

METODO E LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE CONFORME ALLE FONTI SOVRANAZIONALI IN MATERIA PENALE*

di Vittorio Manes

SOMMARIO: 1. Nel labirinto penale. – 1.1. Le mutazioni genetiche del tessuto normativo. – 1.2. La Corte costituzionale e la ricerca di “regole di convivenza”. – 2. L'erompere dell'interpretazione conforme. – 3. Fondamento del canone di interpretazione conforme: alcune premesse. – 3.1. La dimensione progressivamente grandangolare del vincolo interpretativo alle fonti “sovrastatali”. – 3.2. Interpretazione conforme e ulteriori paradigmi di interazione tra fonti: la difficile apposizione di termini. – 4. I limiti dell'interpretazione conforme in materia penale. – 4.1. Il limite “logico” come primo argine a forme di “normazione mascherata”. – 4.2. Limiti assiologici che fronteggiano le specificità della materia penale. – 4.2.1. Il divieto di interpretazioni conformi *in malam partem* nella posizione della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione. – 4.2.2. Alcune criticità: il rischio di “criptoanalogie”. – 4.2.3. (segue) ...e di “criptodisapplicazioni” *in malam partem*. – 4.2.4. Presunzioni “comunitariamente orientate” e (possibile) conflitto tra interpretazioni conformi. – 4.3. Primazia dell'interpretazione conforme e supremazia delle (ulteriori) garanzie fondamentali in materia penale. – 4.4. Interpretazioni conformi con effetti riduttivi o favorevoli (*in bonam partem*): in particolare, il “sorpasso costituzionale” e la funzione “prismatica” della giurisprudenza della Corte EDU. – 5. Il giudice penale nel *network* “multilivello” dei diritti fondamentali: ancora tra interpretazione conforme e disapplicazione. – 6. Il giudice nella “morsa” delle fonti sovranazionali.

1. Nel labirinto penale.

La complessità delle fonti è il tema della nostra generazione, se per generazione s'intende “non un semplice periodo di tempo, un nascere o morire in anni contigui, ma un orizzonte di problemi e di risposte”:¹ la “frantumazione stellare” e la “depolarizzazione” dei centri di produzione del diritto, nell'era postnazionale, confermano anche dall'angolatura penalistica il passaggio, ormai conclamato, ad una struttura reticolare e polisistemica del fenomeno giuridico, che non ha più il suo cardano nella sovranità statale,² ponendo peraltro problemi densi di ricadute applicative.³

* Questo lavoro – già pubblicato sul n. 1/2012 di *Archivio penale*, che l'Autore e *diritto penale contemporaneo* desiderano ringraziare per avere consentito la pubblicazione anche in questa sede – è parte di uno studio più vasto in corso di svolgimento, dedicato all'incidenza delle fonti sovranazionali in materia penale: è dunque un *work in progress*, necessariamente selettivo e suscettibile di essere ampliato.

¹ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 89.

² Mi limito a richiamare la disamina grandangolare offerta dal ricco saggio di A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, *passim*.

³ Ne offrono un quadro di preziosa sintesi, ora, F. VIGANÒ-O. MAZZA, *Europa e giustizia penale, Gli speciali di Diritto penale e processo*, 2011.

Non è un effetto “*trompe-l’œil*”, né l’iperbolica anticipazione del futuro, ma la fotografia di un presente che incalza: chi si affaccia a questo scenario si accorge presto di quanta distanza vi sia ormai dai tempi in cui la scienza penale – e la sua fenomenologia giuspositiva – apparivano “una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati”;⁴ e scorge, piuttosto, le trame sconnesse e aggrovigliate di un “labirinto”.

1.1. Le mutazioni genetiche del tessuto normativo.

L’“anamorfosi” del sistema delle fonti non ha, tuttavia, la sua sola causa nella loro moltiplicazione *quantitativa*, o nella nuova dislocazione geografica e “sistematica”, che peraltro riflette già “un assembrarsi (...) confuso e disordinato”, di fronte al quale “c’è di che essere sgomenti”:⁵ si registrano, piuttosto, mutazioni *qualitative*, che accompagnano la progressiva maturazione dell’“ordinamento giuridico integrato”, e che, da un lato, affrancano definitivamente anche la “cittadella penale” dal paradigma *ordine geometrico demonstratum* della modernità giuridica,⁶ dall’altro esaltano (ancor più) il ruolo del giudice, ponendolo al cospetto di uno strumentario giuridico originale, sempre *in progress*, e sempre più costellato di *leges imperfectae*.

