfassungsgericht*, nel caso *Haftebefehl II*, ha deciso di risolvere la questione senza far intervenire la CGUE tramite la dottrina dell'*act claire*. Secondo questa se l'interpretazione del diritto dell'Unione appare «ovvia» seguendo la giurisprudenza euro-unitaria allora il giudice di ultima istanza è esentato dal fare un rinvio pregiudiziale. Nel caso in esame il giudice costituzionale tedesco interpretò conformemente al principio costituzionale della dignità umana la decisione quadro sul mandato di

<sup>93</sup> Vedi *amplius* P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'Affaire Taricco*, in *L'indice penale*, 2018, pp. 247-275, pp. 264-268.

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 259, si veda anche, in quanto condivide la prevalenza accordata al livello di protezione costituzionale nazionale D. SARMIENTO, *To bow at the rhythm of an Italian tune*, in *Despite our difference blog*, 5 dicembre 2017, p. 3.

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 264.

<sup>96</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 444.



arresto europeo, autorizzando l'autorità giudiziaria tedesca a non consegnare l'imputato alle autorità italiane contrarie ad una nuova udienza probatoria in fase di appello<sup>97</sup>. Però, in questo modo più che applicare un'interpretazione chiara della CGUE disattese agli obblighi che derivano dalla norma europea.

Inoltre, per compiere tale interpretazione conforme la Corte di *Karlsruhe* ha utilizzato per la prima volta il c.d. *identitäts Kontrolle*<sup>98</sup>. Secondo tale strumento, elaborato nella *Lissabon Urteip*<sup>99</sup>, la corte può effettuare un controllo, in modo unilaterale, sugli atti legislativi dell'Unione europea e sulle sue trasposizioni nazionali ogni volta che vi sia un fondato sospetto che tali atti violino i principi costituzionali definiti «resistenti all'integrazione». Appare evidente come questo sia un limite tutto interno dell'ordinamento tedesco al principio del primato UE e perciò molto autoreferenziale. Tutto questo mostra il «potenziale sovversivo»<sup>100</sup> dell'art. 4, par. 2, TUE se inteso soltanto come clausola identitaria eccezionale *ex post*, e se si moltiplica quest'effetto per i 27 Stati membri dell'Unione europea si può facilmente andare incontro alla dissoluzione dell'ordinamento europeo. Purtroppo, nella maggior parte dei casi l'uso incerto e a volte meramente cosmetico dell'art. 4, par. 2, TUE ha favorito un ricorso inappropriato e giuridicamente infondato della clausola identitaria finendo per strumentalizzarla e riducendone le possibilità<sup>101</sup>. Questo atteggiamento rispetto alla protezione dell'identità nazionale è stato ampiamente criticato dalla dottrina per l'*assist* che offrirebbe alle ideologie sovraniste di Polonia e Ungheria<sup>102</sup>. Tale poten-

---

<sup>97</sup> BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 -, paras. 1-126, ECLI:DE:BVerfG:2015:rs20151215.2bvr273514, si vedano L. BESSELINK, e J. REESTMAN, *Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection (Editorial)*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, pp. 215-218.

<sup>98</sup> G. RUGGE, *Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?*, in *Rivista di Diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 789-812; vedi anche P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2016, pp. 431-464.

<sup>99</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.

<sup>100</sup> G. MARTINICO, *Il potenziale sovversivo dell'identità nazionale alla luce dell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI e C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco ed il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. 241-252.

<sup>101</sup> Vedi G. DI FEDERICO, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *federalismi.it*, 2019.

<sup>102</sup> Vedi S. NINATTI e O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, pp. 191 ss.; Soprattutto rispetto alla recente sentenza della sua Corte costituzionale polacca che va contro il primato del diritto UE, in quanto ritiene incompatibile alcuni regolamenti UE con la sua Costituzione, si è tornati a parlare di «*existential threat*» all'ordinamento dell'Unione europea. Vedi Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provi-

ziale sovversivo ha spinto la Corte di giustizia ad un atteggiamento cauto nell'interpretazione della clausola identitaria prevista dai Trattati. Il risultato è che la Corte non ha mai interpretato l'art. 4, par. 2, TUE anche se invocato dalle parti, dai giudici remittenti e addirittura da Avvocati generali ed ha sempre preferito risolvere in altro modo le controversie inteordinamentali.

Infine, se guardiamo la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 sul programma PSPP della BCE<sup>103</sup>, è facile vedere come minare il primato del diritto dell'UE e il monopolio dell'interpretazione della CGUE attacca l'esistenza stessa dell'Unione. In tale sentenza, il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato *ultra vires*, e quindi non applicabili nell'ordinamento statale tedesco, sia decisioni della BCE ma anche una sentenza della Corte di giustizia. Ciò è particolarmente grave in quanto, ponendosi la Corte di Lussemburgo come chiusura del sistema, sottrarre alle sue sentenze “la forza tipica del giudicato significa di fatto “scoperchiare” l'ordinamento UE, che finisce per collocarsi in un limbo nel quale le sue istituzioni producono un diritto precario, valido cioè fino a che gli Stati membri, “masters of Treaties”, decidono di accettarlo”<sup>104</sup>. Nondimeno, l'intera serie di decisioni del tribunale tedesco sulla politica monetaria europea (OMT e PSPP)<sup>105</sup> mostra un'altra sfumatura spesso lasciata in ombra quando si parla del principio del primato, cioè la sua necessità per garantire l'uguaglianza degli ordinamenti degli Stati membri di fronte al diritto dell'Unione<sup>106</sup>.

---

sions of the Treaty on European Union, k. 3/21 7 x 2021, Vedi *ex multis* M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'unione europea o alla giurisprudenza della corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, pp. 1083-1112, p. 1097 e ss.

<sup>103</sup> BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, Vedi *ex multis* L. VIOLINI, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, pp. 425-429; P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, pp. 429-433.

<sup>104</sup> E. CREMONA, *Principio della stabilità dei prezzi e sistema delle competenze UE: la distinzione fra politica monetaria e politica economica nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, pp. 1506-1538, p. 1530.

<sup>105</sup> Vedi BVerfG, Order of the Second Senate of 14 January 2014 - 2 BvR 2728/13 -, paras. 1-24; Sentenza della CGUE del 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400; Sentenza della CGUE del 11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000 e Corte di giustizia dell'Unione europea, *Comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, n. 58/20, Lussemburgo, 8 maggio 2020.

<sup>106</sup> Vedi F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 2015, pp. 1003-1023.

### 3.3 – L'occasione di creare un rapporto organico e istituzionale di risoluzione delle controversie "identitarie" tra gli ordinamenti tramite la doppia pregiudizialità

Dunque, al di là della retorica sulla vitalità del concetto del "dialogo tra corti" e al di là dei toni, a volte duri, utilizzati dalla Corte costituzionale italiana, è evidente che ci siano oggi a grandi linee due modelli: uno costruttivo, basato sui rapporti interordinamentali, e uno distruttivo, basato sullo scontro esistenziale tra esigenze logiche del diritto UE ed i principi supremi degli ordinamenti costituzionali (con uso e abuso di vari controlimiti). L'occasione pertanto è quella di valorizzare gli spunti costruttivi e vedere se possono portare ad una possibile istituzionalizzazione del rapporto cooperativo tra ordinamenti. Difatti, in aggiunta a tutto quello che abbiamo visto nella conclusione della saga Taricco, a partire dall'*obiter dictum* dell'ordinanza n. 269 del 2017 si è aggiunto un nuovo strumento nel repertorio del giudice comune nei casi di c.d. "doppia pregiudizialità"<sup>107</sup>. Nel caso ritenga che vi sia un problema interpretativo sia nei confronti delle norme della Costituzione sia nei confronti delle norme eurounitarie, rimette la formulazione della questione pregiudiziale alla Corte costituzionale, giudice più attrezzato per instaurare questo dialogo tra ordinamenti. Inizialmente, l'*obiter* della 269/2017 sollevò diverse preoccupazioni circa la compatibilità della nuova competenza sostenuta dalla Corte costituzionale con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia di primato, effetto diretto e rinvio pregiudiziale<sup>108</sup>. Tuttavia, la Consulta ha adottato importanti precisazioni nella giurisprudenza successiva<sup>109</sup>: in *primis* la rimessione prioritaria alla Corte costituzionale non è obbligatoria ma facoltativa allorquando debba decidere sulla tutela di diritti fondamentali (ad eccezione dei casi in cui potrebbe esserci la violazione di uno dei «controlimiti» all'applicazione del diritto

---

<sup>107</sup> Vedi E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia Costituzionale*, Giappichelli editore, 2018, pp. 396-398.

<sup>108</sup> Vedi *ex multis* D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi, cit.*, p. 41; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019; 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*, 2018, p. 1 *et seq.*; L.S. ROSSI, *Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 2018.

<sup>109</sup> Per un quadro completo ed esaustivo vedere N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 2019.

dell'UE previsti dal sistema costituzionale)<sup>110</sup>; inoltre, qualora vi siano norme UE direttamente efficaci e l'antinomia non sia risolvibile attraverso l'interpretazione conforme il giudice ha l'obbligo di procedere con la disapplicazione; infine, il giudice comune rimane libero di chiedere anche lui una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, anche dopo il controllo di costituzionalità e anche per gli stessi motivi esaminati dalla Consulta<sup>111</sup>.

