

# DIRITTO PENALE ED UNIONE EUROPEA: UNA OVERVIEW.

Andrea De Lia<sup>1</sup>

**Abstract [ITA]:** il contributo sviluppa delle riflessioni sul tema delle (notevoli) "interferenze" tra il diritto eurounitario e quello nazionale in materia penale, attraverso un'analisi che intende mettere a fuoco il problema della potestà legislativa degli organi UE, a seguito del Trattato di Lisbona e, più in genere, le proiezioni del diritto sovranazionale, rappresentate dall'interpretazione conforme affidata al giudice, dalla disapplicazione del diritto interno in caso di antinomie, nonché dai controversi "obblighi di criminalizzazione". Lo studio è condotto attraverso un ampio richiamo alla dottrina specialistica ed il confronto con alcuni, significativi *case law* e intende porre il faro sui benefici (in termini di ampliamento delle garanzie individuali) ma anche sui notevoli rischi che derivano dalla "fertilization".

**Abstract [ENG]:** *the paper develops reflections on the (significant) "interference" between EU and national law in criminal matters, through an analysis that intends to focus on the problem of the legislative power of the EU, following the Lisbon Treaty and more generally, the projections of supranational law, represented by the compliant interpretation entrusted to the judge, by the non-application of domestic law in the event of antinomies, as well as by the problematic "criminalization obligations". The study is conducted through a broad reference to specialist doctrine, as well as through a comparison with some significant case law and intends to highlight the benefits (in terms of widening individual guarantees) but also the relevant risks deriving from "fertilization".*

**SOMMARIO:** **1.** Premesse. **2.** Il diritto "comunitario" ed "eurounitario" in rapporto alla materia penale. Sintesi dell'evoluzione. **3.** Il diritto europeo nel sistema delle fonti. **4.** Il diritto europeo e il giudice: interpretazione conforme, disapplicazione e "giurisprudenza creativa". **5.** Conclusioni.

## 1. Premesse.

Non molto tempo fa autorevole dottrina segnalò la scarsa penetrazione del diritto comunitario nel sistema penale nostrano<sup>2</sup>; sul presupposto del mancato trasferimento di una potestà legislativa *ad hoc* in favore degli organi sovranazionali<sup>3</sup> e del c.d. "deficit democratico" nel processo della loro composizione (e, conseguentemente, in

<sup>1</sup> Avvocato cassazionista, Professore a contratto di Diritto penale presso l'Università Statale di Milano.

<sup>2</sup> F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 90 ss: «lo stadio di sviluppo in cui si trova il diritto penale comunitario è pressoché embrionale». Si parlò anche, in maniera assai più radicale, di «inesistenza di un diritto penale comunitario» (R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984, 5 ss).

quello della produzione delle fonti)<sup>4</sup>, si negò, *ab initio*, che essi disponessero di una vera e propria competenza in materia<sup>5</sup>.

Attraverso la locuzione “diritto penale europeo”, oggi, invece, s’indica comunemente un fenomeno ampio e progressivo di compenetrazione, nella c.d. “*matière pénal*”<sup>6</sup>, tra sistema giuridico-criminale interno, *da un lato*, e diritto (oltre che “convenzionale”) dei trattati europei nonché delle c.d. “fonti derivate” (come interpretati e applicati dalla giurisprudenza), *dall’altro*, che ha trovato origine nella necessità di “armonizzare” gli ordinamenti degli Stati membri, specie al fine di contrastare più efficacemente (attraverso il diritto penale sostanziale e quello processuale), vincendo i particolarismi, forme di illecito a carattere transnazionale<sup>7</sup>.

Si è al cospetto, allora, di una evoluzione che, nel tempo, ha posto in serio imbarazzo alcune concezioni formatesi su taluni assi portanti dello *ius criminale* e, in particolare, sul principio di legalità, nella declinazione della riserva di legge statale

3 In argomento vd. A. PAGLIARO, *Limiti all’unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1993, 203 ss; Analogamente S. MANACORDA, *L’efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro It.*, 1995, cc. 66 ss: «l’affermazione tradizionale, secondo la quale “il diritto penale non rientra nell’ambito delle competenze della Comunità, ma in quelle di ciascun Stato membro” (Parlamento europeo, *Relation présentée au nom de la Commission juridique sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal*, del 2 febbraio 1976), continua ad essere corretta nel suo contenuto essenziale». Talchè, il “diritto penale comunitario” avrebbe rappresentato, secondo taluni studiosi, una sorta di «ossimoro polisenso» (A. BERNARDI, *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 1999, 333 ss). Più di recente, sulla questione, vd. C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, *passim* (ma spec. 279 ss); A. D’ANDREA, *Certezza del diritto e integrazione tra ordinamenti*, in A. Apostoli – M. Gorlani (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 27 ss; F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità” e dintorni*, Pisa, 2019, 167-174; A. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, 52 ss.

4 Sul tema vd. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano, 1995, 67 ss; G. SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002, 189 ss; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici d’interesse comune*, Milano, 2005, 388 ss; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, spec. 131 ss; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. Parl.*, 2008, 925 ss; F. PALAZZO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 128; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2017, 154; E. TRIGGIANI, “Deficit” democratico o di sovranità? Il “rebus” politico-istituzionale dell’Unione europea, in *Studi Int. Eur.*, 2019, 9 ss; G. PASQUINO, *La (ri)costruzione dell’UE tra deficit democratico, istituzione e partiti*, in *Il Mulino*, 2021, 55 ss. Il deficit democratico venne, peraltro, stigmatizzato dalla Corte costituzionale tedesca con la sentenza BVerfG, 29 maggio 1974, BvL 52/71, c.d. “Solange I”, alla quale seguì un parziale *revirement* con la sentenza BVerfG, 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, c.d. “Solange II”, con la quale la Corte mostrò una più ampia apertura al processo di integrazione comunitaria (su questi temi vd. anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, op. cit., 120 ss). Soluzione, quest’ultima, in larga parte “ribaltata” dalla successiva sentenza “Maastricht” (BVerfG, 12 ottobre 1993, BvR 2134-2159/93), sulla quale vd. P. HILPOLD – P. PIVA, *Da “Solange” a “PSPP”: alla ricerca delle radici di un “dialogo tra le Corti” naufragato in un incomprensibile soliloquio*, 13 gennaio 2021, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

5 Su tale questione vd. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della comunità europea*, in *Cass. Pen.*, 1995, 230 ss; A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. Pen.*, 1996, 995 ss.

6 Delineata secondo i criteri dettati dalla ben nota sentenza Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. Su questo tema vd., nella sterminata letteratura, a livello monografico, M. DONINI – L. FOFFANI (a cura di), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, *passim*; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, *passim*.

7 V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, XVII; G. GRASSO, *Prospettive di uno spazio giudiziario europeo*, in *Ind. Pen.*, 1996, 113-114.

(art. 25, comma 2, Cost.)<sup>8</sup>, con un'evidente accelerazione a seguito del Trattato di Lisbona<sup>9</sup> che ha disciplinato in modo (per certi versi) innovativo le competenze nel settore in capo all'UE (oggetto, peraltro, di un dibattito ancora niente affatto sopito), ponendo in forte crisi la tradizionale impermeabilità del sistema interno rispetto alle fonti sovranazionali<sup>10</sup>.

Ovviamente, l'influenza del diritto europeo non si è limitata al diritto penale sostanziale, come dimostrano la regolamentazione del riconoscimento delle decisioni giudiziarie, del mandato d'arresto europeo, l'ordine europeo d'indagine e da ultimo, l'introduzione della c.d. "EPPO" (*European public prosecutor office*), cioè la Procura europea (attraverso il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 9), frutto di un processo che, nel suo complesso, ha ulteriormente ridimensionato la primazia del diritto interno nel settore penalistico *lato sensu* inteso.

Concentrando però – indipendentemente dagli intrecci – l'attenzione proprio sul profilo sostanziale, si può aggiungere che l'irrompere delle fonti normative sovranazionali, tra le quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e (nella cornice più ampia del Consiglio d'Europa) la Carta europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché del formante giurisprudenziale, ha incisivamente condizionato gli orizzonti di un numero considerevole di principi-cardine e di istituti.

L'influenza si è registrata a più livelli, involgendo essa: interventi normativi, attuati dal legislatore italiano<sup>11</sup> (o da attuarsi)<sup>12</sup>; importanti pronunciamenti della Corte costituzionale<sup>13</sup>; adattamenti giurisprudenziali, in sede ermeneutica, attraverso

8 Sul tema vd. F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Milano, 1997, 2359 ss; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007. Sulla "crisi" della territorialità/sovranità statale nel diritto penale (della "triade" popolo-territorio-autorità di cui parlò M. WEBER, *Economy and society*, Berkeley, 1978) vd. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi della sovranità*, Roma-Bari, 1999; A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, 24. Sul carattere tendenzialmente nazionalistico del diritto penale vd. K. TIEDEMANN, *L'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 3 ss; M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, loc. cit., 27 ss.

9 Che, addirittura, come emerge dall'art. 3 TUE, ha collocato in primo piano la creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", che ha sopravanzato l'obiettivo dello sviluppo del mercato unico.

10 A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Napoli, 2019, *passim*.

11 Tra i quali si segnala l'introduzione del delitto di tortura, di cui all'attuale art. 613-bis c.p. (ad opera della l. 14 luglio 2017, n. 110), alla luce dell'art. 3 CEDU (che vieta trattamenti inumani o degradanti) e della sentenza Corte EDU, Sezione Quarta, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, relativa ai fatti di violenza compiuti dalle forze dell'ordine nel corso del G8, a Genova, nel 2001. Sul tema vd. L. RISICATO, *L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità*, in *Criminalia*, 2018, 351 ss; E.R. BELFIORE, *L'introduzione del delitto di tortura*, in *Arch. Pen.*, 2018, 295 ss; S. PREZIOSI, *Il delitto di tortura fra codice e diritto sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, 2019, 1766 ss.

12 Il riferimento è, da ultimo, al problema del c.d. "ergastolo ostativo" ("innescato" dalla sentenza Corte EDU, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Viola c. Italia), sul quale vd., anche per i riferimenti bibliografici, A. DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del "Feindstrafrecht"*, 15 dicembre 2021, in *www.federalismi.it*. Si rammenta che con ordinanza n. 122 del 10 maggio 2022 la Consulta ha ulteriormente rinviato il procedimento all'udienza dell'8 novembre 2022, al fine di consentire al Parlamento l'adozione di una legge di riforma della disciplina indubbiata.

13 Come, ad esempio, le sentenze Corte cost., 24 gennaio 2019, nn. 24 e 25, sulla disciplina delle misure di prevenzione, su impulso di Corte EDU, Grande camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, che aveva

la c.d. “interpretazione conforme”<sup>14</sup>. Il tutto restituendo, nel complesso, un quadro particolarmente articolato, sempre in movimento e, proprio per questo, assai interessante ed oggetto di dibattiti interminabili.

La finalità del presente contributo, allora, è tracciare un breve profilo dello stato dell’arte, mettendo in luce anche alcuni aspetti critici del c.d. “sistema penale multilivello”, concentrando l’attenzione sull’orizzonte eurounitario, caratterizzato da una strutturale e persistente ambiguità<sup>15</sup>.

## **2. Il diritto “comunitario” ed “eurounitario” in rapporto alla materia penale. Sintesi dell’evoluzione.**

**2.1.** La dimensione comunitaria, incentrata originariamente sul versante dell’economia e del mercato (il riferimento è, oltre al Trattato CECA del 1951, ai trattati istitutivi della CEE e dell’EURATOM, del 1957, che furono il frutto di un approccio funzionalista, mirato all’integrazione in settori delimitati e con specifici obiettivi di cooperazione)<sup>16</sup> – presidiato da un folto apparato sanzionatorio, qualificato generalmente come “amministrativo” (ma di natura assai controversa)<sup>17</sup> –

---

rilevato la “scarsa qualità” della legge italiana.

<sup>14</sup> In tema vd. G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. Carnevale – C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 89 ss; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della costituzione*, Napoli, 2014; F. MODUGNO, *In difesa dell’interpretazione conforme a Costituzione*, 18 aprile 2014, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in A. Bernardi (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 17 ss; M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. IX, Milano, 2016, 445; nella letteratura penalistica vd. V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, 9 luglio 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, 5 novembre 2012, *loc. ult. cit.* Sull’argomento, in ogni caso, vd. *infra*.

<sup>15</sup> Per utilizzare un aggettivo impiegato, con riferimento generale alla natura e alle funzioni istituzionali degli organismi europei, da R. BIBIER – J.P. JAQUÉ – J.H.H. WEILER, *L’Europe de demain: une Union sans cress plus étroite*, Bruxelles, 1985, 7, che sfruttarono l’efficace locuzione “meravigliosamente ambiguo”.

<sup>16</sup> Pure a seguito delle modifiche attuate con l’Atto unico europeo del 1986, che pose le basi per lo sviluppo di un’unione politica vera e propria.

<sup>17</sup> Sulla natura amministrativa delle sanzioni irrogate dagli organi comunitari vd. G.L. TOSATO, *I regolamenti delle Comunità europee*, Milano, 1965, 160. Tuttavia, già agli inizi, la qualificazione era tutt’altro che pacifica, tanto è vero che nel corso della seduta del 2 febbraio 1977 uno dei membri della Commissione giuridica sulla correlazione tra diritto penale e diritto comunitario (De Keersmaecker), riferendosi al regolamento n. 17 del 21 febbraio 1962, n. 17 (sull’applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, in ordine alla tutela della concorrenza), diede evidenza di un contrasto interpretativo in atto sul punto, rilevando, in ogni caso, al riguardo di suddette sanzioni, che «quel che conta sottolineare è che esse possono essere inflitte». Si può aggiungere che simili espressioni, certo indicative di una estrema arretratezza del dibattito, furono verosimilmente alimentate non solo dall’assai controversa questione della sussistenza di una potestà autenticamente penale in capo alle istituzioni europee, ma anche dalla circostanza che altrettanto dibattuta, in quell’epoca, era la possibilità di ammettere forme di responsabilità con i “tratti penali” in capo agli enti collettivi, vale a dire i soggetti più frequentemente passibili delle sanzioni irrogabili dalle Comunità. In argomento vd. anche C.E. PALIERO, *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, 894 ss; sulla nozione di “diritto punitivo comunitario” vd. M. PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1999, 111 ss.

secondo gli orientamenti dottrinari dominanti<sup>18</sup> non avrebbe affatto implicato un'abdicazione da parte degli Stati aderenti al potere legislativo esclusivo in materia<sup>19</sup>, lasciando il passo, al più, ad una competenza "indiretta", dal contenuto ancora incerto e da definire; del resto, anche la Corte di Giustizia rimarcò, in diverse occasioni, come il diritto e la procedura penale risultassero estranei al raggio d'azione delle Comunità (vd. ad esempio Corte di Giustizia, 11 novembre 1981, causa C-203/80, "Casati").

Sicché, la scarsa influenza del diritto comunitario nel settore, che emerge con nitore anche dall'analisi dei repertori della giurisprudenza, sotto il profilo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario: prova evidente (anche) della ancora acerba sensibilità, in quell'epoca, degli operatori del diritto sul tema generale dei rapporti tra le due "sfere".

Le forme più incisive di interazione, in origine, furono rappresentate, allora, dalla c.d. "disapplicazione" (*in bonam partem*) del diritto penale, sporadicamente attuata, nell'ipotesi di palesi antinomie; ciò sul fondamento del c.d. "primato del diritto comunitario", sancito, con riferimento alla normativa dei trattati, dall'arcinota sentenza "Simmenthal" (Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, causa C-106/1977)<sup>20</sup>, con estensione a fonti di diritto derivato, quali le direttive (vd. Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, causa C-148/78, "Tullio Ratti")<sup>21</sup>.