Alla radice, del resto, sembrerebbero esservi vere e proprie *modificazioni genetiche* del tessuto normativo, che via via lasciano emergere la progressiva “detipicizzazione” del sistema.⁷

Si ha a che fare, da un lato, con “disposizioni senza norme”,⁸ come le Carte dei diritti (e per quanto qui maggiormente interessa, la Carta di Nizza e la CEDU), di per sé scarse ed essenziali, spesso ellittiche, e comunque insoddisfacenti senza le relative concretizzazioni giurisprudenziali, che ne offrono – “*here and now*” – il significato attuale; dall’altro, e simmetricamente, erompono sempre più “fonti senza disposizione”, tra le quali primeggia, appunto, la “giurisprudenza-fonte” delle Corti europee, che ha ormai acquisito un ruolo autenticamente normativo nei singoli

⁴ E’ una celebre metafora di M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940) – Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 179 ss., 272; su questo passo, si vedano le riflessioni di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 258.

⁵ Così P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Napoli, 2011, 73; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, *passim*.

⁶ Rinvio allo stimolante affresco di M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, *passim*.

⁷ Di “mutamenti genetici del discorso penalistico”, con riferimento alla “giurisprudenza-fonte” ed alla “varietà degli attori giuridici”, parla anche M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all’europeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 43 ss., ed in *ptc.* 49 ss., pur in prospettiva diversa, segnalando come “l’esplosione delle fonti muta il codice genetico della costruzione del diritto quale risultato dell’interpretazione delle regole, e come diretta (anche se non immediata) conseguenza *muta l’identità stessa della dogmatica (...)*” (p. 48).

⁸ Utilizzo questa definizione – senza alcuna pretesa di “tecnicità” – in una accezione evidentemente diversa da quella proposta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 69 ss.

ordinamenti domestici, acquisendo un valore “supra-legislativo” e persino “para-costituzionale”.⁹

Ma si fronteggiano anche “fonti (vigenti, ma) con *effetti solo mediati*” (o “indiretti”): ne sono esempi sia le direttive dell’UE, che, nel contesto penale, anche dopo il lungo percorso che ha condotto all’attribuzione espressa di competenze (autonome e accessorie: art. 83 TFUE) restano pur sempre atti che non possono produrre “effetti diretti” di portata incriminatrice o aggravatrice, e che necessitano sempre della mediazione del singolo Stato membro per poter avere (diretta) applicazione, e concreta incidenza, sulla sfera giuridico-penale dei singoli;¹⁰ sia le “norme” derivanti dal sistema CEDU, che al pari delle prime sono insuscettibili di diretta applicazione.¹¹

Parallelamente, sul fronte “interno”, si registrano “fonti (vigenti, ma) *prive di applicabilità*”, come le disposizioni nazionali destinate a non avere applicazione se contrastanti con una fonte comunitaria capace di “neutralizzarne” la concreta operatività. E queste producono intersezioni che impegnano il giudice in un’attività di *découpage* che oggi sembra chiamare in causa non solo le tradizionali “libertà economiche” o peculiari norme di settore, bensì la più ampia ghiera dei diritti fondamentali: diritti alimentati da una *cross-fertilization* “universale”, eppure ancora proiettati – a quanto pare – su ambiti di operatività distinti, e caratterizzati da una

⁹ Cfr. *infra*, § 1.2.

¹⁰ Con chiarezza, [A. BERNARDI, La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2012, p. 43 (e nota 2); ampiamente, al riguardo, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, 2326 ss.; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 1150 ss. [pubblicato anche in versione francese, con talune modifiche, sotto il titolo: “*Criminaliser sans punir*”. *Réflexions sur le pouvoir d’incrimination (directe ou indirecte) de l’Union européenne prévu par le Traité de Lisbonne*, in *RSC*, 2010]; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, 2625 ss.; altresì G. ABBADESSA, *Dal “diritto penale comunitario” al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell’interregno*, in *RTDPE*, 2009, 457 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, spec. 107 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Firenze, Edizioni ETS, 2009, 237 ss.; nella letteratura tedesca, fra gli altri, B. Hecker, *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, in K. AMBOS (Hrsg), *Europäisches Strafrecht nach Lissabon*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, 13 ss.; J. VOGEL, *Die Strafgesetzkompentenzen der Europäischen Union nach Art. 83, 86 und 325 AEUV*, ivi, 41 ss.