Dal punto di vista del diritto europeo come interpretato dalla CGUE le Corti costituzionali sono esse stesse organi giurisdizionali UE<sup>112</sup>. Pertanto, solo per il diritto interno, un loro intervento nel dialogo può essere visto come sintomo di una patologia dei rapporti<sup>113</sup>. Per l'ordinamento UE, l'intervento delle Corti supreme è estremamente fisiologico, quasi naturale soprattutto nel caso di questioni complesse riguardanti l'identità nazionale degli Stati membri insite nella loro struttura costituzionale. La scelta prioritaria di rimettere la questione al giudice costituzionale è conforme al diritto dell'Unione secondo la giurisprudenza europea<sup>114</sup>. Casomai è possibile sostenere che questa scelta è stata assunta con un notevole ritardo. È mancata in questi anni nel dialogo con la Corte di giustizia la voce del giudice costituzionale garante supremo della Costituzione italiana. Una conseguenza di questo è che la problematica relazione tra il diritto italiano e il diritto UE è stato reso noto alla CGUE solo recentemente con il caso Taricco e solo con il secondo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale<sup>115</sup>. In questo contesto particolarmente com-

---

<sup>110</sup> Vedi N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *European Papers*, n. 3, 2020, p. 1463-1476, pp. 1466-1467.

<sup>111</sup> Vedi Sentenza della CGUE del 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, par. 57.

<sup>112</sup> Com'è stabilito nell'art. 19 del TUE che, in modo innovativo rispetto ai trattati precedenti, sottolinea il ruolo decisivo svolto dai giudici nazionali in sede di applicazione del diritto UE.

<sup>113</sup> Per un esempio di chi lo considera un dato patologico vedi G. RICCIARDI, *Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra 'dialoghi' e 'monologhi'*, cit.

<sup>114</sup> Vedi Sentenza della CGUE del 22 giugno 2010, C-188/10, *Melki e Abdeli*, cit., difatti, "In *Melki e A c. B*, infatti, la CGUE ha ritenuto che il diritto dell'Unione non impedisce agli Stati membri di prevedere un controllo prioritario di legittimità costituzionale nei casi di doppia pregiudizialità, quando cioè la norma interna sollevi dubbi di compatibilità sia con la Costituzione nazionale sia con il diritto dell'Unione." (F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 12, 2020, p. 1).

<sup>115</sup> La CGUE (nella Taricco I, su stimolo del tribunale di Cuneo) non aveva tenuto in considerazione la differenza tra ordinamenti, e bene ha fatto a rettificare tale, miope, presa di posizione, grazie al più ampio quadro normativo offerto dal rinvio pregiudiziale della Consulta. Pertanto, assumono un'importanza centrale i dubbi sollevati dalla Corte costituzionale sulla compatibilità della regola Ta-

plesso diviene importantissimo chi ha la «prima parola» in questo dialogo<sup>116</sup>.

La Consulta è poi la giurisdizione meglio attrezzata per un ulteriore profilo rilevante per il diritto penale. Dopo un rinvio pregiudiziale, a cui la CGUE risponde lasciando al giudice costituzionale remittente la soluzione del caso, c'è una sentenza della Corte costituzionale *erga omnes*, che vale sia a dichiarare illegittima la normativa nazionale in contrasto con l'ordinamento euro-unitario oppure un'interpretazione costituzionalmente orientata a cui tutti i giudici dell'ordinamento italiano si devono attenere<sup>117</sup>. Pertanto, questo nuovo approccio alla doppia pregiudizialità ha aperto la strada a nuove dinamiche di interazione tra giudice comune, Consulta e CGUE che propongono due possibili scenari: si può intravedere il rischio di un approccio eccessivamente particolare e domestico all'applicazione del diritto dell'UE nell'ambito della Carta e delle competenze dell'UE; ma, allo stesso tempo, il nuovo quadro ha un certo potenziale per innescare un processo di arricchimento re-

---

ricco con il principio di legalità, in particolare riguardo a irretroattività e determinatezza, dubbi che non erano emersi sulla base del primo rinvio pregiudiziale del GUP del Tribunale di Cuneo. (Vedi P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'Affaire Taricco*, p. 260) Perciò la CGUE non era stata messa in condizione di apprezzare le specificità dell'ordinamento italiano, cioè la natura sostanziale delle norme sull'interruzione della prescrizione e perciò la loro attrazione nell'alveo di garanzia del principio di legalità penale. (Vedi C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 17, 2017, pp. 176-185, pp. 179-182.

<sup>116</sup> N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, p. 24: "Nel dialogo tra i giudici conta spesso assai di più disporre della "prima parola" che non la famosa "ultima parola". Specie a patto di saperla esercitarla bene, formulando perciò al meglio la domanda che attiva il procedimento, la "prima parola" consente di delineare correttamente il nodo interpretativo da sciogliere e di porre un quesito che, almeno di regola, conduca ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre. A maggior ragione perché ci si è accorti che in un sistema così complesso, a più livelli e in costante evoluzione, a ben vedere un'ultima parola in senso proprio non c'è mai. Il fantomatico e spesso mitizzato "diritto all'ultima parola", in altri termini, finisce per non spettare a nessun giudice; e, in molti casi, tanto meno al legislatore, verrebbe da aggiungere. L'idea che, in un sistema "a rete", la prima parola sia tendenzialmente più importante dell'ultima sta perciò progressivamente prendendo piede e, in qualche misura, il dibattito sulle priorità nei casi di doppia pregiudizialità è emblematico di ciò: la Corte costituzionale, rispetto a tenersi il diritto ad esercitare, in teoria, un'ultima parola che non è stata mai chiamata ad esprimere, ha preferito ora invocare il diritto ad intervenire tempestivamente in sede di garanzia dei diritti fondamentali, anche ove previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprendendo quanto importante sia formulare direttamente la domanda alla Corte di giustizia."

<sup>117</sup> Vedi F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, p. 2701; e anche 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., p. 23.

ciproco tra gli standard europei e nazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali e quindi anche di principi garantistici di diritto penale<sup>118</sup>.

L'ultima «*masterclass*» della Corte costituzionale italiana sulla risoluzione delle controversie costituzionali tra ordinamenti nazionali ed UE, e un modello per il futuro di questo percorso di ricomposizione interodinamentale è il caso CONSOB, riguardante l'esistenza di un diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti per gli abusi di mercato<sup>119</sup>. Difatti, in sostanza, la CGUE ha ancora una volta incorporato un diritto fondamentale che deriva dalla Costituzione italiana ritenendolo un diritto fondamentale dell'ordinamento UE su invito della Corte costituzionale. La Cassazione aveva rimesso alla Consulta una questione di legittimità costituzionale, per contrarietà agli art. 24, 111 e 117 della Costituzione, dell'art. 187 *quinquiesdecies* del T.U.F. nella parte in cui sanzionava la condotta di non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB, o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima contesti un abuso di informazioni privilegiate. La Corte costituzionale a sua volta ha fatto rinvio pregiudiziale alla CGUE<sup>120</sup>. La disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità è stata adottata in attuazione del diritto secondario UE. Pertanto, la Consulta ha chiesto alla CGUE se gli articoli 14, par. 3 della Direttiva n. 6 del 2003 e l'art. 30, par. 1, lett. b), del Regolamento 596/2014 potessero essere interpretati nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare le persone che si rifiutano di rispondere a domande poste dall'ente di controllo (CONSOB) che potrebbero accertare la loro responsabilità per un reato punibile con sanzioni amministrativa di natura "punitiva" (con il rischio ulteriore di far emergere loro eventuali responsabilità penali)<sup>121</sup>. Soltanto in caso di risposta negativa a suddetta questione, la Corte italiana chiedeva se le anzidette norme siano compatibili con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, tenendo conto dell'interpretazione CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6 TUE). La CGUE, considerando la portata del diritto al silenzio nell'ordinamento UE, nonché la finalità punitiva e la severità delle sanzioni imposte dalla CONSOB, ha concluso che gli articoli 47 e 48 della Carta ostano all'imposizione

---

<sup>118</sup> N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, cit., pp. 1466-1467.

<sup>119</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, cit., p. 3, Sentenza della CGUE del 2 febbraio 2021, C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84.

<sup>120</sup> Ordinanza della Corte costituzionale, n. 117/2019, ECLI:IT:COST:2019:117.

<sup>121</sup> Vedi Ivi, par. 27.



di una sanzione come quella in questione. Ha poi valutato che le disposizioni pertinenti del diritto derivato dell'UE potessero essere interpretate in modo coerente con i diritti sanciti dalla Carta<sup>122</sup>. Nell'effettuare tale valutazione, la CGUE ha debitamente ricordato che il diritto secondario dell'UE deve essere interpretato, per quanto possibile, in conformità con la Carta. Questa interpretazione non sembra altro che logica: per sua stessa natura in nessun modo il diritto secondario dell'UE potrebbe essere interpretato come se fosse esentato da un obbligo derivante dal diritto primario dell'UE<sup>123</sup>. Pertanto, con questo rinvio pregiudiziale, la Corte costituzionale italiana cerca di nutrire la portata garantistica della Carta intuendo che *"contiene un potenziale inespresso ed essa è apparsa a lungo sostanzialmente frustrata nel suo ambizioso obiettivo di porsi come tavola dei valori di fonte sovranazionale destinata ad incrementare, per il gioco dei rinvii e un dialogo costruttivo dei giudici, il livello di tutela dei diritti fondamentali nello spazio penale europeo"*<sup>124</sup>.

L'analisi congiunta della giurisprudenza sia della Corte di giustizia sia della Corte costituzionale che si conclude con il caso CONSOB mira a dimostrare che il modo in cui le questioni pregiudiziali sono poste dai giudici nazionali e il modo in cui la CGUE le percepisce può influenzare l'esito della causa. Riassumendo, mentre il GUP del tribunale di Cuneo, nella causa Taricco I, ha mostrato un atteggiamento molto deferente nei confronti della protezione degli interessi finanziari dell'Unione, al contrario la Corte costituzionale italiana, nel caso Taricco II, ha ricordato alla CGUE come la protezione di tali interessi non doveva intaccare la protezione dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana. Infine, nel caso CONSOB, di fronte al potenziale conflitto tra norme nazionali di attuazione del diritto secondario dell'UE e i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, dalla CEDU e dalla Costituzione italiana, la Consulta ha chiesto alla CGUE se tali disposizioni potessero essere interpretate in senso più garantistico e conformemente ai diritti fondamentali. La CGUE ha risposto in senso affermativo e il conflitto è stato evitato. Perciò il caso CONSOB ribadisce, se ce ne fosse ancora il bisogno, che il rispetto dei diritti fondamentali fa parte dell'ordinamento giuridico dell'UE e lo fa con lo strumento dell'interpretazione conforme.