Tali orientamenti, dunque, cominciarono in qualche modo a porre in crisi l'idea dell'estraneità del diritto comunitario alla materia penale, essendosi evidenziato che, in realtà, esso ben potesse rivestire la funzione di "limite" alla potestà punitiva degli Stati membri<sup>22</sup>.

18 Le indagini dottrinali circa le prerogative degli organi comunitari in materia penale si rivolsero, peraltro, precocemente anche al tema dei beni giuridici comunitari e sulle modalità in cui tali valori avrebbero dovuto essere tutelati (e, quindi, "da chi"). Si cominciarono, dunque, a distinguere dei beni giuridici "propri", delle Comunità, da beni giuridici di "rilievo comunitario" (ovvero, secondo una diversa distinzione, beni giuridici "istituzionali" e "relativi all'attività istituzionale"). La sovrapposizione tra gli interessi delle entità sovranazionali e quelli degli Stati membri, tuttavia, non rese agevole, già in quell'originario contesto, il *discrimen*, sul quale si sarebbe inteso fondare una ricostruzione teorica delle prerogative in materia in capo agli organismi europei. Sul tema vd. G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2012, 11-105.

19 Vd. M. DELMAS-MARTY, *Verso un diritto penale comune europeo?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 543 ss.

20 Che fece seguito alla altrettanto conosciuta Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa C-6/64, Costa c. Enel.

21 La vicenda prese le mosse dal rinvio pregiudiziale operato dal Pretore di Milano in un procedimento penale attivato nei confronti del legale rappresentante di una società, tratto a giudizio per rispondere della violazione di una serie di disposizioni interne che imponevano l'apposizione di alcune indicazioni sulle confezioni di prodotti solventi. Dette disposizioni, tuttavia, in estrema sintesi, non erano allineate con quelle promananti da alcune direttive comunitarie, ancora non recepite dall'Italia nonostante la scadenza del termine prefissato. Nell'occasione, la Corte di Giustizia espresse, allora, il seguente principio: «dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione di una direttiva, gli Stati membri non possono applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima — neppure se vengano contemplate sanzioni penali — a chi si sia conformato alle disposizioni della direttiva stessa».

22 Sul punto si può rammentare anche la pronuncia Corte di Giustizia, 22 settembre 1983, causa C-271/82 "Auer", sull'esercizio abusivo della professione di veterinario. Successivamente vd. la sentenza Corte di Giustizia, 2 febbraio 1989, causa C-187/97, "Cowan", secondo la quale «si deve ricordare che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale, sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti

Per altro verso, si rammenta come la Corte di Giustizia, intervenendo alla fine degli anni '80 sul noto caso del mais greco<sup>23</sup>, affermò semmai l'obbligo, in capo agli Stati membri, rispetto agli illeciti lesivi degli interessi finanziari comunitari, di adottare, secondo il c.d. "principio di leale cooperazione" (di cui all'art. 5 del Trattato CEE)<sup>24</sup>, uno strumentario sanzionatorio parificato a quello posto a tutela di quelli interni (il c.d. "principio di assimilazione")<sup>25</sup>, a carattere "effettivo, proporzionato e dissuasivo" (alla luce, cioè, dei principi di adeguatezza e proporzionalità)<sup>26</sup>, non necessariamente coi caratteri, però, del diritto criminale<sup>27</sup>.

Il tutto sulla scia, per il vero, della precedente pronuncia sul caso "*Amsterdam Bulb*" (Corte di Giustizia, 2 febbraio 1977, causa C-50/76, per la quale: «l'art. 5 del Trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la facoltà di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali. Si deve pertanto rispondere al giudice nazionale che gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune»), secondo una linea assai distante, dunque, da quella dei c.d. "obblighi di criminalizzazione"<sup>28</sup>. Si può aggiungere,

---

cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario». Sul tema delle "interferenze" tra norma incriminatrice interna e diritto comunitario vd. anche C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Ind. Pen.*, 1996, 455 ss.

23 Nell'occasione, in particolare, la Commissione aveva richiesto alla Corte che la Repubblica ellenica fosse dichiarata responsabile per l'omesso accertamento e versamento alla Comunità di risorse, fraudolentemente sottratte al bilancio comunitario per effetto dell'esportazione di alcune partite di granoturco jugoslavo in un altro Paese membro della Comunità (Belgio) come prodotti di origine greca; il che aveva provocato, per l'appunto, l'omissione del c.d. "prelievo agricolo", ovvero sia dell'esazione di un'imposta dovuta per le importazioni di granoturco extracomunitario, da riversare nelle casse della Comunità medesima.

24 Analogo principio era espresso nell'art. 86 del Trattato CECA e nell'art. 192 del Trattato EURATOM. Per un'ampia ricostruzione vd. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 2009, 74 ss; M. MARESCA, *Comunità di diritto, leale cooperazione, crescita. Materiali ed ipotesi ricostruttive dell'Unione europea*, Torino, 2016; F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*, 17 giugno 2020, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020.

25 Su cui vd. anche A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 1999, 333 ss; più di recente A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli stati membri*, Bari, 2018, 35 ss.

26 Sul tema vd. P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. Cost.*, 1993, 7 ss; A. MOSCARINI, *Il principio di sussidiarietà*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. Vol. II, L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 185 ss; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2012, 111 ss. Sugli intrecci tra i principi di sussidiarietà, proporzionalità e adeguatezza vd. G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2013, 81 ss.

27 Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, Commissione c. Grecia, causa C-68/88, sulla quale vd. anche M.G. VAGLIASINDI, *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. Pen.*, 1999, 269 ss; B. SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Torino, 2007, 24; F. CONSULICH, *La Giustizia e il mercato*, Milano, 2010, 181 ss; A. FIORELLA – N. SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale"*, Torino, 2018, 61.

28 In senso analogo vd. Corte di Giustizia, ord. 13 luglio 1990, causa C-2/88 (sul caso "Zwartweld"): «in questa comunità di diritto, le relazioni tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono rette, in forza dell'art. 5 del Trattato CEE, da un principio di leale collaborazione. Questo principio non obbliga solo gli Stati membri ad

però, che la ridotta interazione tra diritto penale degli Stati membri e diritto comunitario, in questa fase, dipese, oltre che dalla limitatezza degli strumenti a disposizione degli organismi europei, anche dall'ambito d'intervento di quest'ultimi, ovverosia, per quanto detto, l'economia ed il mercato. Si tratta, infatti, di un contesto nel quale, concluso il secondo conflitto mondiale, i legislatori europei, certamente quello italiano, si mossero con estrema cautela, onde evitare che l'utilizzo dello strumentario caratteristico provocasse un'eccessiva restrizione della libertà di iniziativa economica, frenando lo sviluppo. Il che ha verosimilmente alimentato una certa "diffidenza", se non addirittura una ritrosia, in generale, rispetto a processi di *law enforcement* che avrebbero potuto derivare da riforme tese ad un adeguamento dei sistemi interni alle evoluzioni di quello comunitario<sup>29</sup>.

**2.2.** La situazione, sotto l'angolo prospettico della competenza "diretta" (locuzione con la quale si deve intendere il potere di elaborare ed imporre un «sistema normativo completo di fattispecie e sanzioni... "non filtrata" per il tramite del diritto penale degli Stati membri»)<sup>30</sup> degli organi sovranazionali<sup>31</sup>, non mutò di molto per l'effetto dell'adozione del Trattato di Maastricht, con l'istituzione dell'Unione europea (1992)<sup>32</sup> e l'asciutto riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale, poiché, al di là dell'espressione del principio generale di sussidiarietà (dell'azione degli organi europei), la creazione del c.d. "terzo pilastro" – anche a seguito delle modifiche operate con il Trattato di Amsterdam del 1997<sup>33</sup> e di quello di Nizza (2001) – relativo alla cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari Interni - GAI (Titolo VI del Trattato), non venne associata a modifiche della potestà

adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario, ma impone anche alle istituzioni comunitarie obblighi reciproci di leale collaborazione con gli Stati membri». Sulla sentenza vd. anche G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, in Id. – R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, 18.

<sup>29</sup> Su questi delicati equilibri vd. anche G. FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano, 1994, 4 ss.

<sup>30</sup> V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in Id. – A. Cavaliere (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018, 10.

<sup>31</sup> Per altro verso non si è mai seriamente dubitato di una qualche efficacia "riflessa" del diritto comunitario sulla sfera penale, specie nel settore dell'economia, nel quale la norma incriminatrice è di frequente condizionata da disposizioni *extra-penali*. In argomento vd. G. GRASSO, *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 227-228.

<sup>32</sup> Durante i negoziati l'Unione venne paragonata a "un tempio", retto da "tre pilastri" (Comunità, PESC e GAI); vd. V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, 2015, 43.

<sup>33</sup> Che, fermo il metodo intergovernativo, oltre alla rideterminazione (riduzione) del contenuto del "terzo pilastro" (con spostamento nel primo delle materie diverse da quella penale, con conseguente assoggettamento delle stesse al c.d. "metodo comunitario"), segnò il passaggio dallo strumento delle azioni comuni (di natura ed efficacia assai controversa) a quello delle decisioni-quadro, che si andarono ad affiancare alle convenzioni con lo scopo di riavvicinare le legislazioni nazionali, anche sul terreno del diritto penale sostanziale, senza efficacia diretta (vd. art. 34.2. TUE) e con la libertà degli Stati membri di determinare forma e mezzi di attuazione. Altra novità di rilievo fu la giurisdizionalizzazione, con il coinvolgimento, seppur con limiti, della Corte di giustizia sulle materie "residue" del "terzo pilastro". Sul tema vd. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Europea*, 1996, 481 ss; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2015, 70 ss; A. GULLO, *Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE*, 10 febbraio 2016, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Per un elenco delle decisioni-quadro adottate vd. R. ADAM – A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 570-571.

legislativa degli organi europei<sup>34</sup>, rimanendo questa defilata rispetto al sistema di produzione normativa caratteristica del “primo pilastro” (regolamenti e direttive).

In questa fase storica, lo strumento della convenzione (attuato con la ben nota “Convenzione PIF”)<sup>35</sup>, peraltro, si rivelò sostanzialmente inadeguato, per via delle lunghe attività di negoziazione necessarie tra gli Stati; ecco, allora, l’idea di un “*Corpus iuris*”, che apparve nel 1995, frutto dell’elaborazione di un nutrito gruppo di studiosi, che rimase però sulla carta, anche all’esito della riformulazione nel 2000, nonché del “libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea” (dell’anno successivo), ai fini della edificazione di un sistema penale “unificato” per il contrasto degli illeciti contro la sfera finanziaria UE<sup>36</sup>, in un momento in cui l’apparato sanzionatorio-amministrativo europeo si manifestò, comunque, in progressiva espansione<sup>37</sup>, affiancandosi ad incisivi interventi UE attraverso direttive volte al contrasto di fenomeni criminali

34 R. SICURELLA, *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 1307 ss. In tema vd. anche A. BERNARDI, *L’europizzazione del diritto e della scienza penale*, Milano, 2004, 37 ss; E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti tra diritto dell’Unione europea e diritto penale*, Napoli, 2008; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020, 14-27.

35 Sulla quale vd. L. SALAZAR, *Recenti sviluppi internazionali nella lotta alla corruzione (... e conseguenti obblighi di recepimento da parte italiana)*, in *Cass. Pen.*, 1998, 1529 ss; A. BERNARDI, *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2002, 485 ss; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 911 ss.

36 Sul *Corpus iuris* vd. A. BERNARDI, *Corpus Iuris e formazione di un diritto penale europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2001, 283 ss; G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Iuris 2000*, Milano, 2003, *passim*; G. DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: “integrazione” e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell’internazionalizzazione della tutela penale*, in L. Foffani (a cura di), *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, 47 ss; E. BACIGALUPO, *Le strategie penali dell’Unione europea*, in G. Grasso – R. Sicurella, *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, op. cit., 655; G. SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 474 ss. Sulla innovatività dell’iniziativa, quanto all’introduzione della responsabilità dell’ente collettivo, vd. E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 10 ss; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente collettivo dipendente da reato*, loc. ult. cit. 2001, 1126 ss. Sulle prospettive di allora, segnate dal “libro verde” vd. E. MEZZETTI, *Quale giustizia penale per l’Europa? Il “libro verde” sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3953 ss; M. DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, 141 ss; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in loc. ult. cit., 2004, 745 ss; A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, loc. ult. cit., 2006, 76 ss. A questi progetti si affiancò poi, come ben risaputo, quello degli “Euro-delikte” (e non solo. Vd. V. MILITELLO, *Un progetto alternativo europeo in materia penale tra luci e ombre*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1456 ss), diretto dal Prof. Klaus Tiedemann, con l’ambizioso scopo di creare un codice europeo nel settore degli illeciti economici.

37 Per quanto riguarda le ammende irrogabili dagli organi comunitari, la Corte di Giustizia riconobbe, con varie pronunce, la legittimità degli interventi sanzionatori degli organi comunitari, attribuendo alle predette misure natura amministrativa. Vd. ad esempio Corte di Giustizia, 27 ottobre 1992, causa C-240/90, Germania c. Commissione delle Comunità europee. Occorre altresì rammentare che con il regolamento del Consiglio n. 2988/95, del 18 dicembre 2005, vennero introdotte le norme generali applicabili per le sanzioni c.d. “*sui generis*” (o “decentralizzate”), ovvero applicabili dagli Stati membri per violazioni di precetti di natura comunitaria. Su questo tema vd. A.M. MAUGERI, *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. Pt. I. La natura giuridica delle sanzioni comunitarie*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1999, 527 ss; ID., *Il Regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario. Pt. II. I principi fondamentali delle sanzioni comunitarie*, loc. ult. cit., 929 ss.

emergenti (in questi casi, tuttavia, gli Stati membri vennero obbligati ad adottare strumenti normativi idonei, non a ricorrere allo strumentario penale)<sup>38</sup>.

Dopo Maastricht, il diritto penale comunitario (o eurounitario) iniziò a mostrare, in ogni caso, potenzialità di influenza maggiori rispetto al passato sul sistema giuridico degli Stati membri<sup>39</sup>, restando inalterate, per il resto, alcune tradizionali perplessità; in primo luogo il difetto di democraticità, determinato dal ruolo di “comprimario” del Parlamento europeo<sup>40</sup>, nonché il mancato trasferimento di poteri sovrani in materia penale<sup>41</sup> e, *last but not least*, l’impossibilità di attuare, in caso di inadempimento degli Stati membri rispetto alle previsioni degli strumenti normativi tipici, la procedura d’infrazione<sup>42</sup>.

In tale contesto, allora, la propulsione derivò soprattutto dall’attivismo della Corte di Giustizia che, pur costantemente ribadendo il principio di assimilazione<sup>43</sup>, cominciò a porlo in secondo piano rispetto a quello di effettività, affrontando il tema della competenza penale degli organi UE in maniera non del tutto lineare; in particolare, con la sentenza “Unilever” (CGUE, Quinta Sezione, 28 gennaio 1999, causa C-77/97), la Corte, con una pronuncia “apripista”, affermò l’obbligo degli Stati membri di ricorrere alle sanzioni penali al fine di contrastare forme di pubblicità ingannevole rischiose per la salute dei consumatori<sup>44</sup> e con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio, la medesima Corte si pronunciò sulla richiesta di annullamento della decisione-quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione

38 C.E. PALIERO, *La fabbrica del GOLEM*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 466 ss.

39 A. BERNARDI, *L’uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, op. cit., 465 ss.

40 Sul tema vd. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionale e dei beni giuridici d’interesse comune*, Milano, 2005, spec. 388 ss.

41 G. GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, 1159 ss; Id., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in Id. – R. Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 56 ss.