¹¹ Sulla “capacità” che entrambe le fonti – direttive (e decisioni quadro) UE e norme CEDU – di poter integrare “parametri interposti di legittimità” di fronte alla Corte costituzionale, pur nei limiti del rispetto degli altri principi della Costituzione (di tutti i principi, nel caso delle norme interposte di derivazione convenzionale; “solo” dei “controlimiti”, nel caso di norme interposte di derivazione “eurounitaria”), cfr. ancora *infra*, § 1.2.

Ancora diversa, peraltro, la posizione di altre fonti sovranazionali, come le convenzioni, e segnatamente, per quanto concerne la materia penale, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997 (sulla quale cfr., tra gli altri, G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007, 49 ss., 54 ss.), relativamente alla quale la Corte non ha ancora riconosciuto la valenza di norma interposta di legittimità costituzionale.

astrattezza e da una duttilità che rendono difficili soluzioni perentorie nel confronto con la norma domestica.¹²

Proprio diritti e libertà fondamentali, alla stregua degli altri “principi” – volta a volta fondamentali, appunto, ma anche supremi, comuni, generali, formali o sostanziali, immanenti o trascendenti il sistema – campeggiano trasversalmente sullo sfondo di questa realtà già così policroma, affacciandosi nei singoli contesti (e nei singoli casi) con “geometrie e geografie variabili”:¹³ *Grundnormen* (e spesso *Grundwerten*) formalmente “a-topiche” e purtuttavia “ubiquitarie”, menzionate da Carte e Corti che si sovrappongono (ma che quasi mai accettano di veder ridotte le proprie statuizioni al ruolo di mero *restatement of law*), sollecitate dal dinamismo tipico delle ricostruzioni *multilevel*, che le espone a bilanciamenti sempre nuovi e sempre più complessi, alla loro affermazione secondo diversi livelli di astrazione (di “specificità” o di “generalità”), e, per quella via, al rischio sempre alto di un’iper-integrazione o, viceversa, di una dis-integrazione,¹⁴ a seconda del *milieu culturale* in cui vengono calati.¹⁵

In tutti questi casi, mancano regole di prevalenza non defettibili, la gerarchia fra ordinamenti (o principi) è *mobile*.¹⁶

1.2. La Corte costituzionale e la ricerca di “regole di convivenza”.

La Corte costituzionale è il fondamentale metronomo – e dunque l’osservatorio privilegiato – di queste mutazioni, e delle ripercussioni che il loro innesto produce sull’ordinamento giuridico: ancor prima di poter svolgere il tradizionale ruolo di censore delle insubordinazioni gerarchiche tra una fonte e l’altra (come nel tradizionale modello “piramidale” kelseniano, dov’era garante dello *Stufenbau* ordinamentale), deve impegnarsi a stabilire l’esatta collocazione ed il rango da attribuire alle diverse fonti, ed a chiarire gli effetti che le stesse possono esplicare ora “in sede diffusa”, ora nella sede tipica del controllo accentrato di costituzionalità.

È, dunque, nei suoi tracciati che – tra le maglie della “rete” – è possibile intravedere non già la sagoma di una “piramide”, ma quantomeno un insieme di *regole*

¹² Su entrambi i profili, cfr. *infra*, § 5.

¹³ Riprendo il lessico di M. DELMAS MARTY (dir.), *Critique de l’intégration normative: l’apport du droit comparé à l’harmonisation des droits*, Parigi, 2004, 35 ss.

¹⁴ Cfr., L. H. TRIBE-M. C. DORF, *On reading the Constitution*, trad. it. *Leggere la Costituzione*, Bologna, 2005, 31 ss., 35 ss., 99 ss., 136 ss. (e si veda anche l’Introduzione al volume di S. BARTOLE, VIII ss.); si veda anche, al riguardo, A. M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, 83 ss.; ed ora, con riferimento al *nullum crimen*, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, 2197 ss.

¹⁵ Basti accennare al principio dell’applicazione retroattiva della *lex mitior*, nelle diverse letture che ne danno la Corte europea con la celebre sentenza *Scoppola* (Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) e la Corte costituzionale, nella sentenza n. 236 del 2011.