---

<sup>122</sup> Sentenza della CGUE del 2 febbraio 2021, C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, par. 49.

<sup>123</sup> Cfr. M. M. PEREIRA, *Consob and the lessons learnt from the 'Taricco saga'*, in *EU Law Live – Weekend edition*, n. 54, 2021, pp. 9-18, p. 12.

<sup>124</sup> S. MANACORDA, *'Doppia pregiudizialità' e carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, pp. 573-627, p. 624.



Gran parte del merito deve essere riconosciuto alla Corte costituzionale italiana, che ha avuto un atteggiamento del tutto peculiare, che non si incentra sulla teoria dei controlimiti, come invece molti con eccesso di zelo presumono. Il segreto della Consulta sta in alcuni accorgimenti. In primo luogo, il rinvio pregiudiziale della Consulta, nei casi già menzionati, non è costruito come una aperta minaccia all'autorità della CGUE, in una modalità che imponga un "prendere o lasciare" come nella c.d. dottrina *ultra vires*. La Corte costituzionale invita la CGUE ad impegnarsi in un'analisi «*open-ended*», come tutte le discussioni giuridiche dovrebbero essere, con più possibili soluzioni finali<sup>125</sup>. In secondo luogo, la Corte costituzionale non mette mai in discussione la giurisprudenza precedente della Corte di Lussemburgo, come ad esempio quella sul primato o degli effetti diretti<sup>126</sup>. Infine, l'approccio della Consulta è quello di non dare l'impressione di voler interrompere bruscamente, e in modo unilaterale, la discussione. Questa non dovrebbe mai interrompersi fintanto che non venga raggiunta una decisione ragionevole per entrambi i tribunali. L'esatto contrario di quel che avviene con la dottrina *ultra vires*: se la Corte costituzionale non si ritiene soddisfatta, nulla le impedirà di porre ancora altre domande in un ulteriore rinvio pregiudiziale, fino a quando un risultato ragionevole sarà costruito attraverso il dialogo. Tale atteggiamento della Corte costituzionale ha il pregio di aver dimostrato come la CGUE, a determinate condizioni, sia disponibile a cambiare idea. Supportata da un atteggiamento come quello della Consulta la CGUE è disponibile a impegnarsi in questo sforzo interpretativo. Ciò mostra che c'è una sensibilità europea genuina e reale verso l'obbligo di proteggere le identità nazionali degli Stati membri ex articolo 4, par. 2, TUE. Pertanto, le controversie sui diritti fondamentali sono il naturale punto di partenza per un dialogo costruttivo attraverso la procedura del rinvio pregiudiziale, in cui le questioni critiche sono pienamente rappresentate, le opzioni interpretative sono scambiate e, infine, la Corte di giustizia decide sul diritto UE<sup>127</sup>. È possibile, perciò, ad avviso di chi scrive, parlare di un nuovo capitolo dell'«*Italian style in constitutional adjudication*»<sup>128</sup>.

Occorre fare un'ulteriore considerazione. Il giudice comune nazionale ha sicuramente una grande libertà riguardo agli strumenti ermeneutici da utilizzare. Tut-

---

<sup>125</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, cit., p. 6.

<sup>126</sup> Cfr. Ivi, p. 7.

<sup>127</sup> Cfr. Ivi, p. 8.

<sup>128</sup> Vedi V. BARSOTTI, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA e A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in the Global Context*, Oxford University press, Oxford, 2016, p. 234 ss.

tavia, non può scegliere se applicare il diritto dell'Unione qualora si trovi nel suo ambito di applicazione. In altre parole, il primato e gli effetti diretti del diritto UE non sono nella disponibilità del giudice. Anzi, costituiscono per lui un vero e proprio obbligo. Se il giudice fosse libero di scegliere la fonte da applicare in base al risultato che si vuole conseguire, sarebbe un problema anche per l'ordinamento UE. Tale obbligo si riflette anche sulla legge del 1988 n. 117 sulla responsabilità civile dei magistrati. All'articolo 2, per ciò che riguarda la colpa grave afferma che uno dei motivi in cui è configurabile sono proprio la mancata osservanza dell'obbligo di applicazione del diritto dell'Unione europea e il mancato rinvio pregiudiziale<sup>129</sup>. La libertà nella scelta della fonte, tramite un uso arbitrario del primato da parte dei giudici comuni, comporterebbe anche per il diritto europeo un grave rischio di disintegrazione. Non è nell'interesse della tutela delle esigenze logiche del diritto UE "quello di promuovere un'armonizzazione in concreto affidata a migliaia di giudici nazionali, ciascuno dei quali esercita una discrezionalità fatalmente a suo modo"<sup>130</sup>. È inaccettabile che i giudici nazionali si cimentino in una "rissa di soluzioni interne ottenute sotto le mentite spoglie del primato del diritto europeo"<sup>131</sup>.

#### **4. Il lato nascosto dei controlimiti e la conseguente inerzia dei legislatori rispetto alle cause del conflitto interordinamentale**

Della dottrina dei c.d. controlimiti viene colta quasi unicamente la dimensione 'difensiva', ossia la funzione legittimante la sovranità nazionale<sup>132</sup>. Tuttavia, come evidenziato in precedenza "l'idea di un giudizio di legittimità costituzionale su una norma comunitaria è un assurdo logico-giuridico in grado di distruggere il sistema"<sup>133</sup>. Ciononostante, in dottrina vi è chi ritiene che l'incoerenza sia proprio l'aspetto peculiare di tale dottrina: è tanto assurda da un punto di vista statico, quan-

---

<sup>129</sup> Articolo 2, comma 3 bis, legge n. 117 del 1988: "In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

<sup>130</sup> F. PALAZZO, *Tutela della legalità come creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in europa*, cit., p. 308.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Vedi F. BILANCIA, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 29 e ss.

<sup>133</sup> C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne editore, Roma, 2012, p. 42.

to razionale ed efficace da un punto di vista dinamico. Il controlimito, infatti, è un'arma «nucleare» che era stata immaginata, per non essere attivata mai<sup>134</sup>. Perché prevederla allora? Per porre la condizione che l'ammissione di limitazioni di sovranità avvengano a patto che l'ordinamento UE garantisca un livello di protezione dei diritti fondamentali equivalente a quello garantito a livello nazionale. Con la formula tedesca, «*Solange*»<sup>135</sup>, e con la medesima condizione posta dalla Corte costituzionale italiana, «fin tanto che» l'UE non garantisca un eguale livello di garanzia dei diritti fondamentali, «*non si indica un confine, ma si traccia un percorso, che sappiamo quanta strada abbia fatto*»<sup>136</sup>. È stato, infatti, ampiamente dimostrato che i conflitti nella storia dell'integrazione europea siano stati fondamentali per lo sviluppo di un diritto 'costituzionale' nell'Unione<sup>137</sup>. Per alcuni le dottrine Solange e controlimiti sono state veicoli di costituzionalizzazione dell'ordinamento UE i cui risultati più evidenti sono stati il Parlamento europeo e la Carta di Nizza.

Eppure, oggi il vero grande limite della visione «messianica» dei controlimiti resta sempre un po' in ombra per via delle varie apologie: esiste anche un loro lato oscuro<sup>138</sup>. Infatti, il dubbio che fatica ad emergere nel dibattito sul tema «è quello se il ricorso ai controlimiti non rivesta il ruolo di oppiaceo, capace di tranquillizzare gli operatori del diritto, prima di quelli della politica»<sup>139</sup>. In effetti, il dispositivo «fin tanto che» è in grado di suscitare la falsa prospettiva per cui «*il potere normativo che transita dal livello nazionale a quello sovranazionale è sottoposto a garanzie equivalenti a quelle costituzionali interne, appunto, in termini di tutela dei diritti fondamentali, di sindacato di costituzionalità sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri, e simili*»<sup>140</sup>. Perciò il risultato è che, per quanto appaiano come un baluardo

<sup>134</sup> Vedi M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Legge, diritto, giustizia, Storia d'Italia, Annali*, vol. 14, Torino, 1998, p. 1025: «*la riserva di controllo di costituzionalità sostanzialmente si qualifica come una sorta di arma finale che c'è – potremmo dire – per non essere mai declanchée*».

<sup>135</sup> *BverfGE* 37, 291, 29 maggio 1974.

<sup>136</sup> C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, cit., p. 43.

<sup>137</sup> Vedi *ex multis* G. MARTINICO, *The 'Polemical' Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, XVI, n. 6, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 1343-1373; vedi anche B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale: tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, p. 160: «*la funzione principale dei controlimiti è spesso stata quella di sollecitare un cambiamento*».

<sup>138</sup> Per il concetto di «lato oscuro dei controlimiti» vedi A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, p. 5 ss.

<sup>139</sup> *Ivi*, p. 8.

<sup>140</sup> *Ivi*, p. 6.

dell'identità nazionale, i controlimiti agiscono, invece, come legittimanti del livello di *governance* sovranazionale davanti alle classiche istituzioni politico-democratiche nazionali (e al medesimo popolo «sovrano»). Per questo tale dottrina può inibire il titolare della responsabilità politica dall'utilizzare i suoi poteri. E questo nasconde al dibattito che tali poteri non sono pochi nel processo di adozione di atti normativi.