42 C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema “ordinario” di tutela giurisdizionale della Corte di Giustizia*, 1 dicembre 2014, [www.eurojust.it](http://www.eurojust.it). Allo scadere di detto termine, divenne attuabile la procedura di infrazione per il mancato recepimento delle decisioni-quadro. Il che accadde, ad esempio, per il mancato recepimento della decisione-quadro 2003/568/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, alla quale seguì la legge di delegazione europea (l. 12 agosto 2016, n. 170, seguita dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38). In molti casi, tuttavia, precedenti decisioni-quadro sono state sostituite da direttive, come nel caso della Direttiva (UE) 2017/541, sulla lotta contro il terrorismo, che ha sostituito la decisione-quadro 2005/671/GAI. Sulla questione dell’esperibilità della procedura d’infrazione in relazione alle decisioni-quadro vd. però V. MILITELLO, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in Id. – L. Paoli – J. Arnold, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano, 2000, 41 (in senso affermativo); *contra* A. BERNARDI, *L’uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quad. Fior.*, 2002, 502.

43 Vd. CGUE, Seconda Sezione, 23 novembre 2006, causa C-315/04, “Lidl Italia”: «occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante della Corte relativa all’art. 10 CE, pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo».

44 Sulla pronuncia vd. C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzioni penali: una dialettica perpetua?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, 171 ss; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2007, 1157 ss.

dell'ambiente attraverso il diritto penale, adottata sulla logica del Titolo VI del Trattato UE ("terzo pilastro").

In estrema sostanza, nel corso del procedimento giurisdizionale, si era contestata la legittimità dell'innovativo ricorso alla decisione-quadro per esercitare potestà penale (in termini di imposizione di obblighi di incriminazione) da parte del Consiglio, specie a seguito del fallimento del tentativo di utilizzare lo strumento della direttiva, a causa della resistenza da parte degli Stati membri ad attribuire alla Comunità la competenza penale in materia ambientale.

La Corte di Lussemburgo, quindi, richiamando alcuni precedenti, sottolineò che, in linea di massima, la Comunità non avrebbe avuto competenze in materia penale; tuttavia, si soggiunse, «quest'ultima constatazione non può impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente».

Il tutto, dovendosi di fatto garantire – ad avviso della Corte – una possibilità di intervento del legislatore europeo in un ambito rientrante, comunque, nel proprio campo d'azione, quale la tutela ambientale, per l'appunto. Sicché, invalidandosi l'atto a causa del ricorso alla decisione-quadro, venne ammesso quello alla direttiva (talché, per l'appunto, la successiva Direttiva n. 2008/99/CE, antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)<sup>45</sup>. Tale soluzione venne, peraltro, ribadita nella successiva sentenza CGUE, Grande Sezione, 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione c. Consiglio, in ordine alla decisione-quadro 2005/666/GAI relativa alla repressione dell'inquinamento provocato dalle navi<sup>46</sup>.

Per altro verso, la Corte di Giustizia escluse la possibilità di far discendere degli "effetti diretti" *in malam partem* dalla disarmonia tra il diritto interno e quello europeo, in occasione della vicenda del c.d. "falso in bilancio", a seguito della

---

45 Sulla pronuncia v. L. SALAZAR, *La sentenza sulla protezione penale dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005, 116 ss; S. MARCOLINI, *Decisione-quadro o direttiva per proteggere l'ambiente attraverso il diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2006, 243 ss; G. MANNOZZI – F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia c-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2006, 909 ss; F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di "antigiuridicità" del fatto tipico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1062 ss; V. PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, 918; M.G. VAGLIASINDI, *La Direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. Comm. Int.*, 2010, 449 ss. Vd. inoltre R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in *Id.* – G. Grasso (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, op. cit., 316, secondo la quale «ciò di cui in definitiva il testo della sentenza appare assolutamente carente è un chiaro inquadramento logico e teorico della riconosciuta competenza sovranazionale a fissare obblighi di penalizzazione, in grado di supportare e legittima sul piano scientifico-giuridico, prima ancora che politico, le iniziative che dovranno logicamente essere assunte a livello normativo; con ciò evidentemente sottovalutando l'impatto che la soluzione consacrata è idonea a produrre sull'attuale equilibrio del riparto di competenze tra Stati membri e ente sovranazionale con riguardo alla materia penale».

46 Sulla quale vd. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, op. cit., 177; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 204; G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo il d.lgs. 121/2011 di attuazione della direttiva 2008/99/CE*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, 668 ss; J.C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013, 215.

riforma del 2002, avendo il giudice italiano, attraverso il rinvio pregiudiziale, dubitato della conformità della novella rispetto al contenuto della normativa sovranazionale circa gli obblighi di trasparenza societaria, evidenziando la scarsa capacità dissuasiva di illeciti penali previsti a titolo contravvenzionale.

La Corte si pronunciò, infatti, con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 3 maggio 2005, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, sul caso “Berlusconi e altri”, con la quale venne negata l’efficacia *in malam partem* delle direttive inattuato, statuendosi che una tale fonte normativa «non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell’ambito di procedimenti penali, poiché 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>47</sup>.

Si tratta di una soluzione che si pone in linea con altri pronunciamenti della Corte in tema di interpretazione conforme del diritto interno (su cui vd. anche *infra*); il riferimento è, più di preciso, a CGUE, Quinta Sezione, 7 gennaio 2004, nella causa C-60/02; la Corte, su rinvio pregiudiziale del Landesgericht Eisenstadt, era stata chiamata, in particolare, a decidere se un regolamento comunitario, contrastante con la normativa interna di uno Stato membro (Austria), potesse condurre, in qualche modo, ad effetti *contra reum*. La Corte, allora, statuí: «l’obbligo d’interpretazione conforme del diritto nazionale, alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario, onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultimo, non può, di per sé e indipendentemente da una legge adottata da uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale di un operatore che ha violato le prescrizioni del detto regolamento».

Ciò nonostante, la Corte di Giustizia, in seguito, giunse ad una soluzione di senso contrario attraverso la sentenza CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, causa C-105/03, sull’*affaire* “Pupino”; la questione pregiudiziale era stata sollevata dal giudice *a quo* nel corso di un procedimento penale attivato nei confronti di una maestra elementare, accusata di varie fattispecie, tra le quali i maltrattamenti, perpetrati, ad avviso dell’accusa, ai danni di alcuni alunni; sul presupposto di un preteso *vulnus* provocato dalla disciplina dell’incidente probatorio, non esperibile per le fattispecie *de quibus*, il giudice del merito, nell’ottica della tutela della vittima e dell’esigenza di non dispersione dei mezzi di prova, aveva così sollevato il dubbio del contrasto delle previsioni relative allo strumento processuale con la decisione-quadro

47 In tema vd. R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il “caso del falso in bilancio”*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2003, 621 ss; S. MANACORDA, *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 253 ss; S. SEMINARA, *Falso in bilancio: la disciplina italiana nel quadro europeo e internazionale*, in *Criminalia*, 2006, 431 ss; V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1614 ss; V. VALENTINI, *Cause di giustificazione e abolitio criminis*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1326 ss; M.R. DONNARUMMA, *Il processo di costituzionalizzazione dell’Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2010, 407 ss; F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell’Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, 725 ss; R. BARATTA, *Il telos dell’interpretazione conforme all’aquis dell’Unione*, in *Riv. Dir. Int.*, 2015, 28 ss; A. BERNARDI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 10 ss.

2001/220/GAI. La Corte, allora, con una decisione assai discussa, intese attribuire – ma con risultati di dubbia conformità al sistema interno – una sorta di efficacia diretta a tali atti normativi (non trasposti, evidentemente), seppur mascherandola attraverso l’obbligo di interpretazione conforme, derivante dal dovere generale di cooperazione (su cui si era soffermata anche Corte di Giustizia, 29 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, “Francovich”) e della natura “processuale” delle norme di riferimento (con conseguente, pretesa, esclusione delle garanzie proprie del diritto penale sostanziale); sicché, è stato affermato un *direct effect* (con portata innovativa/manipolativa) della fonte comunitaria con effetti *in malam partem*<sup>48</sup>. Il tutto sebbene, tra l’altro, a ciò fosse d’ostacolo quella chiara linea esegetica che ha messo in luce il concetto di “norma penale reale”, segnalando l’esigenza di individuare, per l’appunto, la natura di una disposizione – nell’ottica dello statuto delle garanzie – indipendentemente dalla sua collocazione sistematica, tenendo conto, invece, dei suoi effetti<sup>49</sup>.

In conclusione, si può senz’altro ribadire che dopo Maastricht, la spinta verso una maggior consistenza del diritto penale europeo fu soprattutto di natura giurisprudenziale. La Corte, infatti, gettò le basi – seppur con soluzioni assai discutibili – per l’utilizzo delle direttive nel settore; pur negando un’efficacia diretta *in malam partem* degli strumenti normativi europei, tanto attraverso la disapplicazione quanto per il tramite dell’interpretazione conforme (*contra* però vd. la citata sentenza “Pupino”), cominciò ad imporre obblighi di criminalizzazione (sentenza Unilever e Commissione c. Consiglio)<sup>50</sup>.

Il tutto in un contesto ove la dottrina, in maniera convincente, continuò comunque a negare una potestà normativa diretta degli organi europei in materia<sup>51</sup>; più in

48 Sulla pronuncia vd. F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 1433 ss; S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in F. Sgubbi – V. Manes (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, 53 ss; A. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nell’europeizzazione del diritto penale*, op. cit.; F. MUNARI – C. AMALFITANO, *Il terzo pilastro dell’Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 773 ss; L. SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 241 ss; G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 4058 ss.

49 Il riferimento è, evidentemente, a M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 14 ss; su tale teoria vd. anche M. RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1387 ss; G. FLORA, *Norme penali “sostanziali”, norme penali “processuali” e divieto di retroattività*, 8 giugno 2020, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it).

50 Sul controverso tema della sussistenza di doveri di penalizzazione vd. (in senso negativo) F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XIX, 1974, 9 ss; D. PULITANÒ, *Obblighi di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 484 ss; per la prospettiva europea vd. G. DE VERO – G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, *passim*; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, *passim*; S. MANACORDA, *“Dovere di punire?” Gli obblighi di tutela penale nell’era dell’internazionalizzazione del diritto*, in C. Sotis – M. Meccarelli – P. Palchetti (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Madrid, 2014, 307 ss.

51 Tale soluzione venne sposata, generalmente, anche in relazione alla lotta alle frodi ai danni delle finanze comunitarie, di cui all’art. 280 TCE. In tal senso vd. R. SICURELLA, *La tutela “mediata” degli interessi della costruzione europea: l’armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell’Unione europea*, op. cit., 319 ss. In senso parzialmente contrario vd. L. PICOTTI, *Potestà penale dell’Unione europea*

generale si può osservare che, nonostante il progetto della creazione di uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (preconizzato nel Consiglio di Tampere del 1999<sup>52</sup> e poi richiamato dal Trattato di Amsterdam), si era ben lungi, in effetti, da un “pluralismo ordinato”<sup>53</sup>, anche in ragione dell’asimmetria tra l’applicabilità diretta delle fonti sovranazionali *in bonam partem* ed inapplicabilità *contra reum* in caso di antinomie<sup>54</sup>.

2.3. Con il Trattato di Lisbona (2007), a seguito del fallimento del progetto della Carta costituzionale europea (del 2004)<sup>55</sup>, allora – immutata la logica del processo dinamico e dell’evoluzione continua<sup>56</sup> – venne abbandonato il c.d. “terzo pilastro”; con il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e, in particolare, con l’art. 83 TFUE si determinò, così, il passaggio dallo strumento della decisione-quadro a quello della direttiva (“codificandosi”, in tal modo, alcune delle linee interpretative elaborate in passato in sede giurisprudenziale circa lo strumento normativo adottabile), mantenendosi (nella cornice del principio generale di sussidiarietà sancito, tra l’altro, nell’art. 5.3. TUE)<sup>57</sup> la competenza penale indiretta (sul punto *infra*), ma rafforzata dalla minaccia della sanzione nei confronti degli Stati membri inadempienti rispetto alla previsione di illeciti e correlate conseguenze giuridiche; si tratta delle forme di criminalità transnazionali (o per le quali vi sia necessità di contrasto “su basi comuni”), di cui all’art. 83.1. TFUE, o dei settori di competenza di cui all’art. 83.2.<sup>58</sup>

Più di preciso, con l’art. 83.1 TFUE si è sancita la competenza del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. “autonoma”) di introdurre, mediante l’adozione di direttive di armonizzazione, delle norme minime *tanto* in ordine al ricorso allo strumentario penale *quanto* alle sanzioni da irrogare; il tutto in vari settori, in base ad un catalogo estensibile (cfr. art. 83.1 secondo e terzo periodo).

Il successivo art. 83.2 TFUE, inoltre, come risaputo, ha previsto una competenza penale (c.d. “accessoria”)<sup>59</sup>, da esercitarsi sempre mediante direttiva (ma non sempre attraverso la procedura legislativa “ordinaria”, ovverosia tramite co-decisione di

*nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del Corpus Iuris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, in G. Grasso (a cura di) *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, 357 ss.

52 Su cui vd. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio di Tampere*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1114 ss; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Torino, 2007, 213 ss.

53 Termine impiegato da M. DELMAS MARTY, *L’intégration du droit pénal en Europe*, in A. Bernardi (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006, 1 ss. Nel senso espresso nel testo vd. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1099 ss.

54 Sul tema vd. anche M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1808 ss.

55 In argomento vd. C. DE FIORESI, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, 10 aprile 2008, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); M. PICCHI, *L’obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, 125.

56 R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2016, 7.

57 Su cui vd. anche P. DE PASQUALE, voce *Sussidiarietà (dir. eur.)*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2014; G. GAJA – A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell’Unione europea*, Bari, 2014, 142 ss.

58 In argomento vd. L. FOFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, 2010, 657 ss, che ha individuato nel varo del Trattato di Lisbona la nascita di un vero e proprio “diritto penale europeo”.

Consiglio e Parlamento), per ulteriori settori già oggetto di misure di armonizzazione, in caso di necessità, per l'attuazione efficace delle politiche eurounitarie<sup>60</sup>.

A tali previsioni si è, inoltre, affiancato l'art. 325.4 TFUE, che legittima l'UE a adottare strumenti di contrasto delle "frodi" (attraverso procedure che non prevedono il c.d. "freno d'emergenza"); talché, si è al cospetto di un reticolo che determina una base legale esplicita per importanti interferenze della normativa europea su quella nazionale, generando un contesto assai problematico, perché soggetto a "forze centrifughe", come dimostra il pronunciamento della Corte costituzionale tedesca "*Lissabon-Urteil*" ("il verdetto di Lisbona", BVerfG, 30 giugno 2009 - 2 BvR 1010/2008, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 5/08 e 2 BvR 182/09).

La Corte, nell'occasione, pur ritenendo ammissibile l'adesione della Germania al Trattato, ha rimarcato i pericoli per la democrazia derivanti da un'eccessiva devoluzione di poteri legislativi, nella specifica materia penale, in favore dell'Unione europea, per via dello svuotamento delle funzioni del *Bundestag*.

Il *Bundesverfassungsgericht*, dunque, rilevando un persistente *deficit* democratico negli organi legislativi UE, ha affermato che l'art. 83.1 TFUE dovrebbe essere oggetto di un'interpretazione particolarmente stringente, in modo tale da evitare un'eccessiva invasione di campo da parte del legislatore europeo, la cui azione dovrebbe essere limitata a situazioni ove la mancanza di un intervento *ad hoc* metterebbe a rischio la libertà, sicurezza e giustizia a livello UE. Analogamente, l'esercizio della potestà legislativa di cui all'art. 83.2 TFUE dovrebbe essere esercitata – per non ledere le prerogative del Parlamento nazionale e, quindi, risultare illegittima – in limitatissimi casi, come *extrema ratio*, in ipotesi di carenze delle normative interne di eccezionale gravità<sup>61</sup>.