¹⁶ Così, G. ITZCOVITCH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali: l’Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2009, 34 ss., 48.

di prevalenza o di semplice *convivenza* con le quali si tenta di “gestire” una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema.¹⁷

Le pronunce degli ultimi anni,¹⁸ del resto, testimoniano una attività costante e frenetica in questa direzione, ed una spinta verso la progressiva “agnizione” (e “sistematizzazione”) delle fonti sovranazionali, ora come *ausili interpretativi* (tutte le fonti internazionali, in linea di principio, ora anche alla luce dell’art. 117, co. 1°, Cost.),¹⁹ ora come *parametri interposti di legittimità* (sono così le disposizioni della Cedu e la giurisprudenza della sua Corte, a partire dalle “sentenze gemelle”, nn. 348 e 349 del 2007, sostanzialmente ribadite, nel loro assetto di fondo, dalla giurisprudenza successiva, ed in particolare dalle sentenze n. 311 e n. 317 del 2009, n. 80 del 2011; sono così le norme comunitarie prive di effetti diretti, a partire dalla sentenza n. 28 del 2010, concernente una direttiva, sino alla n. 227 del 2010, relativa ad una decisione quadro), ora come *fonti immediatamente applicabili* (sempre in linea di principio, le norme del “diritto UE” *self-executing*, nell’evoluzione giurisprudenziale che ha interessato regolamenti, decisioni interpretative della Corte di giustizia, e direttive “dettagliate” – rispettivamente, sentenze n. 170 del 1984, n. 113 del 1985 e n. 168 del 1991 – fino ai principi generali del Trattato – cfr. ad es. la sentenza n. 227 del 2010; tutte fonti suscettibili di diretta applicabilità anche in materia penale, salvi i limiti di cui pure si dirà).

Si potrà discutere se l’approccio normoteoretico seguito dal giudice delle leggi italiano rispecchi ancora 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”,²⁰ e che la distanza si è bruscamente ridotta anche sul fronte convenzionale: visto che – ben oltre il riconoscimento della vincolatività interpretativa e della valenza di fonte-parametro nel controllo di costituzionalità, e nell’attesa di una applicabilità diretta allo stato solo futuribile (sentenza n. 80 del 2011) – la conformità del sistema interno alle “norme” CEDU è stata ulteriormente assicurata “scardinando” un intero istituto processuale, la revisione, e, al suo fondo, il dogma dell’intangibilità del

¹⁷ Cfr., pur da diversa angolatura, S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 101 ss.

¹⁸ Ne offre una ricca ed istruttiva sistematizzazione, ora, G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, (numero unico), 71 ss.

¹⁹ Salva la compatibilità con la Costituzione. Anche se in ragione della fonte in rilievo sarà diversa l’intensità del vincolo ermeneutico, sino ad una sorta di parificazione sul piano interpretativo tra le diverse Carte internazionali dei diritti e la stessa Costituzione: si veda al riguardo, A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., § 5, richiamando Corte cost. n. 388 del 1999, ove si rilevava già che la Carta costituzionale e le Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell’interpretazione”, e ricavando (anche) da tale pronuncia - “illuminata (quanto però non linearmente svolta)” – la conseguenza, tra l’altro, “che nessuna graduatoria può farsi tra Carte che tutte danno *riconoscimento* a diritti fondamentali (...)”.

²⁰ Così, in particolare, la sentenza n. 170 del 1984, con un *refrain* che peraltro riecheggia ancora in molte decisioni della Corte; sul superamento dell’impostazione dualistica, si veda già, ad esempio, I. NICOTRA, *Norma comunitaria come parametro di costituzionalità tra monismo e dualismo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 231 ss.; R. CALVANO, *La Corte costituzionale “fa i conti” per la prima volta con il nuovo art. 117 co. 1° Cost. Una svolta o una svolta monista nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni comunitarie?*, in *Giur. cost.*, 2005, 4436 ss.

giudicato²¹ (sentenza n. 113 del 2011),²² con ricadute che sembrano attingere alla stessa forma politica, comportando una ulteriore progressione nella “giurisdizionalizzazione” dello Stato di diritto.²³

Da diversa angolatura, si tratta di un’attività tanto cospicua che – unitamente ad altri fattori – sta radicalmente trasformando il ruolo del tribunale costituzionale (non solo) italiano, come qualcuno già da tempo segnala: di fronte ad uno Stato ormai *parte fra le parti*,²⁴ esso appare sempre più “Corte delle competenze” (e “dei conflitti”²⁵), e sempre meno “Corte dei diritti” (o “giurisdizione costituzionale delle libertà”²⁶), visto che il compito di tutela dei diritti fondamentali, un tempo devoluto in modo esclusivo