Infatti, la tutela dell'identità nazionale, almeno per quanto riguarda il diritto derivato, dovrebbe competere principalmente ai governi e ai parlamenti nazionali che, nel caso, dovrebbero farla valere nel corso della fase ascendente per prevenire il rischio di antinomie già nel corso del procedimento normativo e legislativo utilizzando i numerosi strumenti di controllo giuridico e politico previsti. Tali organi dovrebbero dedicare un'attenzione maggiore nella fase di formazione degli atti. Ciò che in questa sede si vuole sottolineare riguardo ad un possibile «rilassamento» degli organi politici dovuto allo schermo dei controlimiti è che con questi venga a mancare lo stimolo per un maggiore coinvolgimento politico. Ciò in quanto “*non è solo una questione di strumenti giuridici utilizzabili; molto dipende dalla qualità del monitoraggio compiuto da tali soggetti in relazione alle ricadute che talune normative potranno avere [...] sulla struttura fondamentale e sull'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato*”<sup>141</sup>.

Ad esempio, la norma contenuta nell'art. 4, par. 2, TUE – sull'obbligo di tutte le istituzioni UE di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri – se fosse utilizzata *ex ante* piuttosto che *ex post*, avrebbe tutte le potenzialità per stroncare sul nascere la formazione stessa di una possibile antinomia tra diritto interno e diritto dell'Unione. Ciò si collega direttamente al fatto che “*il progressivo coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel procedimento di adozione degli atti legislativi dimostra come l'interesse per le questioni identitarie si stia affermando e richieda una risposta, politica e giuridica*”<sup>142</sup>. Segnatamente, così come l'introduzione della Carta dei diritti fondamentali ha spinto all'inclusione di una valutazione d'impatto sul rispetto dei diritti fondamentali nelle proposte della Commissione<sup>143</sup>, “*il nuovo status della clausola*

---

<sup>141</sup> G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 188.

<sup>142</sup> Ivi, pp. 195-196.

<sup>143</sup> Vedi N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI e F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 507-523, p. 519, vedi anche M. M. PEREIRA, *Consob and the lessons learnt from the 'Taricco saga'*, cit., p. 15: “*In essence, respect for fundamental rights must be a*

*identitaria dovrebbe comportare una sistematica verifica circa l'impatto della misura proposta sulla struttura fondamentale o l'esercizio delle funzioni essenziali dello Stato*<sup>144</sup>. Soprattutto i parlamenti nazionali sono stati dotati di importanti strumenti in questi anni per sollecitare un controllo preventivo su eventuali scontri interordinamentali: ad esempio il controllo di sussidiarietà degli atti dell'Unione, il "dialogo politico" diretto con la Commissione europea, l'indirizzo politico e il controllo dei Governi nazionali sui voti da dare nel Consiglio dell'Unione oppure gli spazi di discrezionalità che l'ordinamento europeo lascia legislatori nazionali nell'implementazione del diritto dell'Unione<sup>145</sup>. Alcuni di essi hanno anche usato questi strumenti per portare questioni identitarie all'attenzione del legislatore europeo<sup>146</sup>. Pertanto, sviluppando tali pratiche si può ritenere che l'art. 4, par. 2, TUE potrebbe arrivare ad incidere sull'estensione della legalità sovranazionale attraverso l'inclusione del rispetto dell'identità costituzionale come parametro di legittimità della normativa UE<sup>147</sup>. Pertanto, l'idea è quella di relegare il conflitto interordinamentale alla fase *ex post*, solo in casi eccezionali, che siano sfuggiti allo scrutinio del legislativo o che riguardino lo scontro tra due norme di diritto primario/costituzionale, indisponibili agli operatori della politica con le procedure standard. Infatti, *"l'opportunità di anticipare alla fase legislativa il momento del confronto inter-ordinamentale è tanto più importante se si considera che il sindacato giurisdizionale esercitato dalla Corte di giustizia sul rispetto dell'identità nazionale degli stati membri – al pari di quello relativo all'osservanza dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità – è, per sua natura, un sindacato debole"*<sup>148</sup>. Così l'obbligo di rispettare l'identità nazionale opererebbe di

---

*pre-condition for the adoption of EU legislation, as much as assuring that the Union has competence or that the adequate procedure for adoption was observed*".

<sup>144</sup> G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE*, cit., p. 196.

<sup>145</sup> Vedi *ex multis ibi*, pp. 188-197; B. GUASTAFERRO, *Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, pp. 320-340; D. PIQANI, *Arguments for a Holistic Approach in European Constitutionalism: What Role for National Institutions in Avoiding Constitutional Conflicts Between National Constitutions and EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 493-522, pp. 505 ss., M. OLIVETTI, *Parlamenti Nazionali nell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento \*\*\*\*\*, UTET giuridica, Torino, 2012, pp. 485-572.

<sup>146</sup> Vedi B. GUASTAFERRO, *Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions*, cit.

<sup>147</sup> Vedi in questi termini B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale: tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, cit., p. 160 ss.

<sup>148</sup> G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE*, cit., p. 195.

più come strumento per ripensare il governo dell'Unione europea piuttosto che come freno *ex post* alla sua attività<sup>149</sup>.

In particolare, per quel che riguarda il legislatore nazionale, "*nel complesso [...] i parlamenti nazionali sono stati dotati di poteri che fanno di essi dei guardiani supplementari di prerogative nazionali, utilizzando «soft constitutional solutions» (invece di soluzioni «hard»), al fine di evitare una ulteriore complicazione del (già complesso) sistema decisionale dell'Unione europea*"<sup>150</sup>. Inoltre, "*L'effettivo esercizio di questo compito richiederà volontà politica ed un cambiamento di mentalità da parte dei politici nazionali e dovrà essere verificato in pratica*"<sup>151</sup>. Da questa verifica si potrà chiarire se i parlamenti nazionali nell'Unione europea debbano essere intesi come «*veto players*» o come attori in positivo sulla scena europea. In quest'ottica appare quantomeno bizzarro osservare il comportamento delle istituzioni italiane coinvolte nella adozione di atti, anche molto dibattuti in dottrina, come la direttiva c.d. PIF o il regolamento c.d. EPPPO<sup>152</sup>. Se si osservano gli atti prodotti dal Parlamento italiano nell'ambito del controllo sulla sussidiarietà e del dialogo politico riguardo a tali normative europee non vi è alcun riferimento né al caso Taricco, né agli elementi essenziali che hanno caratterizzato lo scontro interordinamentale<sup>153</sup>. Nonostante la portata del clamore sollevato in Italia dalla saga riguardo alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione, nonostante i fiumi di inchiostro che sono stati profusi sia dalla dottrina sia da gran parte delle figure apicali della magistratura, è come se per il Parlamento e per il Governo italiani a questo riguardo non ci fosse mai stato alcun problema. In sostanza, tutti questi poteri 'politici' europei<sup>154</sup> degli organi nazionali dovrebbero avere come obiettivo quello di affiancare al 'dialogo tra corti' un compiuto 'dialogo tra legislatori'.

---

<sup>149</sup> Vedi S. PLATON, *Le respect de l'identité nationale des États membres: frein ou recomposition de la gouvernance?*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012, pp. 150-158.

<sup>150</sup> M. OLIVETTI, *Parlamenti Nazionali nell'Unione europea*, cit., p. 570.

<sup>151</sup> Ibidem.

<sup>152</sup> Vedi Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale e Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPPO»). L'analisi degli atti parlamentari è stata effettuata sulla base della consultazione degli atti riportati sulla banca dati IPEX: <https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/>.

<sup>153</sup> Senato italiano, Risoluzione della XIV commissione, Doc. XVIII-bis n. 92, 18 dicembre 2012.

<sup>154</sup> Per una definizione esaustiva dei «poteri europei» dei parlamenti nazionali vedi N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. MANZELLA e N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Torino, 2014, pp. 101-133.

## 5. Come superare la visione europea della minaccia di pena con qualcosa che somigli al diritto penale?

Salvaguardando l'autonomia del diritto dell'Unione europea mettendo in sicurezza il primato e gli effetti diretti, come si può superare la visione europea della minaccia di pena con qualcosa che somigli al diritto penale garantista? Come recuperare ciò che si è perso in termini di garanzia nel diritto sovranazionale? Come elaborare una dimensione del diritto penale europeo che sia anche limite della politica criminale? Per via dell'urgenza e immediatezza di dette problematiche, si considereranno soltanto ipotesi a Trattati invariati.

### 5.1 – *L'ordinamento giuridico euro-unitario e il giudice costituzionale nazionale come riparo dal giudice di scopo*

Riguardo ai poteri «paralegislativi» di fonte euro-unitaria dei giudici e alla c.d. giurisdizione di «lotta» si è cercato di mostrare come si sia recentemente aperta una fase nuova. Come premessa è bene ribadire che per il diritto UE il giudice comune non ha la potestà di scegliere il diritto da applicare. Inoltre, questo spiraglio nuovo tra le giurisdizioni potrebbe regalare il coraggio alla Corte di giustizia di abbandonare la timidezza e la ritrosia che la contraddistingue su alcuni temi. Ad esempio, “*la dottrina dell'efficacia diretta va affinata e precisata*”<sup>155</sup>, specialmente per quel che riguarda la disapplicazione. È vero che la giurisprudenza europea, forse apodittica, sicuramente stringata per quel che riguarda il contenuto, portata, confini e conseguenze dell'effetto diretto, non assicura sempre la certezza del diritto. Infatti, “*un atteggiamento di self-restraint [...] non è di per sé meno problematico del giudice legislatore [...] soprattutto quando in gioco ci sono principi primi inter pares qual è l'effetto diretto e quando il rischio è che corti nazionali occupino proprio quegli spazi non efficacemente presidiati dalla Corte di giustizia*”<sup>156</sup>. Tale assenza di chiarezza e minimalismo argomentativo è alquanto problematica in quanto la CGUE poi nella sostanza è molto attivista, e l'assoluta primazia del primato e dell'effetto diretto sono

<sup>155</sup> D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi, cit.*, p. 40; Vedi anche M. BOBEK, *The Effects of EU Law in the National Legal Systems*, in C. BARNARD and S. PEERS (A cura di), *European Union Law*, Oxford, 2014, pp. 140-173, p. 144: “*a purely judicial world of remedies that may suffer from lack of clarity, interal contradictions, and hidden reversals, which result in a perceived or real lack of predictability and foreseeability of the law*”.