Dei "paletti" che mostrano, ancora una volta, di fondo, la forte resistenza degli Stati membri rispetto ad una effettiva cessione di sovranità in un settore particolarmente delicato quale quello penale, ad una eccessiva disgregazione del concetto di legalità penale (anche in termini di superamento della prerogativa statale), rispetto a delle "spinte" che trovano giustificazione, almeno in una certa misura, nell'impiego del diritto penale come mezzo per l'edificazione di un'identità europea.

**2.4.** Una simile competenza legislativa, invece, secondo alcuni, potrebbe derivare dall'art. 325.4, TFUE (in tema di lotta alle frodi ai danni delle finanze UE) che, però, non prevede espressamente un potere normativo in materia penale e non ha formato

59 Su questa terminologia e sulle novità introdotte sul punto dal Trattato di Lisbona vd. anche A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2012, 43 ss.

60 In argomento vd. anche C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1150 ss; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IVA, Napoli, 2011, 2326 ss.

61 Per un commento critico alla pronuncia vd. M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 267 ss; in argomento vd. anche V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 84 ss; S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 377 ss.

la base per l'emanazione della c.d. "Direttiva PIF"<sup>62</sup>; si tratta di una soluzione, allora, decisamente esclusa, perlomeno in ordine ad eventuali effetti *in malam partem*, da quegli studiosi che hanno evidenziato la necessità di tutela del principio di riserva di legge statale<sup>63</sup>.

Quanto, più in generale, alla potestà legislativa diretta in capo all'Unione europea, attraverso regolamenti e direttive *self-executing*, una parte della dottrina, in passato<sup>64</sup>, aveva fatto ricorso alla teoria dei c.d. "poteri impliciti"<sup>65</sup>; tale impostazione, tuttavia, è stata contestata da coloro che hanno fatto leva, tra l'altro, sulla carenza di un'espressa previsione nei Trattati<sup>66</sup>, idonea a garantire base normativa a tale

62 Sulle "resistenze" a ricondurre la base giuridica della "Direttiva PIF", ovvero la Direttiva (UE) 2017/1371, all'art. 325 TFUE vd. R. SICURELLA, *Introduzione. Così lontana, così vicina. La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea dopo la saga Taricco*, in Id. – G. Grasso (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Milano, 2018, 5 ss. La suddetta direttiva è stata emanata, in particolare, con riferimento all'art. 83.2. TFUE, richiamandosi, come "precedente di armonizzazione", il citato Regolamento n. 2988/95. Sul tema vd. A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. "Direttiva PIF"): il problema della base legale*, in *Cass. Pen.*, 2015, 2442 ss, che ha posto in luce le criticità relative all'interpretazione dell'art. 325 TFUE anche in riferimento all'art. 83.

63 Vd. ad esempio F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, 2012, in *www.treccani.it*. Per il persistente difetto di democraticità vd., invece, G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisprudenza europea*, Pisa, 2014, 22 ss che, con riferimento all'art. 83 TFUE ha rilevato che il problema non sarebbe stato superato dalla previsione del c.d. "freno d'emergenza" che, tra l'altro, a rigore, sarebbe applicabile solo alle procedure legislative ordinarie e che non è menzionato nell'art. 325 TFUE. Ritiene, invece, che l'art. 325 TFUE abbia determinato (a seguito della soppressione del riferimento alla riserva in favore degli Stati membri in ordine al diritto penale di cui all'art. 280 TCE) una competenza (anche) penale dell'UE L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la Direttiva PIF nel contesto di una riforma di sistema*, in *loc. ult. cit.*, 17 ss (spec. 24); in senso sostanzialmente analogo A. DAMATO – P. DE PASQUALE – N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2014, 292.

64 Ad esempio S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, *passim*.

65 Secondo detta teoria un organo internazionale può utilizzare tutti i mezzi a sua disposizione al fine di raggiungere gli scopi previsti dal trattato istitutivo anche se non espressamente previsti e prende spunto dall'art. 235 del Trattato istitutivo della CEE (poi art. 308 TCE), secondo una lettura già avallata dalla Corte di giustizia con la pronuncia "Massey-Ferguson", Corte di Giustizia, 12 luglio 1973, causa C-8/73 (per la quale «l'art. 235 autorizza il Consiglio ad emanare i provvedimenti del caso, qualora un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti»).

66 Vd. A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme*, in Id. – V. Masarone (a cura di), *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, op. cit., 397 ss, che ha altresì evidenziato persistenti difetti di democraticità nella formazione degli atti normativi europei, nonché una assai scarsa sensibilità del legislatore UE rispetto ad alcuni principi cardine della materia e, in particolare, a quello di offensività. Questo studioso, inoltre, ha stigmatizzato la circostanza che gli interventi nel settore penale da parte dell'Unione europea abbiano progressivamente condotto ad un inasprimento delle sanzioni, all'eccessivo ricorso allo strumentario penalistico nel sistema interno, con una linea in contrasto con l'idea dell'*extrema ratio*. Queste perplessità renderebbero, dunque, anche assai poco auspicabile un intervento del legislatore europeo su istituti di parte generale del diritto penale sostantivo (417), mentre molte fonti sovranazionali regolanti singoli settori (quali ad esempio l'immigrazione clandestina) si mostrerebbero – ad avviso dell'Autore – assai distanti dai principi cardine della materia, come elaborati dall'esperienza giuridica nostrana (419). Sugli aspetti involutivi vd. anche S. MOCCIA, *Funzioni della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 921 ss.

prerogativa, con una soluzione in linea con l'immagine del diritto penale quale "giardino proibito"<sup>67</sup>, riservato alla sovranità nazionale<sup>68</sup>.

Ci si muove, però, in un ambito magmatico, come dimostra la sentenza "Trinca" della suprema Corte di cassazione (Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 107) che, in estrema sintesi, in ordine alla pesca del novellame, giunse a disapplicare una norma interna contenente una clausola di esclusione della responsabilità (art. 24 l. 14 luglio 1965, n. 963) che si era rivelata in disarmonia con un regolamento comunitario<sup>69</sup>. Insomma, una disapplicazione *in malam partem* affiancata, in ottica d'insieme, ad una assai meno critica *primauté* con riflessi *pro-reo* (afferzata anche nella più nota vicenda attivata dalla sentenza CGUE, Prima Sezione, 28 aprile 2011, causa C-61/11, "El Dridi")<sup>70</sup>.

### 3. Il diritto europeo nel sistema delle fonti.

3.1. La nascita delle Comunità e, successivamente, dell'Unione europea, come ben risaputo, ha generato questioni di notevole complessità in ordine ai rapporti tra il diritto comunitario/eurounitario ed il sistema costituzionale italiano. La dottrina dominante individuò, allora, assai precocemente, la base legale di rango primario atta a giustificare una compressione della sovranità statale, rispetto ai trattati, nell'art. 11 Cost. che, seppure introdotto nella prospettiva dell'ingresso dell'Italia nell'ONU, venne ritenuto idoneo allo scopo in ragione delle finalità perseguite da tali entità, rappresentate (anche) dalla promozione della pace e della giustizia tra le nazioni<sup>71</sup>. Ben più complessa risultò, invece, la questione del rapporto tra diritto "derivato" europeo e sistema interno; in ogni caso, già a partire dalla pronuncia Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183 ("Frontini") la Corte costituzionale riconobbe,

67 S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, 26.

68 Sul tema della sovranità statale in materia penale fondamentale è il riferimento a G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VIII, Torino, 1994, 278 ss e, in precedenza, ID., *La potestà punitiva*, Torino, 1942. In tema vd. anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 120 ss. L'Autore, dopo aver rilevato il persistente *deficit* democratico degli organi di produzione del diritto eurounitario, ha affermato, in modo lapidario, che «l'Unione europea non è titolare di una potestà punitiva penale propria».

69 Sulla pronuncia vd. anche A. MADEO, *Disposizioni penali a tutela della fauna e della flora*, in M. Pelissero (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XI, Torino, 2013, 311.

70 Su cui vd. C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della direttiva rimpatri*, in *Cass. Pen.*, 2011, 2786 ss; A. APOSTOLI, *La Corte di cassazione estende la portata della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento dal territorio nazionale*, in *Giur. Cost.*, 2011, 4756 ss; M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione o abolito criminis per i reati in materia di immigrazione che contrastano con la direttiva rimpatri?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1230 ss; C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 464 ss; R. SICURELLA, *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, loc. cit., 2012, 1425 ss; G.L. GATTA, *La criminalizzazione della clandestinità fra scelte nazionali e contesto europeo*, *ibidem*, 2015, 188 ss; L. MASERA, *Il diritto penale dei nemici. La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, *ibidem*, 2020, 804 ss.

71 Sul tema vd. L. BONANATE, *Art. 11*, Roma, 2018. Questa fu, sotto tale angolo prospettico, la linea sposata dalla Corte costituzionale con la nota sentenza Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14 (relativa al caso Costa c. Enel).

sulla base del citato art. 11 Cost., la prevalenza del regolamento sulla normativa ordinaria interna, in riferimento alle materie oggetto dei trattati comunitari.

Detta tematica, allora, trovò nella sentenza “Granital” (Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170) uno snodo fondamentale poiché la Corte, in quella occasione, pur ribadendo che il diritto comunitario e quello interno fossero coordinati, mantenendo sotto certi profili la reciproca autonomia (contraddicendo la c.d. “tesi monistica”), sancì in maniera chiara la prevalenza dei regolamenti sulla legge ordinaria, in caso di antinomie.

Questi orientamenti vennero, inoltre, estesi alle direttive di immediata applicabilità attraverso diverse pronunce della Consulta (vd. Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 64; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168), che (in parte) ribadirono le linee ermeneutiche della Corte di Lussemburgo (vd. Corte di Giustizia, 24 marzo 1987, causa C-286/85, “McDermott e Cotter”; Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa C-103/88, “Fratelli Costanzo”).

Si tratta di una impostazione confortata dalla riforma dell’art. 117 Cost. (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), che – rimarcando come la potestà legislativa debba essere esercitata «nel rispetto... dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario» – ha rafforzato l’idea che il sistema interno sia “incline” all’adeguamento a quello sovranazionale<sup>72</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, già con la sentenza “Acciaierie San Michele” (Corte cost., 12 luglio 1965, n. 98) riconobbe la possibilità di sottoporre a censura di legittimità la legge di ratifica dei trattati e, più in generale, soprattutto a partire da Corte cost., 13 aprile 1989, n. 232, accolse la c.d. “teoria dei controlimiti” (sebbene tale concetto venne esplicitamente richiamato dalla Consulta, per la prima volta, solo con la sentenza Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349); con essa, in estrema sintesi, si postula l’intangibilità dei principi cardine e dei diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento costituzionale, quali elementi indefettibili dell’identità nazionale, tali da “resistere”, prevalendo, (tra l’altro) sulle fonti giuridiche comunitarie/sovranazionali.

3.2. La teoria dei controlimiti<sup>73</sup> è stata protagonista della “vicenda Taricco”, che, a sua volta, ha rappresentato una tappa fondamentale nello sviluppo del dibattito relativo al diritto penale europeo, come dimostra il numero dei commenti elaborati dalla dottrina, non solo penalistica. Volendosi, allora, ripercorrere gli *step* che hanno segnato l’evoluzione del caso, si può rammentare che esso venne originato dall’ordinanza di rimessione del GUP di Cuneo (Trib. Cuneo, 17 gennaio 2014, GUP Dott. Boetti) che, investito di un processo avente ad oggetto delle “frodi carosello”,

<sup>72</sup> Sul tema vd. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento internazionale e con l’ordinamento comunitario*, in *Foro It.*, 2001, V, cc. 194 ss; E. CANNIZZARO, *La riforma “federalista” della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. Dir. Int.*, 2001, 921 ss; F. PATERNITI, *La riforma dell’art. 117 comma 1 Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione europea*, in *Giur. Cost.*, 2004, 2101 ss; A. CELOTTO – T. GROPPI, *Diritto UE e diritto internazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. Dir. Pub. Com.*, 2004, 1309 ss. Vd. inoltre Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227).

<sup>73</sup> Sull’origine della teoria vd. P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *Comunità Int.*, 1966, p. 14; F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Milano, 1970, 105 ss.

con conseguenze in ordine all’IVA (che è imposta che confluisce nelle casse UE), rilevò che la regolamentazione della prescrizione fosse d’ostacolo al compiuto accertamento nel processo penale di tali forme di illecito, con conseguente impunità diffusa. Sicché il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di verificare se il sistema interno fosse conforme o meno a quello sovranazionale e, in particolare, alla disciplina della concorrenza, degli aiuti di Stato, dell’esenzione dall’imposta e se esso, in definitiva, fosse allineato agli obblighi di contribuzione incombenti sugli Stati membri.

La Corte di Giustizia, allora, in termini alquanto perentori, rilevò (sentenza CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14) – sulla base dell’art. 325 TFUE – l’incongruenza delle previsioni interne relative alla prescrizione, stabilendo che: « una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell’articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all’epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l’atto interruttivo verificatosi nell’ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *in un numero considerevole di casi di frode grave* che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE».

Inutile, ormai, indugiare sui “punti deboli” di questa (potenzialmente dirompente) statuizione (rappresentati, oltre che, secondo molti commentatori, dalla vaghezza del parametro “*in un numero considerevole di casi di frode grave*” in base al quale il giudice nazionale avrebbe potuto/dovuto disapplicare la norma interna: dalla riconduzione della disciplina della prescrizione al diritto processuale penale, con esclusione delle garanzie apprestate per quello sostanziale e, in particolare, dal *nullum crimen sine lege*; dagli effetti determinati dalla carenza di un “termine massimo” di prescrizione a seguito della disapplicazione); piuttosto, vi è da rammentare che la giurisprudenza – a valle della “Taricco I” – validò in diverse occasioni (nonostante le perplessità sollevate immediatamente dalla dottrina) la “regola” elaborata dalla Corte di Giustizia<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Vd. Cass., Sez. III, 17 settembre 2015, n. 2210; Cass., Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 7914 (per la quale la “regola Taricco” avrebbe dovuto applicarsi solo a «fatti non ancora prescritti alla data della pubblicazione della sentenza Taricco»); Cass., Sez. III, 7 giugno 2016, n. 44584 (che si soffermò su una improbabile elaborazione di un catalogo di indici dai quali ricavare la gravità delle condotte ai fini della disapplicazione della disciplina della prescrizione, estendendo il “teorema Taricco” anche a fattispecie di evasione fiscale non connotate dal carattere

Su questo *parterre*, segno evidente della crisi della legalità in materia penale<sup>75</sup>, si mossero, allora, le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale emesse dalla Corte d'appello di Milano e dalla Terza Sezione penale della Cassazione che, seppur con motivazioni non del tutto sovrapponibili, sollevarono il dubbio (nel prisma della l. 2 agosto 2008, n. 130, di ratifica del Trattato di Lisbona) circa la conformità della soluzione dettata dalla Corte di Giustizia rispetto al predetto principio di legalità, sancito dall'art. 25 comma 2 Cost.<sup>76</sup>

La Consulta, dunque, con un'ordinanza alquanto articolata (Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24), a sua volta, richiese l'intervento della Corte di Giustizia, attraverso rinvio pregiudiziale; il tutto sulla base delle seguenti considerazioni:

- non essendo revocabile in dubbio, alla luce dell'art. 11 Cost., il primato del diritto eurounitario, nondimeno in caso di contrasto di quest'ultimo con i principi cardine dell'ordinamento si materializzerebbe l'illegittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica dei trattati;

- stante il principio di legalità sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., nonché la natura "sostanziale" delle norme che compongono la disciplina della prescrizione del reato, il *dictum* della Corte di Lussemburgo nella sentenza "Taricco" circa la portata dell'art. 325 TFUE avrebbe dovuto essere meglio precisato dal Giudice europeo, onde consentire alla Consulta di verificarne la compatibilità con il suddetto valore-cardine;

- la sentenza della Corte di Giustizia avrebbe potuto condurre, se interpretata nel senso proposto dai giudici remittenti, ad una soluzione *contra reum* imprevedibile e, pertanto, contraria allo stesso principio della c.d. "*foreseeability*", elaborato dalle Corti europee; inoltre, il parametro indicato dalla Corte di Lussemburgo, in base al quale il giudice ordinario avrebbe dovuto stabilire l'eventuale disapplicazione del regime della prescrizione<sup>77</sup> si sarebbe rivelato eccessivamente vago e, conseguentemente, produttivo di un *vulnus* al principio di legalità.