²¹ Del resto, aver rimesso in discussione il dogma dell’intangibilità del giudicato non è certo questione che muove sul solo piano del diritto processuale (né sul piano degli effetti delle sentenze della Corte EDU nei singoli ordinamenti, da sempre divisi tra rimedio risarcitorio e – ove possibile – rimedio restitutorio/*restitutio in integrum*), ma sul piano della sovranità *tout court*: se un atto di un dato ordinamento (nella specie, la sentenza di una Corte europea) è capace di porre nel nulla il giudicato reso in un diverso ordinamento (quello nazionale), ciò significa, in un quadro rigorosamente monistico, che in realtà vi è un solo ordinamento (quello europeo, di cui quello nazionale è una frazione), ovvero, in un quadro dualistico, che un ordinamento (quello europeo) è in posizione di supremazia sull’altro (quello nazionale). Insomma, “La sostanza varia di poco: il giudicato formato in un singolo ordinamento appare, a questa stregua, un giudicato con efficacia meramente interna, che può sempre essere rimosso da un giudicato europeo” (P. BIAVATI, *L’efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in AA.VV., *Diritto processuale costituzionale*, a cura di L. Mezzetti-E. Ferrer Mac-Gregor, Padova, 2010, 55 ss., 62 ss.).

²² Con la già celebre sentenza n. 113 del 2011, come noto, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo – per violazione dell’art. 46, par. 1, della Convenzione EDU e, per esso, dell’art. 117, primo comma, Cost. – l’art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo ove ciò sia necessario, ai sensi del citato art. 46, par. 1, della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva di condanna della Corte EDU. Per l’ordinamento italiano si tratta di una “svolta epocale”, amplificata dal fatto che il “nuovo” caso di revisione non è stato circoscritto alla necessità di conformarsi alle condanne in sede europea che abbiano accertato la sola violazione del *fair process*, ai sensi dell’art. 6 CEDU, ma appare esteso ad abbracciare anche le condanne aventi ad oggetto violazioni di norme “sostanziali” della CEDU.

Sulla decisione, si vedano i commenti di G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in AIC (Rivista telematica), 2011, 2; R. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, *ivi*, 7 ss.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, *ivi*, 12 ss.; F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794 ss.; P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale dopo la sentenza Dorigo*, in *Giustizia insieme*, 2012, in corso di pubblicazione; M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, 3308 ss.

²³ Si veda, pur muovendo dall’indagine di altri settori, B. ZANGHL, *Die internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit*, Frankfurt-New York, 2006, 23 ss.

²⁴ Ancora N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità*, cit., 107 ss., 110, scrutando, in particolare, i fenomeni del diritto europeo e del federalismo.

²⁵ Si veda, ora, AA.VV., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Roma, 11 luglio 2011, Atti in corso di pubblicazione per i tipi di Jovene.

²⁶ Secondo la celebre definizione di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, 1995.

all'organo di giustizia costituzionale, appare ormai oggetto di "un'ardua competizione con le Corti europee".²⁷

2. *L'erompere dell'interpretazione conforme.*

In un simile scenario, l'interpretazione è la sede dove più visibilmente la complessità delle fonti riverbera i suoi effetti, proiettandola in una dimensione di rinnovata ed accresciuta centralità, che amplifica ed esalta – lo si è accennato – la dimensione giudiziale del diritto:²⁸ sollecitando accostamenti più o meno recenti, ora con il diritto romano – un diritto per eccellenza giurisprudenziale e casistico²⁹ –, ora con l'ordine giuridico medievale – con i richiami a categorie antiche così centrali in quelle esperienze, e pur così attuali, come l'*interpretatio* e l'*aequitas*³⁰ –, ora con l'epoca del "disgelo costituzionale", e con il passaggio dall'"età della legge" – come è stato scritto – all'"età dell'interpretazione della legge".³¹

In effetti, lo strumentario metodologico dell'interprete ha dovuto ampliarsi (oltre l'interpretazione storica, letterale, "intenzionista" o obiettiva, sistematica, teleologica, orientata alle conseguenze, alla Costituzione, alla sua lettura "originalista" o "evolutiva", etc.), i suoi punti di fuga si sono allontanati e le sue linee di sviluppo – similmente all'architettura delle cattedrali gotiche – sono divenute più verticali, come del resto è agevole verificare nelle motivazioni delle decisioni, che sono il riflesso della concezione del diritto che ha il singolo giudice, ma al contempo "specchio dei tempi".

Si parla ormai comunemente – e quotidianamente anche nelle aule giudiziarie – di "interpretazione conforme" alle norme sovranazionali, soprattutto (ma non solo) al cospetto del diritto UE e della Convenzione EDU, e si richiamano così percorsi dell'"interpretazione adeguatrice" che hanno nuovi *contesti* e nuovi *presupposti*, e volta

²⁷ E di "(...) una pur parziale (ma significativa) spartizione" con le stesse: al riguardo, si veda da ultimo la ricca riflessione di A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org, il quale pur ritiene che "le cose stanno così solo da un certo punto di vista, per un altro verso piuttosto apparendo ulteriormente rimarcato il ruolo dei tribunali suddetti".