<sup>156</sup> *Ibidem*.



un segnale di questo attivismo<sup>157</sup>. Pertanto, *“perché un sistema di diritti, qual è quello comunitario, integrato e sovraordinato, possa rafforzarsi è vitale che la Corte chiamata a salvaguardarlo non agisca semplicemente, quale ‘bouche de la loi’, ma, al contrario, cristallizzi, in maniera chiara, la sua idea di diritto, soprattutto quando in gioco c’è il principio-fondamento dell’ordinamento sovranazionale europeo, ossia l’effetto diretto”*<sup>158</sup>. Infatti, in questo senso, dopo le indicazioni della Consulta, ripensando questa dottrina, fornendo solidi criteri ermeneutici, assicurando certezza del diritto ed estendendo le garanzie che vi sono connesse potrebbe essere direttamente la CGUE a porsi come riparo dal giudice di scopo, limitandone gli spazi di manovra, al posto dei controlimiti.

A ciò si collega chiaramente lo schema per cui l’intervento della Corte costituzionale si potrebbe porre a garanzia della legalità europea nel campo penale. Infatti, nel nostro ordinamento nazionale, in base alla peculiare natura della legalità UE si genera una incertezza interpretativa per via della carenza di una adeguata “base legale” per la generazione di conseguenze giuridico penale. Tuttavia, allo stesso tempo, il diritto dell’Unione entra nel nostro ordinamento come norma interposta e quindi parametro di legittimità costituzionale. Logicamente, perciò, *“sulla base della dottrina del diritto vivente, la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a censurare con efficacia erga omnes quella norma di diritto vivente caratterizzata da incertezza applicativa, impedendo così una volta per tutte che in presenza di quell’assetto normativo inficiato da intollerabile incertezza si producano conseguenze penali”*<sup>159</sup>. Infatti, il vero grande problema del penalista è la mancanza di efficacia *erga omnes* degli strumenti interpretativi di cui il diritto UE ha dotato anche i giudici comuni (interpretazione conforme e disapplicazione). Pertanto, la molteplicità dei risultati interpretativi che si possono raggiungere crea un’incertezza sistemica che il diritto penale, costituzionalmente orientato, non può accettare. Inoltre, alcune volte, potrà accadere che non sempre prevarrà la norma di grado più alto, che invece è un risultato fondamentale dal punto di vista politico nei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale. Infatti, *“all’interesse di una penetrazione diffusa della norma di più alto grado si può*

---

<sup>157</sup> Vedi per una ricostruzione completa D. GALLO, *Identità nazionale, controlimiti e i rapporti di forza tra primato ed efficacia diretta nella saga Taricco*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2017, 125 ss.; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la saga Taricco, tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell’effetto diretto*, in *European Papers*, 2018, p. 1 ss.; e D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 220.

<sup>158</sup> D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi, cit.*, p. 42.

<sup>159</sup> F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale, cit.*, p. 2701.

*contrapporre l'interesse ad una decisione senz'altro più laboriosa e meno immediata ma dotata di efficacia erga omnes com'è quella ottenibile mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di grado inferiore*<sup>160</sup>.

L'opportunità che il caso CONSOB, o più in generale l'opera della Consulta, mostra è quella di affiancare all'istituto della disapplicazione tramite rinvio pregiudiziale quello del rinvio alla Corte costituzionale per illegittimità costituzionale. In aggiunta, autorevole dottrina si chiede se *“sia immaginabile un diverso sistema dove (non necessariamente nei soli casi di violazione dei diritti fondamentali[...] lo stesso giudice che decide (eventualmente dopo un rinvio pregiudiziale) per la disapplicazione (non provvisoria, già oggi possibile – rectius, doverosa in base a Melki e Abdeli e A se occorre tutelare una posizione giuridica a rischio di pregiudizio; e ammissibile anche per la nostra corte costituzionale, bensì) definitiva, possa al contempo sollevare una questione di legittimità costituzionale per far espungere dall'ordinamento con efficacia erga omnes la norma che si ritenga lesiva di disposizione dell'Unione e quindi dell'articolo 11, e volendo dell'art. 117, Cost”*<sup>161</sup>. Ciò richiederebbe come presupposto necessario il venir meno della condizione di rilevanza per l'ammissibilità nei giudizi di legittimità costituzionale. In ogni caso, un maggior coinvolgimento del giudice costituzionale nazionale a discapito o in aggiunta al ruolo del giudice ordinario come interlocutore diretto della CGUE è auspicabile almeno in ambito penale in quanto *“istanze di protezione della libertà personale impongono una più forte legittimazione democratica ed un più elevato grado di certezza del diritto”*<sup>162</sup>.

Tutto questo può essere letto come una limitazione alla giurisdizione di lotta in quanto il diritto penale euro-unitario non si avvale di una vera e propria politica cri-

<sup>160</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., pp. 1269 che continua sottolineando che *“è, dunque, un fatto molto significativo che recentemente la Corte costituzionale abbia dato plurimi segnali per ricentrare il sistema delle fonti multilivello sul meccanismo di controllo accentrato”* (*Ibidem*).

<sup>161</sup> C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, p. 26, altrettanto interessante è A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, in *Consulta online*, 2018, pp. 155-164, p. 160 e ss., che nel prospettare il cumulo di disapplicazione e rimessione alla Corte costituzionale (anche per soddisfare in maniera risolutiva il primato del diritto dell'Unione europea), si chiede se tale soluzione (la cui delicatezza necessita di un intervento del legislatore) dovrebbe essere delineata nel senso di riconoscere solo efficacia provvisoria alla decisione di disapplicazione del giudice comune (assimilandola, quindi, ad una misura cautelare) o se, invece, essa dovrebbe acquisire autorità di cosa giudicata e la decisione con effetti *erga omnes* della Consulta valere poi per giudizi diversi da quello che, in un certo qual modo, la ha originata.

<sup>162</sup> G. INSOLERA, *Europa e diritto penale. Principi generali: competenza e legittimazione*, in *disCrimen*, 2021, p. 11.

minale. Ciò che appare all'esterno come tale è piuttosto una produzione di diritto penale a vocazione universale che, per via della problematica mancanza di "una catena di trasmissione tra domanda popolare e politiche europee simile a quella nazionale"<sup>163</sup>, a livello locale non conosce "la realtà e le esigenze di quel demos nazionale in nome del quale è stata eretta la garantistica fortezza della legalità penale"<sup>164</sup>. Come ampiamente dimostrato in precedenza il risultato è un efficientamento della tutela a discapito della garanzia. Riacquisendo, dunque, la Consulta il diritto di «prima voce» in alcuni casi importanti, l'ordinamento UE appare già meno accessibile al giudice di scopo.

Inoltre, incoraggiare quanto viene fatto dalla Corte costituzionale potrebbe portare nel cono d'ombra del «teologismo efficientista» dell'UE anche disposizioni della Carta come gli articoli 47, 48, 49 e 50 della Carta di Nizza. Infatti, le ultime decisioni "euro-unitarie" della Consulta "segnano un certo 'riscatto' della Carta in chiave parametrica proprio nell'ambito penalistico, ed in particolare cominciano a delineare uno statuto garantistico di fonte costituzionale (in senso lato) per l'illecito amministrativo punitivo, un obiettivo che i giudici della Consulta sembrano oggi avere particolarmente a cuore"<sup>165</sup>. Perciò, il perfezionarsi del sistema della doppia pregiudizialità, auspicando altre pronunce come la sentenza CONSOB, dovrebbe essere colto con favore e sostenuto essendo una pratica virtuosa – la quale vede in prima linea l'ordinamento costituzionale italiano – che si è cercato di dimostrare come potrebbe aiutare a risolvere molti dei problemi rispetto al diritto penale euro-unitario.

## 5.2 - Le responsabilità e le possibilità degli organi politici nazionali per la costruzione di uno statuto garantistico dell'Unione europea

Il ruolo di "supplenza" delle corti supreme nei confronti del legislatore, che sia nazionale o sovranazionale, non può che avere un carattere di temporaneità. Altrimenti il rischio è che divenga una patologia piuttosto che il rimedio ad un'inerzia. Difatti, "è necessario liberarsi dell'idea che le questioni di natura politica possano essere risolte dalla giurisdizione"<sup>166</sup>. Nella sentenza *M.A.S.* la CGUE escludendo

---

<sup>163</sup> S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, p. 93.

<sup>164</sup> F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, p. 38.

<sup>165</sup> S. MANACORDA, *'Doppia pregiudizialità' e carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, cit., pp. 625-626.