La Corte di Giustizia, quindi, sulla prospettazione dell'attivazione dei controlimiti, si espresse nuovamente sulla questione con la sentenza CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-105/14, "M.A.S. e M.B." che, pur in parte confermando il proprio precedente, affermò che la disapplicazione non avrebbe potuto aver luogo

---

della frode. *Contra*, su tale ultimo aspetto, Cass., Sez. III, 16 dicembre 2016, n. 16458); Cass., Sez. III, 15 dicembre 2016, n. 12160.

75 Sulla quale vd., nella sterminata letteratura, L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Critica Dir.*, 2001, 44 ss; F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, 2005, 277 ss; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, 538 ss; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss; G. AMARELLI, *La legge penale e il giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. Pen.*, 2014, 403 ss; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, 181 ss; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 22 ss; I. PELLIZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017. Sul punto vd. anche *infra*.

76 Si tratta di Corte App. Milano, Sez. II, 18 settembre 2019 e Cass., Sez. III, 30 marzo 2016, ord. n. 28346.

77 Soluzione questa, peraltro, in generale contestata dalla Consulta, che, con un fugace passaggio, ha affermato la necessità del preventivo esperimento della questione di costituzionalità. In effetti, si può soggiungere, si trattava di una ipotesi in cui erano in gioco diritti individuali sanciti tanto dalla CDFUE quanto dalla Carta costituzionale. Sul punto, *infra*.

nel caso in cui detta soluzione si fosse posta in contraddizione con il principio di legalità in materia penale, al quale venne riconosciuto un peso preminente nel bilanciamento degli interessi in gioco.

In particolare, sintetizzando i contenuti della pronuncia, la Corte di Lussemburgo, pur ribadendo i principi di assimilazione, di adeguatezza/proporzionalità, evidenziò la sussistenza di un vero e proprio obbligo di criminalizzazione per forme di frode grave a danno degli interessi dell'UE (punto 35)<sup>78</sup>, statuendo l'immediata precettività dell'art. 325 TFUE e l'obbligo di disapplicazione delle norme interne contrastanti (punto 39).

A seguito di un inciso di correttezza giuridica alquanto opinabile (secondo la Corte a seguito della "Direttiva PIF" la disciplina della prescrizione dovrebbe essere ricondotta nell'alveo del diritto processuale penale, con conseguente sottoposizione al principio del *tempus regit actum*: punti 43-45)<sup>79</sup>, la Corte di Giustizia, inoltre, adombrò la possibilità per il giudice italiano di disapplicare la normativa interna in tema di prescrizione a seguito della pronuncia della sentenza "Taricco I" (punto 60), senza chiarire il fondamento di tale assunto, esprimendo, in definitiva, la seguente massima: «l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

Successivamente, la giurisprudenza nazionale sembrò attestarsi sulla soluzione sposata dalla Corte di Giustizia, come emergente da tale ultima pronuncia (c.d. "Taricco II"), affermando, dunque, in alcuni arresti, il potere/dovere del giudice di disapplicare, in determinati casi, le norme di riferimento in ordine alla prescrizione, ma solamente per fatti di reato commessi dopo la prima pronuncia della Corte di

---

78 Obbligo, per il vero, emergente dall'art. 2 della "Convenzione PIF", che stabiliva: «1. Ogni Stato membro prende le misure necessarie affinché le condotte di cui all'articolo 1 nonché la complicità, l'istigazione o il tentativo relativi alle condotte descritte all'articolo 1, paragrafo 1 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione, rimanendo inteso che dev'essere considerata frode grave qualsiasi frode riguardante un importo minimo da determinare in ciascuno Stato membro. Tale importo minimo non può essere superiore a 50 000 ECU. 2. Tuttavia, uno Stato membro può prevedere per i casi di frode di lieve entità riguardante un importo totale inferiore a 4 000 ECU, che non presentino aspetti di particolare gravità secondo la propria legislazione, sanzioni di natura diversa da quelle previste al paragrafo 1».

79 Tale principio si rivela, infatti, in tensione, tra l'altro, con il principio di ragionevolezza.

Giustizia<sup>80</sup>. Tuttavia, la Consulta ha speso le ultime, perentorie battute sulla vicenda, attraverso la sentenza Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, stabilendo che:

- tanto l'art. 325 TFUE quanto la c.d. "regola Taricco" fossero affette da indeterminatezza in merito ai criteri applicativi, ponendosi inoltre in insanabile contrasto con il principio di legalità, di rango costituzionale, oltre che eurounitario e convenzionale;

- tale difetto di determinatezza, peraltro, non potrebbe essere legittimamente sanato attraverso una lettura "tassativizzante", essendosi disconosciuta la logica della "tassatività senza determinatezza", perché incompatibile con il ruolo assegnato nel sistema al giudice e all'interpretazione;

- è esclusa *tout court* l'applicazione della suddetta "regola Taricco", anche per fatti commessi dopo il primo pronunciamento della Corte di Giustizia.

La decisione, che – nella sua stringatezza – si apprezza soprattutto per l'accento posto sul ruolo del principio di legalità/determinatezza nel quadro delle garanzie costituzionali in materia penale e per il ridimensionamento del ruolo del giudice e dell'interpretazione (secondo una linea, però, successivamente smentita negli arresti relativi alle questioni di legittimità della disciplina delle misure di prevenzione, in precedenza citate, ove è stata ammessa, a fronte di un palese difetto di precisione delle norme indubbiamente, una sanatoria attraverso "interpretazione tassativizzante")<sup>81</sup>, è stata oggetto di plurimi commenti da parte della dottrina, che di massima ha condiviso la soluzione sposata dalla Corte. Il tutto per il tramite di un profluvio di rilievi, tale da rendere ormai la vicenda e le criticità da essa emergenti fin troppo note per giustificare, in questa sede, ulteriori note a margine<sup>82</sup>.

80 Vd. Cass, Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9494; Cass., Sez. IV, 20 marzo 2018, n. 17401.

81 Sul tema vd. anche G. DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, 2019, Bologna, 222 ss.

82 Vd., *ex multis*, A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Oss. Fonti*, 2018, 3, 1 ss; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, 23 maggio 2018, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, 4 giugno 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); R. CALVANO, *Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima*, in *Giur. Cost.*, 2018, 1321 ss; M. DONINI, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/18*, 11 luglio 2018, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, 26 settembre 2018, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); M. GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la "regola Taricco" nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1844 ss; M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 1284 ss; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, loc. ult. cit., 1289 ss; G. INSOLERA, *Il dialogo tra le Corti è interrotto? Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco"*, 4 febbraio 2019, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, 4 marzo 2019, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); G. COCCO, *Il "primato" della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte costituzionale n. 115/2018 e diritto eurounitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 1078 ss; Mario ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe*, in *Giur. Cost.*, 2020, 405 ss; S. MANACORDA, *"Doppia pregiudizialità" e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 572 ss; G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1048 ss; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1248 ss; G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2020, 44 ss; P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga "Taricco"*, in *Studi Int. Eur.*, 2020, 9 ss; V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione della*

**3.3.** Occorre rimarcare che l'ordinamento giuridico moderno non è più organizzato, in maniera prevalente, secondo il criterio della gerarchia delle fonti, in quanto il pluricentrismo ha implementato il ruolo della "competenza" come criterio (anche) interpretativo, che il giudice è chiamato ad impiegare con una certa frequenza.

Al riguardo del diritto comunitario e, poi, eurounitario, la Corte di Giustizia ha più volte sottolineato la "autonomia" del sistema giuridico sovranazionale; anche di recente si è affermato, infatti, che: «l'autonomia dell'ordinamento è una caratteristica essenziale del diritto dell'Unione poiché questo deriva da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, e prevede il primato sulle norme degli Stati membri nonché l'efficacia diretta di varie disposizioni. Tale ordinamento ha comportato la formazione di una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano reciprocamente l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché questi ultimi tra di loro. L'Unione dispone di un quadro costituzionale proprio in cui rientrano i valori enunciati nell'art. 2 TUE, i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché le disposizioni del TUE e del TFUE che contengono le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, sul funzionamento delle istituzioni e del sistema giurisdizionale, e le disposizioni fondamentali nei settori specifici, configurate in modo da contribuire alla realizzazione del processo di integrazione. Per garantire le caratteristiche specifiche e l'autonomia di tale ordinamento, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione. Conformemente all'art. 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte di giustizia la piena applicazione di tale diritto, nonché il compito di garantire la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (CGUE, Adunanza Plenaria, 30 aprile 2019, n. 1).

La Corte di Lussemburgo, inoltre, non opera generalmente un riferimento alla gerarchia tra le fonti sovranazionali e quelle interne, bensì a quello della competenza che deriverebbe dalla creazione di un ordinamento giuridico *sui generis*<sup>83</sup>; la Corte costituzionale, invece, pur affrontando spesso la questione dei rapporti con il diritto eurounitario (e prima comunitario) richiamando il suddetto criterio, già in tempi remoti ha fatto riferimento a quello gerarchico, fondato sull'art. 11 Cost. (vd. ad esempio Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232, "ICIC").

Tuttavia, per il vero, la progressiva espansione delle materie che, direttamente o indirettamente, rientrano nel raggio d'azione dell'Unione sembra aver reso il criterio della competenza recessivo rispetto a quello della "prevalenza", vale a dire alla

---

*materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 1233 ss; G. LOSAPPIO, *Regole dei tempi e tempi delle regole. Sospensione della prescrizione, precisione della norma penale e irretroattività in malam partem*, in *Cass. Pen.*, 2022, 864 ss.

<sup>83</sup> Vd. già Corte di Giustizia, 5 febbraio 1962, causa C-26/62, "Gend en Leos", secondo la quale «si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

gerarchia delle fonti, così come sembra difficile, per le stesse ragioni, confermare ancor oggi la tesi dell'autonomia tra ordinamenti giuridici<sup>84</sup>.

#### **4. Il diritto europeo e il giudice: interpretazione conforme, disapplicazione e "giurisprudenza creativa".**

**4.1.** L'interpretazione "conforme" rappresenta una *species* del *genus* interpretazione-sistematica, nel senso che essa viene impiegata attraverso un'indagine generale che involge più disposizioni, consentendo una lettura delle norme da applicare in maniera da evitare antinomie, superando il mero contenuto letterale della *lex*.

Tale forma di interpretazione obbliga il giudice, che deve approcciare l'ordinamento ricercandone coerenza, a fornire una "risposta" al caso sottoposto che tenga conto anche della competenza e della gerarchia delle fonti; del resto, come ben noto, le questioni di legittimità costituzionale vengono declinate come inammissibili laddove il giudice *a quo* non abbia preliminarmente tentato una lettura costituzionalmente orientata, vale a dire conforme alla Carta fondamentale, atteso che, come chiarito dalla Consulta, con una nota pronuncia, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 356). Tale passaggio, nonché l'onere motivazionale in ordine alla rilevanza della questione di legittimità devoluta, vale anche – come pure ben noto – per potenziali antinomie tra diritto interno e eurounitario (vd., tra le tante, Corte cost., 21 dicembre 2018, n. 240)<sup>85</sup>. Tanto è vero che, in difetto di tale verifica preliminare da parte del giudice *a quo*, la questione di legittimità viene dichiarata – pure in questo caso – inammissibile (vd. Corte cost., 4 luglio 2011, ord. n. 222).

Anche la Corte di Giustizia, a più riprese, in ordine ai Trattati, ha rimarcato – sulla base della primazia del diritto comunitario/UE – l'obbligo dei giudici nazionali di fornire, ove possibile, alla normativa interna un senso conforme a quelle fonti, seppur con il limite del rispetto dei principi cardine dell'ordinamento interno e di quelli sanciti a livello eurounitario/convenzionale, come ad esempio quello di legalità in materia penale (CGUE, Ottava Sezione, 14 ottobre 2021, causa C-360/20, "Ministerul Lucrărilor Publice, Dezvoltării și Administrației"); così si è stabilito che «il principio del primato del diritto dell'Unione, che sancisce la preminenza di tale diritto su quello degli Stati membri, impone a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione, dato che il diritto degli Stati membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali differenti norme nel territorio di detti Stati. Al riguardo, occorre, in particolare, ricordare che il principio di interpretazione conforme del diritto interno, in forza del quale il giudice nazionale è tenuto a dare al

<sup>84</sup> Sul tema vd. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 18 ss. Secondo l'Autore: «si potrà discutere se l'approccio normoteoretico seguito dal giudice italiano rispecchi ancora le ricostruzioni dualiste o, viceversa, moniste: ma quel che è chiaro è che il contesto attuale sembra distante dal *background* culturale in cui diritto comunitario e diritto interno apparivano sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati, e che la distanza si è bruscamente ridotta anche sul fronte convenzionale».

<sup>85</sup> La correttezza della lettura effettuata dal giudice *a quo*, invece, rileva nel merito, rispetto alla fondatezza della questione. Vd. Corte cost., 6 maggio 2016, n. 95.

diritto interno, per quanto possibile, un'interpretazione conforme ai requisiti del diritto dell'Unione, attiene al sistema dei trattati, in quanto consente al giudice nazionale di assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta» (CGUE, Quinta Sezione, 14 maggio 2020, causa C-615/18, "UY").

Quanto alle direttive, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che «il principio di interpretazione conforme richiede che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva e pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima» (CGUE, Seconda Sezione, 13 gennaio 2022, causa C-282/19, "YT e altri"). Obbligo, questo, che si estende evidentemente all'ipotesi delle direttive "inattuate" (vd. Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, causa C-106/89, "Marleasing"; Corte di Giustizia, 14 luglio 1997, causa C-91/92, "Faccini Dori"; più di recente, CGUE, Grande Sezione, 4 luglio 2006, causa C-212/04, "Kostantinos")<sup>86</sup>.

Se tali principi non hanno in sé alcunché di "scandaloso"<sup>87</sup>, rappresentando essi una delle proiezioni del dovere di leale collaborazione, o di "fedeltà"<sup>88</sup>, occorre però rimarcare come il confine tra le varie forme in cui può legittimamente estrinsecarsi l'interpretazione – tra le quali vi è certamente quella sistematica/conforme – e quella "creatrice", del *judge-made law* per intendersi, è spesso travalicato nella prassi, conducendo a soluzioni in forte tensione con i principi cardine della materia, come elaborati dall'esperienza nostrana<sup>89</sup>. Valga rammentare (oltre al già citato caso "Pupino") la vicenda della confisca per equivalente per il peculato (fattispecie già "afflitta" da interpretazioni giurisprudenziali non condivisibili in ordine alla rilevanza di condotte "distrattive"), decisa dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, "Caruso")<sup>90</sup> nel rispetto del principio di legalità (ed indipendentemente dalle previsioni della decisione-quadro 212/2005/GAI circa l'estensione dell'ablazione per valore), ma al culmine di un dibattito dagli esiti tutt'altro che scontati, in ragione della posta in gioco e della possibile influenza di esigenze di politica criminale che avrebbero potuto far protendere per una soluzione (erronea) di senso contrario<sup>91</sup>. Il tutto attraverso principi generali poi successivamente ribaditi dalla suprema Corte di cassazione in altre occasioni<sup>92</sup>.