²⁸ Cfr., ad es., G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, cit., 1 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, *passim*.

²⁹ Se è così, sembra paradossale che il diritto romano vada scomparendo proprio quando si diffonde nel mondo l'attenzione per il *judge made law*, per lo *stare decisis* (che sempre più si discute come stella polare di una futura certezza del diritto), per l'*ars distinguendi*, per l'analisi delle *rationes decidendi* e degli *obiter dicta*: cfr. S. CASSESE, *L'anatra di Goethe*, in *Index*, 2011, 5: "Il diritto romano (nella sua versione originaria e nella rinascita dovuta all'umanesimo giuridico), per eccellenza maestro nel governo della molteplicità dei diritti, scivola nell'ombra nel momento in cui, in Europa e nel mondo, si sviluppano diritti "multi-strato", composti, plurali (basti pensare allo *ius commune Europaeum*)".

³⁰ Mi limito ad alcuni, fondamentali, richiami: P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, *passim*; ID., *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, cit.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 19 s.; nella letteratura penalistica, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., 84 ss., 88 ss., 98 ss.; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808 ss. (ma tra i molti scritti si veda anche, ora, ID., *Il problema del metodo penalistico*, cit., 43 ss., 49 ss.; e ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, sempre in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., *passim*).

³¹ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 181 ss., 183.

a volta *limiti* peculiari:³² questi ultimi, soprattutto, fronteggiano e rispecchiano le specificità della materia penale, affiancando ai problemi tradizionali (ancora vivissimi),³³ nuove sfide per una ermeneutica necessariamente strutturata in senso *prescrittivo*.³⁴

Le questioni interpretative che periclitano tra norma interna e norma sovranazionale, peraltro, sono (quasi sempre) “casi difficili”, anche solo per il fatto che il giudice – nella “premessa maggiore” in cui sussumere il caso concreto – deve ricavare da due (o più) *disposizioni* una *norma*, articolando possibilità combinatorie che presuppongono la soluzione delle citate antinomie:³⁵ se, dunque, nella normalità dei casi le conclusioni del sillogismo giudiziale possono anche apparire – come si è rilevato – “scontate nell’*an* e spesso anche abbastanza prevedibili nel *quantum (...)*”,³⁶ nei casi qui in rilievo la decisione diventa strutturalmente diversa, e più articolata, poiché il modello non è quello del “*Normalfall*” e nemmeno quello del *casus novus*, ma piuttosto della “legge” in tutto in parte “nuova”, oggetto di *inventio* prima che di “sussunzione”.³⁷

D'altronde, come pure si accennerà, l'interpretazione conforme è solo la faccia di un prisma di opzioni molto più composito e poliedrico, perché a seconda della fonte in rilievo, della sua vincolatività e della tipologia di intersezione con la norma penale

³² Sulla multiformità dei percorsi dell'interpretazione conforme, e sulle differenze con l'interpretazione orientata a Costituzione, si vedano le acute pagine di [P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale, in questa Rivista*](#), 9 luglio 2012, §§ 2 e 3; ID., “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale, relazione al convegno su “L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele” (corso di formazione del CSM), Agrigento, 17-18 settembre 2010, 9 ss. del dattiloscritto; più diffusamente, F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Roma, 2011, 135 ss., 161 ss.; con più immediata attenzione alla prospettiva penalistica, G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in M. D'AMICO-B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 139 ss.

³³ Da ultimi, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006; e M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Torino, 2011.

³⁴ Cfr. ora M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 63 ss.

³⁵ Da questa angolatura – come è stato rilevato – appaiono sfumare i confini che normalmente separano la selezione della disposizione da applicare e l'individuazione della norma mediante gli ordinari criteri ermeneutici (cfr., con riferimento al diritto dell'Unione, R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 363 ss., § 7; su questi ed altri “problemi oggettivi” dell'interpretazione in generale, ed anzitutto sulla necessità di “ricercare, individuare e scegliere gli enunciati che interessano per la qualificazione di una fattispecie concreta”, si rinvia all'ampia trattazione di F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^a ed., Padova, 2012, 134 ss., e, con riferimento al “disordine normativo” dovuto al pluralismo delle fonti, 140 ss.).