<sup>166</sup> L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014, p. 44, che chiarisce come "la supplenza della giurisdizione alle manchevolezze dei poteri politici in singoli eccezionali casi può essere ammissibile, purché il carattere di eccezionalità dell'intervento non alteri gli equilibri fra rappresen-

l'obbligo di disapplicazione in capo al giudice, al contempo afferma il bisogno che “*a tutela dell'effettività del diritto dell'Unione altri attori statali, e dunque il legislatore, si facciano carico di adempiere agli obblighi derivanti dal Trattato*”<sup>167</sup>. Difatti, l'affermarsi nel tempo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha avuto come conseguenza quello di politicizzare le scelte dell'Unione in campo penale che però, nonostante un incremento del ruolo parlamentare, non ha attivato un altrettanto intensa dialettica politica. Proprio per questo occorrerebbe abbandonare le remore e riconoscere come, ormai, dopo il Trattato di Lisbona, il Parlamento europeo ha assunto ampio spazio d'intervento nella produzione legislativa ordinaria dell'UE e non mancano più strumenti procedurali di intervento dei parlamenti nazionali alla preparazione degli atti normativi europei. Pertanto, “*ne risulta [...] ridotto quel deficit democratico della normativa europea che ne rende problematica l'integrazione in materia penale*”<sup>168</sup>. Sarebbe, infatti, opportuno smettere di parlare con una certa leggerezza di *deficit* democratico o di espropriazione della democrazia parlamentare. Non è possibile continuare a parlarne nello stesso modo in cui se ne parlava riguardo le decisioni quadro<sup>169</sup>. A livello strutturale e strumentale quel «dialogo tra legislatori», prefigurato in precedenza, è già stato potenzialmente predisposto. La dottrina lo ha definito come «il sistema parlamentare euro-nazionale»<sup>170</sup>, che dovrebbe mirare a colmare quella mancanza di dialettica politica che rende discontinuo il controllo democratico parlamentare. Effettivamente, “*il Parlamento europeo sfruttando bene i suoi poteri, riesce a “vedere” le responsabilità del complicato “governo comunitario”: ma non può far valere le responsabilità dei governi nazionali, che sono grandissime, nelle attuali condizioni di svolgimento dell'integrazione europea*”<sup>171</sup>. Diversamente, “*i parlamenti nazionali, potendo agire sui rispettivi governi non “vedono” – nel senso*

---

*tanza democratica e giurisdizioni. Ma considerare fisiologica e irreversibilmente stabilizzata una sorta di governo a due, fra rappresentanza democratica e giurisdizione, altera tanto la natura della giurisdizione quanto quella della rappresentanza democratica. La rappresentanza democratica potrebbe in ogni momento essere scavalcata dall'intervento della giurisdizione; quest'ultima si assumerebbe compiti di governo che non le spettano per l'assenza di responsabilità politica” (ivi, p. 43).*

<sup>167</sup> B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, cit., p. 449; vedi anche P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'Affaire Taricco*, cit., p. 262.

<sup>168</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 114, vedi più in generale J. HABERMARS, *Questa europa è in crisi*, Bari, 2012, p. 46, per cui “*s'impone la necessità politica di ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale*”.

<sup>169</sup> Vedi P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia*, Pisa, 2006, p. 150.

<sup>170</sup> A. MANZELLA e N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro nazionale*, Torino, 2014.

<sup>171</sup> N. LUPO e A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, p. 20.

*che non possono indirizzare né controllare – aspetti decisivi dell'azione delle istituzioni europee di vertice*<sup>172</sup>. È evidente quindi che le caratteristiche efficaci dei due parlamenti debbano essere combinate per superarne i rispettivi e diversi limiti. Pertanto, *“si deve colmare il vuoto tra la rappresentanza del Parlamento europeo e quella di Camera e Senato”*<sup>173</sup>. Eppure, rimangono ancora alcuni sviluppi strutturali che possono essere implementati far crescere le garanzie penalistiche in campo europeo.

Con senso pratico, per quanto all'interno dell'architettura costituzionale dell'Unione sia ancora lontano dall'essere realizzabile il tentativo di affidare esclusivamente ad un organo democraticamente eletto il potere legislativo ed il controllo politico dell'esecutivo<sup>174</sup>, l'obiettivo penalistico di trovare sintonia con la garanzia partecipativa che è alla base della riserva di legge può essere conseguito tentando di implementare l'iniziativa legislativa del Parlamento europeo. Questo è un obiettivo realizzabile richiamato anche dalla Presidente Von der Layen nel suo discorso di presentazione del suo programma davanti ai membri del Parlamento europeo ed è oggi all'ordine del giorno della «conferenza sul futuro dell'Europa»<sup>175</sup>. Tale potere di iniziativa è ritenuto dalla penalistica *“l'unico davvero espressivo della capacità di ponderazione di valori e interessi meritevoli di tutela e di regolamentazione a livello primario, tuttavia ancor oggi affidato alla Commissione”*<sup>176</sup>. Ciò potrebbe spingere il particolare meccanismo democratico europeo a sviluppare una partecipata dialettica politica che coinvolga sia una maggioranza che un'opposizione, anche a geometrie variabili. A quel punto si potrebbe parlare di una vera e propria politica criminale

---

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> Ivi, p. 21.

<sup>174</sup> Vedi P. ASP, N. BITZILEKIS, S. BOGDAN, T. ELHOLM, L. FOFFANI; D. FRÂNDE, H. FUCHS, M. KAIIFA GBANDI, J. LEBLOIS HAPPE, A. NIETO MARTÍN, C. PRITZWITZ, H. SATZGER, E. SYMEONIDOU KASTANIDOU E I. ZERBES, *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 53, 2010, pp. 1262-1277, p. 1262.

<sup>175</sup> Vedi U. VON DER LAYEN, *A Union that strives for more. My agenda for Europe. Political guidelines for the next European Commission 2019-2024*, Bruxelles, 2019, p. 20 disponibile presso <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf> e vedi anche il sito della piattaforma digitale di partecipazione alla «conferenza sul futuro dell'Europa» <https://futureu.europa.eu/?locale=it>. Interessante notare come già nella causa Matthews c. Regno Unito (1999) 28 EHRR 361 (ECHR) il governo di Sua Maestà sosteneva che il PE non è un parlamento, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo non era d'accordo. Dal punto di vista giuridico, sappiamo che è sicuramente un parlamento alla luce del protocollo pertinente alla CEDU.

<sup>176</sup> C. CUPELLI, *Il parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, cit., p. 544; vedi anche C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, p. 254 e C. PAONESSA, *L'avanzamento del "diritto penale europeo" dopo il Trattato di Lisbona*, in *La giustizia penale*, 2010, pp. 307-317, p. 315.

europea e delle sue limitazioni democratico-garantistiche<sup>177</sup>: “*un’evoluzione istituzionale, che assicuri al Parlamento la stessa funzione legislativa, spettante oggi ai Parlamenti nazionali*”<sup>178</sup> per cui “*la «copertura legislativa» della norma penale sarebbe assicurata, direttamente all’origine, al livello europeo*”<sup>179</sup>.

Ancora, per quel che riguarda quel dialogo tra legislatori tra parlamento nazionale e co-legislatori UE riguardo alla protezione dell’identità nazionale in una fase *ex ante*, allo stesso modo di come si è realizzato un controllo sulla sussidiarietà, “*si potrebbe immaginare una soluzione ad hoc per la verifica del rispetto delle identità nazionali, e – come detto, a trattati invariati – parrebbe sufficiente un’integrazione dell’Accordo inter-istituzionale “Legiferare meglio” del 13 aprile 2016, finalizzata ad imporre alle istituzioni l’obbligo di prendere in esame (almeno per gli atti legislativi) siffatta identità a fronte di una tempestiva sollecitazione da parte della autorità (governi e parlamenti) nazionali coinvolte nel processo di adozione degli atti dell’Unione*”<sup>180</sup>. Tale soluzione è non solo in linea con il contenuto e la funzione dell’obbligo di rispettare l’identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura costituzionale, ma anche con il principio di leale collaborazione. Tuttavia, è innegabile che non si potrebbero escludere usi strumentali di questa clausola e perciò non si può escludere neanche un aggravio del lavoro della Commissione. Inoltre, come mostra la prassi delle valutazioni d’impatto sul rispetto dei diritti fondamentali, sembra mancare la volontà politica di sollecitarle o di verificarne i risultati<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> Vedi, *ivi*, p. 560: “*In tal modo, si arriverebbe finalmente ad incanalare la base fondante di ogni decisione in materia penale negli argini di un discorso politico, riconoscendo una volta per tutte che – oggi come ieri, e forse oggi più di ieri – la legittimazione del potere penale deriva dalla capacità di esprimere una maggioranza, ma anche e soprattutto una opposizione in grado di interloquire, controllare, denunciare, proporre, emendare, far cambiare idea: una forza portatrice di istanze propositive su base dialettica ed argomentativa, indispensabile momento di articolazione del dibattito sulle scelte politiche, e quindi a fortiori su quelle politico criminali*”.

<sup>178</sup> F. MANTOVANI, *Erosione della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, cit., p. 13.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’articolo 4, par. 2, TUE*, cit., p. 197. Sull’accordo inter-istituzionale (che recepisce in buona parte gli orientamenti in materia di valutazione d’impatto, COM(2009)92 def.) vedi per tutti M. DAWSON, *Better Regulation and the Future of EU Regulatory Law and Policy*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1209 e ss.

<sup>181</sup> Vedi C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2018, <http://questionegiustizia.it/> che sottolinea come “*effettivamente, nelle valutazioni di impatto redatte dalla Commissione europea prima della presentazione di una proposta di atto legislativo, l’impatto sui diritti umani è opportunamente considerato, anche se poi esso può essere trascurato nella fase di negoziato tra Parlamento e Consiglio, dove prevale l’esigenza di trovare un accordo tra le due istituzioni*”.