**4.2.** Altra forma di interferenza tra diritto interno ed eurounitario è rappresentata, come già si è rammentato, dal dovere di disapplicazione del diritto nazionale non

86 In ordine ai regolamenti vd. CGUE, Quinta Sezione, 7 gennaio 2004, causa C-60/02, "X".

87 Sul tema vd. anche G.P. DE MURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1088 ss.

88 Vd. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, 15 luglio 2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Su tali principi nella proiezione dell'interpretazione conforme vd. anche Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, causa C-14/83, "Von Colson e Kamann".

89 Ha segnalato il labile confine tra interpretazione conforme e interpretazione creatrice anche V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 285 ss.

90 Su cui vd. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale con effetti in malam parte*, in *Cass. Pen.*, 2010, 101 ss.; A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 777 ss.

91 In argomento vd. anche C.E. PALIERO – F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2015, 246 ss.

conforme a quello sovranazionale (dettato dai trattati e dalle norme *self executing*, oltre che dalle sentenze della Corte di Giustizia), attraverso il quale è il giudice ordinario a risolvere l'antinomia.

La Corte di Lussemburgo, con la citata sentenza "Simmenthal", ha stabilito che, in caso di contrasto tra normativa interna e comunitaria ad efficacia diretta, il giudice sarebbe obbligato – stante la primazia di quest'ultima – a disapplicare la legge nazionale incompatibile «senza dover chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»<sup>93</sup>.

Questo orientamento<sup>94</sup>, dopo alcune resistenze (vd. la citata sentenza "ICIC", che aveva rilevato la necessità di un "controllo accentrato", ex art. 134 Cost.) è stato recepito dalla pronuncia "Granital" della Consulta<sup>95</sup> che, successivamente, con la sentenza "Industria Dolciaria Giampaoli" (Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168), ha soggiunto che l'antinomia (con una norma comunitaria direttamente applicabile) non determinerebbe *ipso facto* l'illegittimità costituzionale della norma interna, bensì la sua inefficacia<sup>96</sup> (per il caso del contrasto con le sentenze interpretative della Corte di Giustizia su rinvio pregiudiziale vd. Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113)<sup>97</sup>.

Sicché, secondo tali orientamenti, l'intervento della Consulta sarebbe limitato a ipotesi particolari, rappresentate dall'introduzione di una normativa interna finalizzata ad impedire o limitare indebitamente la portata del diritto sovranazionale (come stabilito dalla sentenza "Granital") e dalle antinomie con norme sovranazionali non dotate di efficacia *self-executing*<sup>98</sup>.

92 Vd. Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2018, n. 55778, secondo la quale: «il principio dell'interpretazione conforme incontra due criteri-limite, uno generale e di ordine logico formale, consistente nel divieto di pervenire ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, ad esempio legittimando l'integrazione della norma penale interna con un'interpretazione *in malam partem* e l'altro specifico, costituito dai precisi vincoli derivanti dai principi generali del diritto, come quelli della certezza del diritto o di determinatezza e non retroattività. Ora va precisato che i citati limiti valgono propriamente per la materia penale derivando, com'è noto dal principio della legalità della pena, appartenente ai principi generali del diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri nonché sancito anche dall'art. 7 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, dall'art. 15, n. 1, prima frase, del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite del 16 dicembre 1966 nonché dall'art. 49, n. 1, prima frase, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea».

93 Sul tema vd. anche M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, 22 ottobre 2018, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

94 Che la Corte di Lussemburgo non estende alle norme eurounitarie prive di efficacia diretta. Vd. CGUE, Grande Sezione, 24 giugno 2019, causa C-573/17, "Poplawski". Tale pronuncia è stata annotata da L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, 3 febbraio 2021, in [www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it).

95 Vd., in seguito, Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129, secondo la quale la disapplicazione involge «qualsiasi atto legislativo nazionale contrastante con norme di diritto comunitario compiute e immediatamente applicabili dal giudice interno».

96 Vd. anche Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389: «l'eventuale conflitto tra una norma di diritto comunitario direttamente applicabile e l'ordinamento interno non dà luogo ad ipotesi di abrogazione o di deroga della norma incompatibile, né a forme di caducazione o di annullamento della stessa per invalidità, ma produce un obbligo di disapplicazione di quest'ultima al quale sono giuridicamente tenuti tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi».

97 Sul tema vd. anche M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 201 ss.

98 Vd. Corte cost., 25 gennaio 2010, n. 28 (sul caso delle ceneri di pirite), in ordine alle direttive; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 227 sulle decisioni-quadro e sulle leggi di attuazione di queste (ma anche, più in generale, sugli

La Corte costituzionale, ad ogni buon conto, ha rilevato, in più occasioni, che il proprio intervento non potrebbe essere precluso nel caso di antinomie che incidano su diritti fondamentali riconosciuti tanto dalla Carta costituzionale quanto dalla Carta dei diritti UE, ovvero sia nelle ipotesi di c.d. “*overlapping protection*”<sup>99</sup>.

La questione, già affrontata dalla Consulta con la sentenza Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, è stata oggetto della recente pronuncia Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., sulla base della violazione del principio del *ne bis in idem*. Per quel che qui più interessa, la Corte ha declinato l’eccezione di inammissibilità formulata dall’Avvocatura generale dello Stato, che aveva rilevato l’obbligo del giudice remittente, semmai, di disapplicare la norma indubbiata per contrasto con l’art. 50 CDFUE, avente efficacia diretta nell’ordinamento interno.

In particolare, la Corte ha statuito: «cionondimeno, la diretta applicabilità dell’art. 50 CDFUE non può essere di ostacolo all’intervento di questa Corte, puntualmente sollecitato dal giudice *a quo*. Secondo un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l’eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti *erga omnes*, l’illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. (sentenze n. 54 del 2022, n. 182 del 2021, n. 49 del 2021, n. 11 del 2020, n. 63 del 2019, n. 20 del 2019 e n. 269 del 2017; ordinanze n. 182 del 2020 e n. 117 del 2019). Tale rimedio non si sostituisce, ma si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune, della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto (sentenza n. 67 del 2022: “il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall’art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo”). E ciò in un’ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, “per definizione, esclude ogni preclusione” (ancora, sentenza n. 20 del 2019) e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell’Unione europea nell’ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell’ambito delle rispettive competenze. Nel presente procedimento, peraltro, il giudice rimettente ha chiesto a questa Corte di dichiarare l’illegittimità costituzionale della disciplina censurata in ragione del suo asserito contrasto non già con l’art. 50 CDFUE, bensì – unicamente – con l’art. 4 Prot. n. 7 CEDU, per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost. A maggior ragione, dunque, questa Corte non può sottrarsi al

---

atti normativi eurounitari di non immediata efficacia nell’ordinamento interno). In argomento vd. anche V. MANES, *L’evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni*, in Id. – V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 3 ss.

<sup>99</sup> Sul tema vd. anche M. GAMBARDELLA, *Il primato dell’Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. Pen.*, 2021, 26 ss.

proprio compito di scrutinare nel merito la questione, e se del caso dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, secondo i principi costantemente osservati a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Rispetto alla disapplicazione, totale o parziale, delle disposizioni sanzionatorie da parte del singolo giudice, in ragione del loro contrasto con l'art. 50 CDFUE, la dichiarazione di illegittimità costituzionale cui aspira il giudice rimettente assicurerebbe del resto al diritto al *ne bis in idem* – riconosciuto assieme dalla Costituzione italiana (sentenza n. 200 del 2016), dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU e dall'art. 50 CDFUE – una tutela certa e uniforme nell'intero ordinamento. Il che è tanto più essenziale in una materia, come quella penale, dominata dal principio di stretta legalità».

In proposito, allora, si può osservare che, alla luce della notevole estensione del catalogo dei diritti espressi e soprattutto ricavabili dalla Carta dei diritti fondamentali, è chiaro che, in materia penale, situazioni simili possano risultare particolarmente frequenti; la soluzione sposata dalla Consulta, in ogni caso, appare condivisibile ed equilibrata poiché, sebbene sia indiscutibile l'esigenza del rispetto del sistema di interazione tra diritto interno e diritto sovranazionale (che sancisce l'obbligo di disapplicazione di cui si discute), la particolare delicatezza della materia rende "insopprimibile" il ruolo della Corte costituzionale.

Ciò in quanto, in effetti, fermo che la prospettiva multilivello determina il fatto che i casi sottoposti al vaglio della magistratura ordinaria si rivelano particolarmente "complicati", vi è il bisogno di garantire – come giustamente rilevato dalla Corte con la sentenza da ultimo richiamata – un'applicazione conforme del diritto penale, nonché quella di rimuovere dall'ordinamento le antinomie nel caso – niente affatto da escludersi – di persistente e prolungata inazione da parte del Parlamento che, spesso, "percepisce" con notevole ritardo la necessità di riforme del sistema, specie laddove essa emerga dalla casistica che si genera tra le giurisdizioni di merito<sup>100</sup>.

**4.3.** Il tema della disapplicazione della norma interna contrastante con quella comunitaria/eurounitaria, attraverso il veicolo dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), evoca l'annosa vicenda del *betting* e dell'esercizio di detta attività da parte di soggetti non autorizzati.

L'intera disciplina del gioco e delle scommesse si basa, in particolare, sulla previsione compendiata nell'art. 1 d.lgs. 14 aprile 1948, n. 496, per il quale «l'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato», che, esercitando l'attività in regime di sostanziale monopolio, può affidarla in *concessione* a privati.

I soggetti che svolgono suddetta attività imprenditoriale debbono ottenere, inoltre, un'*autorizzazione* di polizia che, ai sensi dell'art. 88 TULPS (r.d. 18 giugno 1931, n. 773), a sua volta, «può essere concessa esclusivamente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal

<sup>100</sup> Ciò spiega, sotto certi versi, come la Corte, in alcuni arresti si sia "sbilanciata", affermando più (vd. Corte cost. n. 269/2017) o meno (vd. la sentenza "Taricco I") esplicitamente la necessità della sottoposizione al proprio vaglio di simili questioni.

concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione».

Sicché, in tale ambito, l'esercizio di dette attività senza concessione e/o autorizzazione di polizia assume rilevanza penale ai sensi dell'art. 4 l. 13 dicembre 1989, n. 401 (in tema di "interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive")<sup>101</sup>.

Ebbene, la normativa italiana in materia di attività di raccolta di scommesse è stata più volta oggetto d'interventi da parte della Corte di giustizia europea, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità tra le disposizioni interne – con le connesse sanzioni penali in caso di svolgimento di attività di *bookmaker sine titulo* – e la libertà di stabilimento (ai sensi dell'art. 43 CE, oggi art. 49 TFUE) nonché di prestazione dei servizi (ai sensi dell'art. 49 CE, oggi art. 56 TFUE).

<sup>101</sup> Tale disposizione, nel testo vigente, così recita:

«1. Chiunque esercita abusivamente l'organizzazione del giuoco del lotto o di scommesse o di concorsi pronostici che la legge riserva allo Stato o ad altro ente concessionario, è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da 20.000 a 50.000 euro. Alla stessa pena soggiace chi comunque organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE). Chiunque abusivamente esercita l'organizzazione di pubbliche scommesse su altre competizioni di persone o animali e giochi di abilità è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno e con l'ammenda non inferiore a lire un milione. Le stesse sanzioni si applicano a chiunque venda sul territorio nazionale, senza autorizzazione dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, biglietti di lotterie o di analoghe manifestazioni di sorte di Stati esteri, nonché a chiunque partecipi a tali operazioni mediante la raccolta di prenotazione di giocate e l'accreditamento delle relative vincite e la promozione e la pubblicità effettuate con qualunque mezzo di diffusione. È punito altresì con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da 20.000 a 50.000 euro chiunque organizza, esercita e raccoglie a distanza, senza la prescritta concessione, qualsiasi gioco istituito o disciplinato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli. Chiunque, ancorché titolare della prescritta concessione, organizza, esercita e raccoglie a distanza qualsiasi gioco istituito o disciplinato dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli con modalità e tecniche diverse da quelle previste dalla legge è punito con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da euro 500 a euro 5.000.

2. Quando si tratta di concorsi, giochi o scommesse gestiti con le modalità di cui al comma 1, e fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, chiunque in qualsiasi modo dà pubblicità al loro esercizio è punito con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda da lire centomila a lire un milione. La stessa sanzione si applica a chiunque, in qualsiasi modo, dà pubblicità in Italia a giochi, scommesse e lotterie, da chiunque accettate all'estero.

3. Chiunque partecipa a concorsi, giochi, scommesse gestiti con le modalità di cui al comma 1, fuori dei casi di concorso in uno dei reati previsti dal medesimo, è punito con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda da lire centomila a lire un milione.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche ai giochi d'azzardo esercitati a mezzo degli apparecchi vietati dall'articolo 110 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, come modificato dalla l. 20 maggio 1965, n. 507, e come da ultimo modificato dall'articolo 1 della l. 17 dicembre 1986, n. 904.

4-bis. Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'articolo 88 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r.d. 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero.

4-ter. Fermi restando i poteri attribuiti al Ministero delle finanze dall'articolo 11 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 1994, n. 133, ed in applicazione dell'articolo 3, comma 228 della l. 28 dicembre 1995, n. 549, le sanzioni di cui al presente articolo si applicano a chiunque effettui la raccolta o la prenotazione di giocate del lotto, di concorsi pronostici o di scommesse per via telefonica o telematica, ove sprovvisto di apposita autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia delle dogane e dei monopoli all'uso di tali mezzi per la predetta raccolta o prenotazione».

Con la sentenza Corte di Giustizia, 6 novembre 2003, causa C-243/01 (“Gambelli e altri”), la Corte, in particolare, pose in luce che limitazioni eccessive all’esercizio di dette attività imprenditoriali (nel caso di specie quelle degli operatori italiani al servizio di imprese di scommesse con sede all’estero) potessero rivelarsi in contrasto con le disposizioni da ultimo indicate, rimettendo in ogni caso al giudice nazionale l’onere di verificare se la normativa interna, con le relative restrizioni, potesse risultare giustificata per l’effetto della necessità di tutela di interessi superiori, quali l’ordine pubblico.

Le Sezioni Unite, successivamente, con tre sentenze sostanzialmente “gemelle” (Cass., Sez. Un., 26 aprile 2004, nn. 23271, 23272 e 23273), affermarono, allora, che le norme compendiate nell’art. 4 l. n. 401/1989, con particolare riguardo alla disposizione di cui al comma 4-*bis* in riferimento all’art. 88 TULPS, «non sono in contrasto con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, in quanto perseguono finalità di controllo per motivi di ordine pubblico che, come tali, possono giustificare le restrizioni che esse pongono agli stessi principi. Ne consegue che il giudice ordinario non può, senza esorbitare dai suoi limiti istituzionali, ritenere incongruo il ricorso alla sanzione penale che sia giustificato dalla preoccupazione di contrastare l’infiltrazione criminale, anche organizzata, nella gestione dei giochi, delle scommesse e dei concorsi pronostici».

Ai predetti pronunciamenti fece seguito la sentenza CGUE, Grande Sezione, 6 marzo 2007, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04, “Placanica e altri”, che, pur riconoscendo che la normativa italiana *in subiecta materia*, prevedendo il rilascio di nuove concessioni a condizioni restrittive (attraverso un bando del 1999, per titoli abilitativi della durata di sei anni, tanto per il “gestore centralizzato” quanto per l’attività a valle), potesse in parte trovare fondamento nell’esigenza di controllare gli operatori nel settore (al fine di evitare infiltrazioni criminali o condotte fraudolente ai danni dei consumatori), statuì che l’obiettivo perseguito dal legislatore italiano non giustificasse, in ogni caso, l’esclusione dal mercato interno di operatori costituiti sotto forma di società di capitali quotate sul mercato regolamentato (sebbene per esse fosse impossibile una precisa e costante identificazione degli azionisti).