³⁶ Il rilievo è di M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 72 ss., 73, secondo il quale, nella quotidianità, non può certo valere la metafora che vede nell'interpretazione “un picnic dove l'autore del testo porta le parole, e l'interprete porta il senso da conferire ad esse” (l'immagine è di T. TODOROV, *Viaggio nella critica americana. “Lettera”*, IV, 12, 1987, ed è ripresa attraverso U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1999, 34), perché, nella normalità dell'attività giudiziaria, “(...) il giudice applica senza re-interpretare la regola astratta e concretizzata su tipologie di precedenti già ordinati in rassegne interpretative, recependo un'interpretazione consolidata”.

³⁷ Cfr. anche, con riferimento all'interpretazione “convenzionalmente orientata”, P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale*, cit., 8 del dattiloscritto.

interna, l'organo giudicante può essere tenuto a disapplicare la norma domestica, o a sollevare questione di legittimità costituzionale, non di rado passando attraverso il meccanismo di ausilio interpretativo che – al cospetto del diritto UE – gli consente di rivolgersi alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale.

L'adeguamento interpretativo è dunque l'"opzione base", la più conservativa e (astrattamente) indolore, rispetto ad uno strumentario molto più articolato ed "invasivo": strumentario operativo che – preme sottolineare – non ammette soluzioni generalizzanti, ma impone – volta a volta – di tentare di ricostruire, in un quadro sinottico, le "regole del gioco".

3. Fondamento del canone di interpretazione conforme: alcune premesse.

Volendo tentare di ricostruire un quadro sinottico essenziale, l'*originalità* della metodica non rende forse inutile prendere le mosse – in via di estrema sintesi – dalle sue premesse fondamentali.

Come si sa, il presupposto dell'interpretazione conforme è comune ad ogni esperimento di interpretazione adeguatrice,³⁸ e può identificarsi, in linea generale, in una *antinomia* (in senso atecnico),³⁹ ossia in una asimmetria tra diritto interno e diritto sovranazionale (che dunque non è stato attuato, o è stato solo *parzialmente* o *difformemente* attuato), che deve essere risolta per ridurre la diastasi tra i diversi livelli dell'ordinamento, con effetti indiretti di armonizzazione tra gli Stati vincolati dalla fonte esterna: qualitativamente diversa dai "tradizionali" metodi di soluzione delle antinomie "interne" o intraordinamentali (*lex posterior*, *lex superior*, *lex specialis*), l'interpretazione conforme è dunque anche, ad un tempo, tecnica di integrazione e di sviluppo (*Rechtsfortbildung*) del sistema normativo "europeo" (*lato sensu* inteso), e parallelamente – non solo nella prospettiva della Convenzione EDU – fattore di irradiazione dei diritti fondamentali nei diversi Stati membri.

3.1. La dimensione progressivamente grandangolare del vincolo interpretativo alle fonti "sovrastatali".

Sul fronte del diritto comunitario – anche questo è noto – l'interpretazione conforme (*principle of consistent interpretation/Unionsrechtskonforme Auslegung*) ha come retroterra i principi di "leale collaborazione" e "fedeltà comunitaria", e si sviluppa come strumento tipico di risoluzione del conflitto (o di "elusione del

³⁸ Sui tratti distintivi che separano la metodica dell'interpretazione conforme a Costituzione e quella dell'interpretazione conforme a fonti sovranazionali (con peculiare riferimento alla CEDU), si veda ancora [P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.*](#), cit., 8 del dattiloscritto.

³⁹ Cfr., al riguardo, le puntualizzazioni di G. ITZCOVITCH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., 40 ss.

conflitto"/*Konfliktvermeidung*) tra norma comunitaria e norma interna,⁴⁰ dimostrando peraltro spiccati profili di ambiguità sin da quando tale potere/dovere viene ricostruito ora quale proiezione in capo al giudice degli *effetti diretti cc.dd. verticali* delle direttive inattuate,⁴¹ ora – secondo la posizione verosimilmente più ricevuta – quale manifestazione degli *effetti indiretti* che pure discenderebbero da taluni atti (comunitari, e adesso) “eurounitari”.⁴²

Nonostante le ambiguità, il canone dell’interpretazione conforme ha avuto una estensione progressiva e grandangolare, essendo stato affermato prima nei confronti della normativa nazionale traspositiva di atti privi di diretta applicabilità,⁴³ poi esteso alle direttive non attuate,⁴⁴ oltre che alle raccomandazioni⁴⁵ e agli stessi regolamenti,⁴⁶ coinvolgendo via via non solo la normativa di attuazione ma “tutto il diritto nazionale”; diritto che il giudice domestico deve considerare nella sua interezza e valutare in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la fonte comunitaria.⁴⁷