Proprio la materia penale detiene lo strumento europeo di massimo coinvolgimento degli organi politici nazionali: il c.d. «freno d'emergenza». Questo rappresenta una clausola di salvaguardia per gli Stati membri. L'art. 83, comma 3, TFUE prevede il diritto per lo Stato membro che dichiara che un progetto di atto legislativo lede aspetti importanti del proprio ordinamento giuridico penale, di chiedere il deferimento della questione al Consiglio europeo per decidere sull'opportunità dell'intervento sovranazionale. L'art. 12 della legge n. 234 del 2012 disciplina il funzionamento nazionale del meccanismo del freno d'emergenza. Difatti, *“le Camere possono chiedere al Governo di attivare il meccanismo del freno d'emergenza ed il Governo sarà obbligato ad attivarlo in caso di richiesta di entrambe le Camere”*<sup>182</sup>. Tuttavia, se la *ratio* del provvedimento UE è volta a tutelare gli Stati membri, nell'insieme dei suoi organi, e non i singoli parlamenti nazionali, non si capisce perché la normativa interna renda obbligatorio ottenere un parere del Parlamento solo per quelle disposizioni per cui è previsto il freno d'emergenza in materia di cooperazione in campo penale. Invece, *“sarebbe stato preferibile accumunare nella richiesta di parere obbligatorio del Parlamento italiano tutta la materia penale sulla base dei molti principi costituzionali che la rendono un settore diverso da tutti gli altri”*<sup>183</sup>. Addirittura, c'è in dottrina chi ritiene che tale strumento potrebbe essere generalizzato come forma di allerta precoce di risoluzione di possibili conflitti interordinamentali. Questa convinzione si basa sul fatto che qualora il Consiglio europeo blocchi la procedura legislativa ordinaria, gli Stati che sono convinti dell'iniziativa legislativa possono procedere con la procedura di «cooperazione rafforzata», che ex art. 20, par. 2, TUE e art. 329, par. 1, TFUE richiederebbe l'approvazione del Consiglio europeo ma in caso di freno d'emergenza si ritiene concessa. Considerandola una soluzione efficiente e capace di salvaguardare la competenza dello Stato in ambito penale, non interrompendo al contempo il processo d'integrazione, *“ci si potrebbe allora domandare se una simile soluzione procedurale [...] non possa essere generalizzata e sempre intrapresa allorquando un governo denuncia il rischio (grave e manifesto) di violazione della propria identità nazionale”*<sup>184</sup>. Addirittura tale tipologia di freno potrebbe essere condizionata ad un parere favorevole del Parlamento nazionale e/o della sua Corte costituzionale.

---

<sup>182</sup> C. FAVILLI, *Ancora una riforma delle norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione delle politiche dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 701-752, p. 719.

<sup>183</sup> Ivi, p. 720.

<sup>184</sup> G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel Diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'articolo 4, par. 2, TUE, cit.*, p. 195.



Da quanto indicato si capisce che per la costruzione di un sistema euro-nazionale politicamente efficace, un ruolo notevole riguarderebbe anche il legislatore interno. Oggigiorno più che esprimersi con termini come «espropriazione di poteri sovrani» sarebbe forse più corretto parlare di una «volontaria ma indebita cessione del proprio ruolo» da parte dei parlamenti nazionali, che non vigilano sull'attività dei governi e al contempo non prendono sul serio il proprio compito di attuazione degli obblighi euro-unitari. Si spogliano delle prerogative che gli sono state affidate dai Trattati, «*del resto è lo stesso art. 69 TFUE a prevedere, con riferimento alle iniziative legislative europee in materia penale e di polizia, che i parlamenti nazionali vigilino "sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità"*»<sup>185</sup>. Difatti, la paura è che qualsiasi soluzione procedurale potenzialmente implementabile per anticipare le questioni relative alla risoluzione del conflitto interordinamentale nella fase *ex ante* «*rischi di scontrarsi con la prassi lassista che, nella c.d. fase discendente, ha sino ad oggi accompagnato il ruolo parlamentare*»<sup>186</sup>. Come evidenziato in precedenza il parlamento italiano si limita a riportare la fonte UE, con l'elaborazione dei criteri direttivi *per relationem*, cioè rinviando semplicemente al contenuto delle direttive.

Perciò, è auspicabile un'azione di riforma sulle funzioni di controllo parlamentare. Devono essere rafforzate e coordinate le capacità consultive delle due camere<sup>187</sup>. Si potrebbe in questo senso «*distinguere e selezionare campi di materia su cui calare le direttive nell'ordinamento interno, con conseguente possibilità di modulare e calibrare il periodo di riflessione a seconda dei settori e degli ambiti di riferimento*»<sup>188</sup>. Inoltre, sarebbe altrettanto auspicabile «*sottrarre al meccanismo della delega l'attuazione dei profili sanzionatori scaturenti dall'appartenenza all'Unione, facendoli confluire nella legge europea - prevista nella l. 234 come eventuale, ma che diventerebbe necessaria con riferimento per l'appunto a tali profili -, rimettendo per tale via l'opzione di politica criminale ad una elaborazione formalmente e sostanzialmente propria del Parlamento*»<sup>189</sup>. Questa soluzione permetterebbe di riservare al

---

<sup>185</sup> C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, p. 354.

<sup>186</sup> *Ibidem*.

<sup>187</sup> Vedi E. STRADELLA, *Le deleghe legislative per finalità: il caso delle deleghe contenute nelle leggi comunitarie. Analisi delle deleghe comunitarie nella XIV e XV legislatura*, in E. ROSSI (a cura di), *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, Padova, 2009, pp. 143 ss., pp. 146 ss.

<sup>188</sup> C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Diritto penale e processo*, n. 4, 2013, pp. 405-418, p. 418.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

Parlamento la verifica definitiva circa il rispetto del principio di legalità anche nella fase di attuazione statale degli obblighi euro-unitari. Altrimenti si deve evidenziare che qualora in campo penale persista un'illegittimità del combinato disposto tra il diritto dell'Unione e il diritto interno sulle modalità di attuazione del diritto sovranazionale, il punto non può essere quello di attivare i controlimiti ma invece potrebbe essere quello di sollevare questione di costituzionalità riguardo alla legge n. 234 del 2012, o ad una sua parte.

## 6. Conclusioni

L'analisi svolta si concentra su come sia possibile tutelare le esigenze ordinamentali dall'arbitrio del giudice comune senza frustrare le esigenze di effettività dell'ordinamento UE. Si è cercato di mostrare come contro il giudice di scopo i controlimiti non siano adeguati. Allo stesso tempo, primato ed effetto diretto pur essendo due principi fondamentali ed esigenze essenziali dell'ordinamento UE se unite al teologismo efficientista della CGUE mal si sposano con le esigenze garantistiche del diritto penale.

In questo quadro emerge con chiarezza il solco tracciato dalla Corte costituzionale italiana che sta tentando di implementare il dialogo come metodo di lavoro e di risoluzione delle controversie interordinamentali. L'introduzione della c.d. doppia pregiudizialità e l'abbandono della timidezza nel fare rinvio pregiudiziale<sup>190</sup>, nonché l'insistenza su una sua sentenza *erga omnes* – che meglio si sposa con il principio di legalità penale – possono ritenersi figli della c.d. saga Taricco e delle preoccupazioni che questa aveva sollevato nella cultura penalistica italiana. Il risultato della 'messa a terra' del dialogo come metodo da parte della Consulta emerge anche dalla risposta della CGUE nella sentenza C-350/20 del 2 settembre 2021, in cui quest'ultima ha evidenziato la natura peculiare del giudice del rinvio. Al par. 40 della sentenza si legge infatti che quest'ultimo «*non è il giudice chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali, bensì un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una*

---

<sup>190</sup> Vedi S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 69 per cui «*la teoria dei contro-limiti è contraddittoria e anacronistica; la Corte costituzionale deve prendere coraggio e accettare di fare rinvio pregiudiziale al giudice comunitario, sia nei corsi di questioni portate in via principale, sia nel corso dell'esame di questioni incidentali, quando la questione comunitaria sorga per la prima volta e in via diretta davanti alla Corte stessa; la Corte nazionale deve stabilire un dialogo, in questo modo, con la Corte europea, senza temere di vedere diminuito il proprio ruolo*».

*questione di puro diritto – indipendente dai fatti adottati dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell’Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all’insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti erga omnes, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti»<sup>191</sup>. Tale soluzione è preferibile nell’ambito penalistico quando ci sia da salvaguardare esigenze di eguaglianza e di certezza del diritto nel caso in cui interpretazione conforme e disapplicazione non riescano a garantirle. Tuttavia, resta aperta la questione se ciò possa restringere eccessivamente l’ambito di applicazione della dottrina dell’effetto diretto e dei suoi corollari. Il dubbio è quello per cui le peculiarità del diritto penale nazionale rendano questa l’unica soluzione accettabile per proteggere la legalità penale anche quando è coinvolto l’ordinamento UE e anche a discapito di suoi principi fondamentali. Tuttalpiù, tanto quanto i controlimiti in ambito esterno, la minaccia di sentenza *erga omnes* della consulta in ambito penale UE, all’interno di un sistema di interpretazione diffuso può svolgere il ruolo di argine o di eventuale richiamo rispetto ad interpretazioni eccessivamente ardite dei giudici comuni.*

In generale, nell’ambito del diritto penale di lotta la Consulta ha palesato che essa è “*un organo di regole, non di fini*”<sup>192</sup>. Si è cercato di mostrare come a partire dal suo intervento nella saga Taricco questa abbia aspirato, e sia riuscita, ad informare a questa logica anche la CGUE. Allo stesso modo si è dimostrato come la sua insistenza non fosse tanto sul controlimite quanto sul dialogo in questi casi. Infatti, i giudici costituzionali italiani sono più che consapevoli che “*se tutte le Corti nazionali si mettono a cercare la propria identità e a proteggerla, seguendo il brutto esempio tedesco, l’Unione europea va in pezzi*”<sup>193</sup>. Inoltre, è interessante sottolineare per tutti gli ope-

<sup>191</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 2 settembre 2021, C-350-20, *INPS*, ECLI:EU:C:2021:659, par. 40.

<sup>192</sup> Vedi S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, cit., p. 62.