In tale prospettiva, allora, i divieti e le sanzioni penali previsti per i gestori dei c.d. “centri di trasmissione dati” (ovverosia di raccolta delle scommesse) collegati ai predetti soggetti esteri, in assenza di concessione e di autorizzazione di polizia (non conseguibili per l’effetto della mancanza dei titoli in capo al gestore di riferimento), avrebbero dovuto ritenersi illegittime rispetto ai parametri sopra enunciati; sicché si affermò che «uno Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l’adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario».

Sul tema della compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario in materia di esercizio abusivo di attività di raccolta di scommesse e di disapplicazione della norma nazionale venne chiamata in campo anche la Consulta che tuttavia, con la sentenza Corte cost., 13 luglio 2007, n. 284, nel dichiarare l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine all’art. 4, comma 4-*bis*, l. n.

401/1989, stabilì che «le statuizioni della Corte di Giustizia hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni», tanto da imporre al giudice ordinario la disapplicazione in caso di antinomie col diritto nazionale, salvo l'ipotesi in cui «venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente da questa Corte, del rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento e dei diritti inalienabili della persona». Il tutto soggiungendo che l'ordinanza di rimessione avesse sollevato un dubbio sull'interpretazione del diritto sovranazionale resa dalla Corte di Lussemburgo. Sicché, una ulteriore causa di inammissibilità, per mancato esperimento del rinvio pregiudiziale.

Successivamente, con la sentenza CGUE, Quarta Sezione, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, "Costa e Cifone", la Corte di giustizia tornò, nuovamente, ad occuparsi della questione, allorquando, peraltro, a seguito delle modifiche attuate al sistema regolamentare (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. l. 4 agosto 2006, n. 248), era stato indetto un nuovo bando per l'esercizio delle attività *de quibus* al quale, però, il gestore estero interessato non aveva potuto partecipare per carenza dei requisiti imposti.

Nell'occasione la Corte affermò, allora, che la nuova procedura concessoria, contenendo previsioni tali da garantire un vantaggio anti-competitivo in capo ai soggetti già in possesso di titoli abilitativi ed alcuni ostacoli per gli operatori esteri, nel suo complesso, non avesse eliminato i "difetti" del previgente sistema, determinando, sostanzialmente, la perduranza della pregressa situazione antigiusdica; sicché, soggiunse il Giudice di Lussemburgo, l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'art. 4 l. n. 401/1989 nei confronti di soggetti legati a gestori illegittimamente esclusi dalle procedure di cui sopra avrebbe dovuto ritenersi in contrasto con gli artt. 49 e 56 TFUE.

A seguito di detta pronuncia la Corte di cassazione, a più riprese, stabilì, giocoforza, la necessità di disapplicare la norma incriminatrice interna nei casi riconducibili a quelli scrutinati, a più riprese, dalla Corte europea<sup>102</sup>.

102 Vd. Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18767: «la norma prevista dall'art. 4 comma 4-bis l. 13 dicembre 1989 n. 401 contrasta i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione europea ex art. 43 e 49 CE, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea (cfr. sentenza "Placanica" del 6 marzo 2007 in cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04 e sentenza "Costa e Cifone", in cause riunite C-72/10 e C-77/10 del 16 febbraio 2012), nel caso, giustificativo della sua *non applicazione*, in cui il soggetto svolga senza autorizzazione di PS attività organizzata di intermediazione per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive in favore di un allibratore straniero che non abbia potuto ottenere in Italia le concessioni o le autorizzazioni richieste dalla normativa nazionale a causa del rifiuto dello Stato italiano di concederle e tale rifiuto abbia violato il diritto comunitario». Vd. anche Cass., Sez. III, 10 luglio 2012, n. 28413; Cass., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 38711: «il disposto di cui all'art. 4 comma 4-bis l. 13 dicembre 1989 n. 401, che sanziona penalmente la condotta di chi, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 TULPS, svolga in Italia attività organizzata al fine di accettare o raccogliere scommesse, *non può trovare applicazione* qualora la mancanza del suddetto titolo abilitativo sia da porre in relazione con il contrasto tra la normativa nazionale e la normativa europea, quale, in particolare, interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui confligge con gli art. 43 e 49 del trattato una disciplina come quella dettata dall'art. 38 commi 2 e 4 d.l. n. 223 del 2006, conv., con modificazioni, in l. n. 248 del 2006, e dagli art. 13, 14 e 23 del capitolato d'oneri approvato con decreto dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato in data 29 agosto 2006, dal momento che essa continua a favorire, sotto diversi profili (e segnatamente, quello dell'obbligo di osservanza di distanze minime tra i vari punti di accettazione e raccolta) i soggetti già titolari di licenze ottenute»; Cass., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 12630: «la norma penale che sanziona l'esercizio abusivo

Il legislatore nazionale, dal canto suo, in vista del riordino della disciplina, con la “legge di stabilità 2015” (l. 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, comma 643, con effetti poi prorogati dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208) istituì una “sanatoria”, concedendo la possibilità agli operatori “abusivi” di ottenere un titolo provvisorio, ponendo, dunque, un freno al vasto contenzioso che, in sede penale, si era originato per via delle disarmonie alle quali si è accennato e dei pronunciamenti conseguenti della Corte di Lussemburgo<sup>103</sup>.

Infine, con la sentenza CGUE, Terza Sezione, 22 gennaio 2015, causa C-463/13, “Stanley International Betting Ltd e altro”, che intervenne a seguito delle ulteriori modifiche introdotte dal d.l. 2 marzo 2012, n. 16 (conv. l. 26 aprile 2012, n. 44), in base al quale era stata bandita una nuova gara per il rilascio delle concessioni, la Corte rilevò che la nuova regolamentazione (ed in particolare la limitazione della durata delle nuove concessioni a bando, sulla quale si erano appuntate le censure delle parti interessate nel corso di un procedimento impugnatorio instaurato davanti al giudice amministrativo) non avrebbe potuto ritenersi in contrasto con il diritto eurounitario.

In definitiva, tale complessa vicenda sembra particolarmente paradigmatica degli effetti che possono derivare da un “*non liquet*” da parte della Consulta (giustificato dal potere di disapplicazione in capo al giudice ordinario), vale a dire, a fronte di riforme timide ad opera del legislatore e sostanzialmente tese a mantenere lo *status quo*, un contenzioso di enorme vastità e particolarmente prolungato nel tempo, con gravi effetti sull’economia, oltre che sulla certezza del diritto.

---

dell’attività di gioco o di scommessa contrasta con i principi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e deve, pertanto, essere *disapplicata*, quando la raccolta delle scommesse sia svolta, in assenza della prescritta autorizzazione di pubblica sicurezza, per conto di un allibratore straniero al quale sia stata revocata la necessaria concessione per motivazioni non conformi al diritto dell’Unione europea (nella specie, perché basata sulla gestione di attività di gioco transfrontaliere, contrastante con lo schema di convenzione tra l’amministrazione autonoma dei monopoli dello Stato e l’aggiudicatario della concessione)»; Cass., Sez. III, 15 settembre 2016, n. 43955: «non integra il reato di cui all’art. 4 l. 401 del 1989 la raccolta di scommesse in assenza di licenza di PS da parte di soggetto che operi in Italia per conto di operatore straniero cui la licenza sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell’interpretazione della Corte di giustizia UE, agli art. 49 e 56 TFUE del regime concessorio interno ed, in particolare, della prescrizione, prevista dal bando, che attribuisce alla AMMS il diritto potestativo di chiedere ed ottenere, alla cessazione della concessione, la cessione non onerosa, ovvero la devoluzione della rete infrastrutturale di raccolta del gioco». Vd. inoltre Cass., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 27864 e Cass., Sez. III, 15 settembre 2016, n. 43955, con le quali la Corte ha stabilito che la disapplicazione della norma incriminatrice debba aver luogo anche nei casi in cui l’operatore straniero non abbia partecipato alla gara perché in difetto dei requisiti imposti, illegittimamente, dalla normativa di riferimento. La Cassazione, però, ha precisato che l’onere della prova in ordine all’illegittimità dell’esclusione grava sull’imputato (vd. Cass., Sez. III, 4 giugno 2014, n. 37851; Cass., Sez. III, 25 marzo 2015, n. 14991; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 7129).

103 In argomento vd. Cass., Sez. III, 12 maggio 2015, n. 23960: «in tema di esercizio abusivo dell’attività di raccolta di scommesse sportive, l’operatore privo di concessione e di autorizzazione, che abbia aderito alla sanatoria di cui all’art. 1, comma 643, l. 23 dicembre 2014 n. 190 (legge di stabilità 2015) versando l’imposta dovuta alle scadenze previste dalla legge, ha diritto di svolgere l’attività di raccolta delle scommesse fino alla data di scadenza, nell’anno 2016, delle vigenti concessioni statali». Vd. però Cass., Sez. III, 28 giugno 2017, n. 889: «in tema di esercizio abusivo di attività di gioco o scommessa, l’adesione da parte dell’operatore privo di licenza di pubblica sicurezza e di concessione alla sanatoria determina il diritto di svolgere l’attività in corso da tale momento fino alla data di scadenza, nell’anno 2016, delle vigenti concessioni statali, ma non contempla in alcun modo l’estinzione o la non perseguibilità del reato derivante da condotte poste in essere in epoca pregressa».

4.4. Da ben prima che il diritto europeo dispiegasse con vigore i propri effetti sull'ordinamento interno, si lamenta in Italia la crisi del giuspositivismo e del principio di legalità, di matrice illuministico-liberale.

Le cause del fenomeno, della prevalenza della *law in action* rispetto a quella *in the books*, sono molteplici ma, fra di esse, un ruolo fondamentale è rivestito: a) dall'anacronismo dell'impianto codicistico<sup>104</sup>, che giocoforza spinge la giurisprudenza ad interpretazioni che, nel tentativo di adattamento alla mutata realtà criminologica, attraverso quella forma di interpretazione che si definisce "evolutiva", conduce a soluzioni in contrasto con il principio di legalità; b) lo scarso tecnicismo che connota le ultime riforme in materia penale, specie sotto il profilo del difetto di precisione con le quali vengono scolpite le norme<sup>105</sup>, che spinge il giudice a interpretazioni "spericolate" per correggere errori in sede di redazione, per colmare vuoti di tutela e, per il vero, non di rado, per coltivare (in maniera impropria) delle esigenze di politica criminale.

In questa prospettiva, la dottrina ha parlato di un "*dirty work*", nel settore, che è condotto dalla magistratura e di un "*lato oscuro del diritto penale*"<sup>106</sup>; valga in proposito rammentare – solo per prospettare qualche esempio – le torsioni interpretative che hanno interessato il c.d. "disastro innominato" (artt. 434 e 449 c.p.)<sup>107</sup>, nonché l'estensione dell'alveo di operatività della figura dell'associazione di tipo mafioso, per l'effetto dell'introduzione, per opera giurisprudenziale, del "concorso esterno"<sup>108</sup>.

Si tratta di contesti ove, si potrebbe sostenere, "*il diritto insegue il fatto*". nel senso che l'interpretazione diventa strumento per allargare le maglie della fattispecie al fine di consentirle di colpire condotte antisociali, ma non disciplinate o, comunque, non adeguatamente contrastabili attraverso un "normale impiego" dello strumentario esistente.

Si voglia inoltre rammentare, nella prospettiva del difetto di formulazione delle fattispecie incriminatrici, la ben nota vicenda della riforma del c.d. "falso in bilancio", che ha costretto le Sezioni Unite ad una interpretazione "al limite" (e forse anche oltre...)<sup>109</sup> per evitare che una riforma ispirata al *law enforcement*<sup>110</sup> giungesse al clamoroso esito di rendere la figura (che costituisce pietra angolare del diritto penale dell'economia) inoperativa rispetto alle forme più insidiose di falso, ovverosia quello valutativo.

104 Vd. T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1991, 36 ss.

105 Sul punto vd. anche le riflessioni di E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 76 ss.

106 Il riferimento è a A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017.

107 In argomento vd. G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, 24 novembre 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); D. BRUNELLI, *Divagazione sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moraliste e colpevolezza normativa*, 12 ottobre 2016, *loc. ult. cit.*; M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1577 ss; A. GARGANI, *Fattispecie deprivate. Disastri innominati e atipici in materia ambientale*, 3 febbraio 2020, in [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu).

108 Sul tema vd. V. MAIELLO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in E. Mezzetti – L. Luparia Donati (a cura di), *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 70 ss.

109 Cass. Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 22474.

110 L. 27 maggio 2015, n. 69.

Sul ridimensionamento del principio di legalità pesa, tuttavia, anche l'espansione del diritto eurounitario, tanto per i condizionamenti che subisce il legislatore italiano al fine di conformarsi alle scelte di politica criminale formatesi "altrove", quanto per l'influenza del sistema giuridico sovranazionale, che è ispirato all'idea della giurisprudenza-fonte. Qui, la nozione di "diritto" non si riferisce, esclusivamente, alla legge, bensì al binomio *statutory* e *judicial law*, ove l'asse si sposta sulla possibilità per l'individuo di prevedere che una determinata norma venga interpretata in modo tale da importare una responsabilità.

A ciò si aggiunga la "polverizzazione" del diritto penale determinata dalla pluralità di fonti, che pone il giudice in un "labirinto"<sup>111</sup> e, cioè, in difficoltà nell'individuazione delle norme da impiegare, delle loro interazioni, del loro significato che, spesso, si perde nei mille rivoli dei precedenti.

Sarebbe, dunque, auspicabile che l'irrompere del diritto europeo (e convenzionale), anziché implementare le tendenze attuali dell'interpretazione in sede penale<sup>112</sup>, connotate dal giudice produttore anziché utilizzatore del diritto, conducesse al risultato di innalzamento del livello delle garanzie apprestate dall'ordinamento interno, in una prospettiva *pro reo*<sup>113</sup>.

Si discute, quindi, di un "filtro" ispirato al *favor libertatis*, sulla base di quanto dispone, del resto, l'art. 53 della Carta EDU («nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi») nonché l'art. 53 CDFUE<sup>114</sup>.

111 Per prendere in prestito una efficace espressione di Vittorio Manes.

112 Su cui vd. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, *passim*; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 159 ss; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine. Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011; M. PAPA, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in A. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, in Trattato breve di Diritto penale diretto da A. Cocco e E.M. Ambrosetti, San Giuliano Milanese, 2016, 149 ss; P. FERRUA, *Le sentenze "Taricco": brevi riflessioni sui giudici legislatori*, in *Cass. Pen.*, 2018, 1844 ss; A.M. STILE – S. MANACORDA – V. MONGILLO (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, Napoli, 2018; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. Pen.*, 2018, 2222 ss, che ha parlato di una "normazione alternativa".

113 V. MANES, *I principi penalistici del network multilivello: trapianto, palingenesi cross-fertilization*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 839 ss; G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 118 ss; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1406 ss.

114 Sul punto vd. F. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3055 ss: «l'obbligo di interpretazione conforme alla fonte sovraordinata, proprio perché non realizzabile *contra legem*, non può condurre ad una limitazione di diritti. Quel che qui viene in rilievo è l'impossibilità di pervenire ad interpretazioni peggiorative nella tutela dei diritti attraverso decisioni comunitarie, per il semplice motivo che l'obbligo di interpretazione conforme può "inserirsi" in "varchi" od incompletezze di disciplina strutturalmente incompatibili con il riconoscimento di un diritto. Ne deriva che l'obbligo interpretativo di natura comunitaria sia un obbligo di mezzi e non di risultato. In altre parole, il giudice deve fare tutto ciò che rientra nei suoi poteri per garantire l'efficacia delle norme comunitarie senza che ciò comporti un'esondazione dalle sue competenze previste a livello nazionale. E qui, il confine tra "interpretazione" e "creazione" normativa è affidato al senso istituzionale dei limiti del giudicante, il quale deve essere

## 5. Conclusioni.

Una delle questioni di maggior rilievo nel contesto del diritto penale contemporaneo è rappresentata dalle interferenze tra sistema interno e diritto eurounitario; detto tema si interseca, evidentemente, a seguito del Trattato di Lisbona, con quello della tutela dei diritti individuali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – alla quale è attribuito «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 n. 1 TUE) – e di quelli sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla quale l'Unione ha aderito (art. 6 n. 2).