<sup>193</sup> Ivi, p. 126, in cui l’autore, già membro della Corte costituzionale, commenta la sentenza del *Bundesverfassungsgericht Lissabon Urteil* (BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421, ECLI: DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208) vedi più ampiamente S. CASSESE, *L’Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2009, pp. 1003-1007. Difatti, fuori dall’ipotesi dialogica e accomodante proposta dalla Consulta il rischio è che anche il giudice costituzionale, prima o poi, venga visto come giudice di «scopo» o di «lotta». Attenta dottrina ha, infatti, sottolineato come nella sentenza del 5 maggio 2020 del *BVerfG* ci sia, piuttosto evidente, l’intento di nascondere dietro alla pomposa e prolissa difesa di alcuni principi costituzionali l’obiettivo di forzare un’opzione di politica monetaria diversa da quella scelta dalla BCE ad opera di una Corte costituzionale nazionale. Vedi P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tut-*

ratori del diritto che grazie al ritrovato protagonismo della Consulta e alla sua recentissima apertura all'intervento di *amici curiae*, si è aperto un nuovo canale di comunicazione e di intervento che rappresenta un ulteriore e imperdibile opportunità per la dottrina penalistica in questi casi<sup>194</sup>.

Infine, si è riportato come sia già presente un sistema parlamentare euro-nazionale attraverso cui implementare le garanzie a corollario della competenza penale indiretta dell'UE. Ci sono regole, procedure, organi e strumenti. Tuttavia, si è visto come la dottrina dei controlimiti, schermando ogni tipo di responsabilità politica sul conflitto interordinamentale, non aiuti l'emergere di quegli spazi di responsabilità che i Trattati e le leggi statali lasciano agli organi politici nazionali nell'elaborazione e nell'adozione del diritto secondario europeo. Sembra mancare la volontà di affrontare il conflitto interordinamentale prima che emerga. Il dialogo che si è descritto tra la Consulta e la Corte di giustizia sembra aver colto questo punto come fondamentale. Per questo motivo la sentenza Taricco II viene definita "*una sentenza più "politica" che "giuridica", che in definitiva pare riaffermare la primazia delle istituzioni politiche e dei loro poteri sulle giurisdizioni*"<sup>195</sup>. Ciò al giorno d'oggi lascia alquanto perplessi in quanto, al di là della relativa novità delle competenze in campo penale, dopo ormai settanta anni dai primi trattati CEECA "*il sistema di governo nazionale non può essere districato da quello europeo*"<sup>196</sup>. Nel senso che "*il sistema di governo europeo costituisce ormai il contesto nel quale si svolgono i poteri pubblici nazionali*"<sup>197</sup> e perciò "*se non si esaminano i condizionamenti e le interazioni tra dimensione nazionale e dimensione sovranazionale, non è possibile capire la politica nazionale*"<sup>198</sup>. La mancanza di un'iniziativa politica parlamentare rispetto allo scontro interordinamentale, la mancanza di preoccupazione *ex ante* piuttosto che *ex post*, spiana la strada alla pressante e incontrollata avan-

---

*ti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità, cit., p. 433: "l'obiettivo del BVerfG, più che garantire il rispetto del principio delle competenze attribuite, del principio democratico, della responsabilità dell'integrazione, sembra essere assai più semplicemente quello di rafforzare il MES [...]. Sulla legittimità dell'obiettivo di rafforzare il MES è lecito discutere. Sul fatto che questo obiettivo possa essere perseguito da una Corte costituzionale nazionale, nascondendolo dietro agli alti principi appena menzionati, è ancora più lecito dubitare".*

<sup>194</sup> Sia permesso di richiamare M. ROMAGNOLI, *Il modello di partecipazione a "triplo binario" della Corte costituzionale italiana: la riforma delle norme integrative riguardo a interventi dei terzi, amici curiae ed esperti, nel segno del dialogo con la società civile e della rilegittimazione continua*, in *Revista de la facultad de derecho de México*, Vol. 70, n. 277/3, 2020, pp. 1047-1096.

<sup>195</sup> P. INSOLERA, *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'Affaire Taricco*, cit., p. 275.

<sup>196</sup> S. CASSESE, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Bologna, 2019, p. 25.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

zata degli esecutivi a cui non dovrebbe essere demandata in alcun modo e con l'attuale ampiezza l'iniziativa e la legislazione sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali comprese le garanzie previste dal diritto penale nazionale, costituzionalmente orientato<sup>199</sup>. Per via dell'avverarsi di questa prospettiva, oggi più che mai, grava sul concetto di sovranità “*il pesante compito restituire alla politica la sua complessità, la sua determinatezza, la sua legittimità, la sua controllabilità, la sua serietà*”<sup>200</sup>. Ciò implica che se il risultato che si ricerca è che il parlamento si riappropri della legittimità legislativa che nel secolo scorso ha trasferito in capo ai giudici per la sua inerzia, allora i parlamentari devono decidere di usare i poteri che gli sono stati attribuiti, che siano essi forze di maggioranza o di minoranza<sup>201</sup>. In altre parole, se il Parlamento vuole tornare

---

<sup>199</sup> Il rischio di una deriva in questo senso c'è ed è stato bene evidenziato da C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, cit.: “*Il diritto d'asilo consente di notare un paradosso nell'applicazione del principio Melloni, ossia che ciò che in ultima analisi determina l'individuazione dello standard applicabile è la presenza o meno di un atto legislativo derivato di armonizzazione, vale a dire un atto adottato dalle istituzioni dell'Unione. In effetti, prima ancora dell'intervento delle Corti, i conflitti tra norme e la corsa al ribasso delle tutele dovrebbero essere evitati dal legislatore europeo, al quale, tra l'altro, è imposto nello sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia di tenere in conto “dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri” (art. 67 Tfu). [...] Potrebbe addirittura accadere, e questo è proprio il caso dell'asilo, che un governo in seno al Consiglio sia favorevole all'adozione di un atto di armonizzazione che cozza con un ingombrante principio fondamentale della propria Costituzione, come il diritto d'asilo costituzionale. L'Unione potrebbe così divenire il luogo per imporre la riduzione delle tutele derivanti dalla Costituzione in nome dell'armonizzazione.*” Pertanto, con la scusa dell'armonizzazione, gli esecutivi nazionali, in sede UE, potrebbero ridurre alcune tutele derivanti dalla Costituzione. Infatti, come ha candidamente ammesso il diplomatico italiano Nicola Verola (Vicedirettore Generale per l'Europa e Direttore generale per l'integrazione europea presso il Ministero affari esteri) “*non è raro che gli esecutivi nazionali utilizzino il canale europeo per far passare provvedimenti che sarebbero stati osteggiati nelle rispettive capitali.*” (N. VEROLA, *Il punto d'incontro. Il negoziato nell'Unione europea*, Roma, 2020, p. 83: “*Il “trucco” funziona più o meno così: i governi fanno in modo che determinati provvedimenti vengano portati all'esame delle istituzioni comunitarie. Dopo di che si “fanno dire” da Bruxelles quello che loro stessi vogliono fare. In questo modo, evitano i costi politici interni di decisioni necessarie ma impopolari utilizzando l'Unione europea come una sorta di “leva” esterna nei confronti dei Parlamenti e delle opinioni pubbliche nazionali.*”) Tuttavia, alla luce dell'art. 51 della Carta di Nizza la definizione di uno standard comune europeo non potrebbe “*divenire l'occasione per una riduzione della tutela già prevista a livello nazionale, laddove il consenso rispetto all'adozione dell'atto dell'Unione – in particolare, quello dei governi in seno al Consiglio – sia coagulato dall'intenzione di “superare al ribasso” la protezione già accordata nei rispettivi ordinamenti, in particolare nella Costituzione.*” (N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e innovazione nella determinazione del livello di tutela*, cit., p. 519).

<sup>200</sup> C. GALLI, *Sovranità*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 116.

<sup>201</sup> Interessante il contributo di Andrea Lippi in questo senso che parlando delle dinamiche di legittimazioni politica attuali di soggetti istituzionali “*ibridi*” delinea questa dinamica di riappropriazione e

ad essere il centro della legittimazione del sistema legislativo deve ricominciare ad assumersi la responsabilità dei suoi poteri. I fenomeni devono essere governati<sup>202</sup>. Ad esempio, un processo come quello della europeizzazione del diritto penale deve essere governato, in modo chiaro e trasparente, e non deve essere inteso come un processo metastorico che procede per forza d'inerzia. Pertanto, per affrontare una complessità istituzionale come quella che si è cercato di delineare è necessario diffondere la consapevolezza che *"nessun paragrafo di costituzione, nessuna corte di giustizia, nessuna autorità può essere di aiuto, se l'uomo medio non sente che la res pubblica, il bene comune di una esistenza umana libera e dignitosa, è affidato alle sue mani"*<sup>203</sup>. Dalle difficoltà che accumulano istituzioni antiche come i parlamenti nazionali e istituzioni nuove come il parlamento europeo si desume che più che un problema di regole, poteri o procedure vi è il problema di riaffermare il primato della politica su scala continentale<sup>204</sup>. Pertanto, piuttosto che continuare a parlare di *deficit* democratico, per descrivere il fenomeno complessivo parrebbe più appropriato parlare di *deficit* politico.

Per concludere, la fatica fatta di uscire dal proprio punto di vista e partire per esplorare tutte le facce dell'ordinamento UE si spera che abbia fornito prospettive nuove al penalista che lo possano aprire all'approfondimento di nuove strade, non ancora battute.

---

cedimento continuo di legittimità come *"spirale ricorsiva"*. (Vedi A. LIPPI, *Dinamiche di legittimazione politica*, cit., p. 160).

<sup>202</sup> Cfr. R. GUARDINI, *Fine dell'epoca moderna. Il potere*, Brescia, 1954, p. 190.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> Cfr. C. GALLI, *Sovranità*, cit., p. 142.