Il problema delle prerogative degli organi UE in materia penale è particolarmente vivo, perché incide in un settore assai delicato e “divisivo”, rispetto al quale gli Stati membri sono restii a cedere il campo e, in effetti, tale atteggiamento trova linfa in previsioni dei trattati di tenore particolarmente ambiguo.

La dottrina, in proposito, ha rilevato, anche di recente, che l'Unione europea non sarebbe titolare di una potestà penale, con la conseguenza che solo il Parlamento nazionale sarebbe competente alla produzione normativa<sup>115</sup>.

---

consapevole che, per volere costituzionale, è soggetto alla legge e non può esserne un produttore. In realtà, la Corte di giustizia tende ad incoraggiare manipolazioni interpretative, incentivando – di fatto – ermeneusi *contra legem*. Si è infatti ritenuta la legittimità dell'interpretazione conforme anche quando, pur in presenza di un contrasto di una specifica norma interna con una fonte comunitaria, questo possa essere superato alla luce dell'intero diritto nazionale considerato nel suo complesso. (n.d.a.: l'Autore qui si riferisce, in particolare, alla sentenza “Pupino”). Tale impostazione, nella prassi operativa, ha dato la stura a forzature esegetiche poco rispettose della legalità». Vd. inoltre R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1177 ss: «si badi: l'interpretazione conforme non è in sé una tecnica nuova per noi, poiché l'applichiamo da tempo in rapporto ai principi costituzionali; da tempo dunque siamo abituati a far interagire regole e principi ed è proprio con l'avvento della Costituzione che palpabilmente la legge non è più dotata di una forza monopolistica e incontrastata, ma deve sottomettersi a quei principi e ai valori che essi rappresentano, ibridandosi dunque a contatto con essi attraverso l'interpretazione conforme. E, in effetti, il primo allargamento multilivello dei sistemi giuridici è stato quello determinato dal paradigma costituzionale, quale complesso di limiti e vincoli imposti alla legislazione per la tutela dei diritti fondamentali. È in quel momento che è venuta a cadere la sovranità interna del legislatore nazionale. Ma ciò è avvenuto nell'ambito di uno stesso ordinamento e, dunque, nel quadro di un contesto abbastanza omogeneo. Il *novum* dell'interpretazione conforme al diritto UE è rappresentato dal fatto che ad interagire sono ordinamenti plurimi ed esterni, a cui appartengono norme di diritto primario e di diritto secondario e a cui si aggiungono le norme giurisprudenziali coniate dalle Corti di vertice. È dunque la complessità e la poliedricità del quadro ad accrescere esponenzialmente la problematicità dello strumento. È con la soggezione al e l'ibridazione con il diritto europeo che si intacca il baluardo più forte, quello della sovranità esterna degli ordinamenti nazionali. Si dice che l'obbligo di interpretazione conforme alle norme europee trova un limite naturale nel divieto di interpretazione *contra legem*, che si realizzerebbe quando si profilasse un'antinomia incompatibile tra la norma interna e la norma sovranazionale. Ma si tratta di un limite che viene sistematicamente travalicato, con la benedizione della Corte di giustizia. E anche questa patologia così frequente trasforma, a ben vedere, il giudice interno in creatore di norme, dato che un'interpretazione conforme vietata si traduce di fatto nell'attribuzione di un effetto diretto a una norma europea che ne è priva e in una conseguente disapplicazione mascherata della norma interna con essa contrastante». Sulle criticità del confronto con il diritto eurounitario e della sua influenza sul *modus iudicandi*, con riferimento all'interpretazione conforme e alla disapplicazione del diritto interno, vd. anche le considerazioni di F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 2016, 2695 ss.

115 Vd. ad esempio G. COCCO, *Il “primato” della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 1078 ss.

Tuttavia, questa affermazione, così come il concetto di “competenza indiretta”, deve fare i conti con vari elementi di senso contrario, rappresentati, innanzitutto, dagli stringenti obblighi europei di criminalizzazione che, sulla base delle nuove previsioni del Trattato di Lisbona, hanno condotto al superamento del *refrain* in base al quale la *matière pénal* sarebbe stata sottratta dal raggio d’azione degli organismi sovranazionali, tanto più a seguito del progressivo ampliamento delle aree di competenza dell’UE che, oramai, hanno travalicato l’economia ed il mercato.

Anche il tema della tutela degli interessi finanziari dell’UE, al centro della vicenda “Taricco”, che ha catalizzato a lungo l’attenzione degli studiosi della materia, del resto, ha in effetti perduto la propria posizione preminente, essendo stato sopravanzato dalla “dialettica” tra i diritti, quelli riconosciuti dalle fonti europee (in particolare quelli previsti o comunque promananti dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione EDU) e quelli costituzionali.

A tale ultimo riguardo si può soggiungere che il “confronto”, la “*fertilization*” in questo settore soffre di talune disarmonie riscontrabili tra il “catalogo dei diritti UE/europei” e quelli riconosciuti dalla Carta fondamentale; viene alla mente, ad esempio, il principio di colpevolezza e quello di offensività (che, sotto certi profili, hanno dimensione assai più estesa all’ordinamento nostrano, plasmato da una lunga e meritoria opera della giurisprudenza e della dottrina più garantista, tanto da raggiungere un grado di evoluzione che, verosimilmente, rappresenta un *unicum* nel panorama internazionale); sicché, al momento, occorre confidare in un “filtro”, che lasci passare in entrata le maggiori garanzie derivanti dal diritto UE/convenzionale e non consenta, anche attraverso i controllimiti, una dispersione di quelle già riconosciute a livello nazionale.

Per il resto, si può osservare che i freni al processo di integrazione, di omogeneizzazione dello *ius criminale* tra i Paesi membri genera evidenti disallineamenti, come dimostra la disciplina delle frodi nelle pubbliche sovvenzioni<sup>116</sup>, che fa registrare delle differenziazioni che trovano solo parziale giustificazione nelle diversità delle tradizioni e dei lineamenti dei vari sistemi giuridici.

D’altro canto, però, la struttura di tale ramo del diritto rende particolarmente pericolosa una eccessiva intromissione del legislatore europeo, specie laddove essa si riverberi “*contra reum*”; l’introduzione di obblighi di penalizzazione, ovvero l’imposizione di cornici editali minime rispetto a fattispecie incriminatrici già previste (che rappresenta una forma di integrazione “*hard*”) può, infatti, condurre a iniziative legislative che determinano effetti in tensione con i principi cardine, nonché a soluzioni critiche in ordine al trattamento sanzionatorio al cospetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Si consideri, per il primo aspetto, il delitto di pornografia virtuale, di cui all’art. 600-*quater*.1 c.p. (introdotto dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38), introdotto a seguito della decisione-quadro 2004/68/GAI (relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile); si tratta di una fattispecie che presta il fianco a

---

<sup>116</sup> Sul punto vd. A. DE LIA, *Frode nelle sovvenzioni pubbliche: una prospettiva comparata*, 14 giugno 2022, in questa Rivista, 1 ss.

(difficilmente superabili) rilievi nel prisma del principio di offensività e che, frutto di una poco meditata scelta di trasposizione da parte del Parlamento, si colloca nel solco del c.d. “diritto penale del nemico”, essendo essa espressione di un diritto penale “dell’autore”, anziché del fatto, nonché sbilanciata su esigenze di moralizzazione piuttosto che di tutela del minore<sup>117</sup>.

Per il secondo profilo, valga considerare il processo di *law enforcement* che ha interessato il microsistema dei reati in materia di imposte e sul valore aggiunto – il cui impianto è stato condizionato, da ultimo, dalla “Direttiva PIF” – che prevede una disciplina *ad hoc* della prescrizione che appare scarsamente giustificabile in un’ottica di sistema, così come perlomeno di dubbia coerenza<sup>118</sup> si rivela il trattamento sanzionatorio previsto per talune fattispecie, sol che si consideri che, ad esempio, la figura di dichiarazione fraudolenta (di cui all’art. 2 d.lgs. 19 marzo 2000, n. 74) attualmente prevede, nel caso in cui l’imposta evasa sia pari o superiore a 100.000 euro, una pena maggiore di quella prevista per le lesioni personali gravi, di cui all’art. 583 comma 1, c.p.

In altri termini, al di là delle perplessità che possono ancora nutrirsi sull’effettiva democraticità del processo di formazione delle fonti normative UE (e quindi sulla loro effettiva riconducibilità alla volontà popolare), innovazioni nella materia presuppongono una visione di politica criminale fondata su dati caratteristici del territorio, nonchè un’ottica sistematica di cui, chiaramente, gli organismi europei non dispongono.

Il tutto spiega, pertanto, il *caveat* della Corte costituzionale tedesca, nel citato caso “Lissabon” nonché quello della Consulta sul caso “Taricco”; vive, allora, sono le preoccupazioni che le iniziative UE si rivelino squilibrate, perché eccessivamente condizionate dall’obiettivo di tutela di beni giuridici europei ovvero, addirittura, dettate dalla scelta di impiegare il diritto penale come uno strumento per garantire una maggiore coesione tra gli Stati membri, ma a discapito dei diritti dell’individuo.

Il processo di integrazione, del resto, ha generato effetti di segno opposto poiché, a fronte delle limitazioni allo *ius criminale* derivanti dall’ampliamento della sfera di

117 In questo senso vd. G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2006, 863 ss; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, in loc. ult. cit., 2007, 546 ss; in tema vd. anche M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007, 182 ss; M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, 1546 ss; D. PETRINI, *La tutela del buon costume*, in Dir. Inf., 2011, 445 ss; C. SOTIS, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale*, in loc. ult. cit., 2011, 561 ss; A. MANNA, *Il minore autore e vittima del reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in Dir. Fam., 2012, 1251 ss; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 148; C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell’approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2015, 678 ss; A. BERNARDI, *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in loc. ult. cit., 2018, 557 ss (sub nota 26); M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell’immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione ed istanze di autonomia*, Torino, 2019, 95 ss; F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2020, 698 ss; A.M. MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in loc. ult. cit., 2020, 908 ss; M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo: notazioni brevi*, *ibidem*, 2021, 65 ss.

118 Sebbene la censura di ragionevolezza ai sensi dell’art. 3 Cost. risulterebbe inammissibile, per via della diversità dei beni giuridici in comparazione.

libertà e dei diritti (un esempio è quello della disciplina dei giochi e delle scommesse, alla quale si è operato un cenno; ancora si veda l'influenza del principio di *foreseeability*, che ha condizionato, tra l'altro, le sorti della controversa disciplina delle misure di prevenzione) non si può tacere del progressivo ingrossamento dell'area di operatività del diritto penale provocato dalle opzioni del legislatore comunitario (ora eurounitario), che hanno interessato un ambito già di per sé distante dall'idea dell'*extrema ratio*.

Per altro verso, il dialogo tra le Corti non sempre è idoneo a garantire la certezza del diritto, come dimostrano gli orientamenti della giurisprudenza nostrana nelle more dello scambio sul già citato caso "Taricco" o, ancora, l'annosa vicenda relativa ai c.d. "fratelli minori di Contrada"<sup>119</sup>, rispetto alla quale la Cassazione si è arroccata su posizioni conservative che si rivelano in contrasto con il *dictum* della Corte di Strasburgo<sup>120</sup>.

Quanto alla seconda forma di interferenza (si potrebbe dire, anche in questo caso) "*hard*", rappresentata dalla disapplicazione del diritto interno in caso di conflitti tra norme, che è stata esaminata nella particolare prospettiva della disciplina dei giochi e delle scommesse, essa mette in ulteriore crisi l'idea del difetto di competenza degli organi UE in materia penale, poiché in tale orizzonte (quello della c.d. "efficacia riflessa") il diritto sovranazionale si è dimostrato particolarmente incisivo – soprattutto nel prisma dell'esercizio del diritto – attraverso un *trend* che potrebbe svilupparsi in crescendo nel prossimo futuro, laddove il legislatore europeo sfruttasse le potenzialità derivanti dall'ampiezza delle materie che rientrano, direttamente o indirettamente, nella propria sfera.

Questi effetti sono, peraltro, destinati a riverberarsi soprattutto nel diritto penale economico, attraverso la definizione del campo applicativo di talune figure incriminatrici, atteso che si è in un ambito in cui lo *ius criminale* spesso ha la funzione di sanzionare illeciti strettamente correlati a discipline *extra*-penali.

Si tratta, in ogni caso, di una forma di integrazione che esige buon senso e, in quest'ottica, la posizione assunta dalla Consulta – per la quale le questioni che attengono al diritto eurounitario che, nel contempo, involgono diritti fondamentali dell'individuo potrebbero (o "dovrebbero") essere sottoposte al proprio vaglio – sembra rappresentare una soluzione accettabile, anche per via della necessità di evitare, seppur con lo strumento delle sentenze interpretative di rigetto, gli effetti che deriverebbero dalla sopravvivenza di disposizioni "critiche", oggetto di impiego *case to case* da parte della magistratura ordinaria.

Quanto, invece, alla forma di integrazione (teoricamente) "*soft*" rappresentata dall'interpretazione conforme, sono stati posti in luce i rischi di deriva che vi si annidano, che impongono, quindi, ai giudici scelte equilibrate; il tutto, in un momento storico di rilevanti e convulse evoluzioni, atteso che gli ordinamenti di tradizione "*common law*" migrano verso le codificazioni e quelli di "*civil law*" aprono

<sup>119</sup> Che è sfociata nella sentenza "Genco" delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544), che ha fatto seguito alla pronuncia della Corte di Strasburgo (Corte EDU, Quarta Sezione, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

<sup>120</sup> E con il valore che la Corte EDU riconosce alle proprie pronunce (vd. Corte EDU, Grande Sezione, 28 giugno 2018, GIEM e altri c. Italia).

progressivamente a forme di giurisprudenza “creativa”, senza tuttavia (al di là dei vincoli costituzionali, spesso travalicati) neppure mutuare la cultura del precedente vincolante e con diverso approccio al problema dell’*overruling*<sup>121</sup>.

Quali, invece, gli auspici per il futuro, sul “fronte europeo”?

Innanzitutto, ci si dovrebbe aspettare un innalzamento del livello qualitativo nella redazione degli atti normativi UE poiché – per il vero – gli stessi rivelano ancor oggi una tecnica assai acerba che, giocoforza, pone in difficoltà i legislatori degli Stati membri, con ogni consequenziale effetto sull’armonizzazione dei sistemi e sull’interpretazione/applicazione del diritto.

In secondo luogo, ci si dovrebbe augurare che il legislatore europeo dismetta il piglio del maestro di scuola con la bacchetta, modificando il proprio approccio allo strumentario penalistico, che ha fatto registrare, talvolta, una maggiore attenzione alle regole piuttosto che ai principi, nonché un uso dello *ius criminale* come mezzo di accentramento del potere e di acquisizione di consenso e, quindi, improprio.

Infine, si segnala l’opportunità di una maggiore apertura ai grandi principi elaborati negli ordinamenti giuridici più avanzati degli Stati membri, come il nostro, che potrebbero meglio indirizzare le future scelte di politica criminale, attivando un “circolo virtuoso”, una “*cross-fertilization*”<sup>122</sup>, per l’appunto.

---

121 Evidenti le discrasie tra la posizione della Corte EDU nel già citato caso *Contrada c. Italia*, per l’appunto, e quella della giurisprudenza italiana: vd., oltre alla citata sentenza “Genco”, Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364.

122 V. MANES, *I principi penalistici del network multilivello: trapianto, palingenesi cross-fertilization*, op. cit.