Su questa traccia, il lungo cammino giurisprudenziale ha finito per abbracciare – come è ben noto ai penalisti – le stesse “decisioni quadro”, con la celebre decisione

⁴⁰ Più in particolare, alla base del potere/dovere di interpretazione conforme – maturato appunto sui principi di *fidélité communautaire* o *coopération loyale* – starebbe l’assunzione in base alla quale l’obbligo, in capo agli Stati, di “conseguire il risultato voluto da una direttiva, non si esaurisce con la trasposizione formale di questa nell’ordinamento nazionale da parte degli organi normativi, ma si impone anche agli altri organi dello stato, i quali sono perciò tenuti a garantire, nell’ambito della loro competenza, l’applicazione effettiva della direttiva”: tra questi, in particolare, gli organi giudiziari, e il singolo giudice, che deve utilizzare l’intero spazio valutativo concesso (“margine discrezionale”) in favore del diritto comunitario, in modo da garantire comunque il risultato perseguito dall’atto normativo sovranazionale (in questi termini, sostanzialmente, la nota sentenza CGCE, 10 aprile 1984, C-14/83, *Von Colson e Kalmman*, punti 26 ss.; più di recente, un’ampia ricostruzione sul punto è offerta da CGCE, 5 ottobre 2004, procedimenti riuniti C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer*, in pt. punti 113 ss.).

⁴¹ Cfr., ad es., G. CONTALDI, voce *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2124 ss., 2129: “Più dettagliatamente, anche il giudice nazionale viene considerato alla stregua di un organo dello Stato ed è pertanto destinatario, nell’esercizio delle proprie funzioni, di effetti diretti verticali; conseguentemente egli è tenuto ad interpretare il diritto nazionale alla luce del diritto comunitario complessivamente considerato, incluse le previsioni contenute in una direttiva, ancorché non recepita”.

⁴² Così, in sostanza, C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 241 ss., seppur con ulteriori distinzioni; così pure nella letteratura inglese, dove il principio di interpretazione conforme viene a volte tradotto come *principle of consistent interpretation*, altre volte come *principle of indirect effect*: cfr., al riguardo, K. SAWYER, *The Principle of ‘interpretation conforme’: How Far Can or Should National Courts Go when Interpreting National Legislation Consistently with European Community Law?*, in *Statute Law Review* (2007) 28 (3), 165 ss; G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, 397 ss.

⁴³ Il *leading case*, al riguardo, è offerto dalla già citata pronuncia CGCE, 10 aprile 1984, C-14/83, cit., *Von Colson e Kalmann*; con riferimento alla normativa di attuazione di una direttiva *self executing*, e dunque (astrattamente) suscettibile di produrre effetti diretti, cfr. CGCE, 5 ottobre 2004, procedimenti riuniti C-397/01 e C-403/01, *Pfeiffer*, cit., in pt. punti 106 ss.

⁴⁴ A partire da GCCE, 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*.

⁴⁵ Cfr. CGCE, 13 dicembre 1989, C-322/88, *Grimaldi*.

⁴⁶ Cfr. CGCE, 7 gennaio 2004, C-60/02, X.

⁴⁷ Cfr. ancora CGCE, 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*, cit., punto 115.

della Corte di giustizia nel caso *Pupino*:⁴⁸ una decisione che – venuta meno la divisione dell’UE in “pilastri” – non ha solo un significato storico, perché, come si vedrà, si ribadirono precisi limiti in materia penale e precipue garanzie, valevoli tanto al cospetto della normativa UE inattuata, quanto al cospetto delle ipotesi di non corretta (o non completa) trasposizione.

Anche sul fronte del diritto internazionale, in linea di principio, può dirsi acquisito il vincolo interpretativo che le diverse fonti impongono al giudice, chiamandolo a ridurre la diastasi con il diritto interno operando tutte le possibili torsioni “empatiche rispetto all’obbligo sovranazionale” (*völkerrechtsfreundlich*): un vincolo recentemente ancorato all’art. 117, co. 1°, Cost.,⁴⁹ e che, nel sistema della Convenzione EDU, chiama in causa direttamente le decisioni della Corte europea, a fronte dell’art. 46, par. 1, CEDU, che impegna gli Stati a “conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”, e, più in generale, ad osservare la Convenzione secondo la ricostruzione che ne offre la relativa giurisprudenza.

Dunque, la vincolatività ermeneutica per il giudice domestico rappresenta un punto di approdo minimo, quando non si riconosca alla fonte in rilievo – ove sia impossibile l’adeguamento interpretativo della norma interna da parte del giudice ordinario – anche la capacità di fomentare la *disapplicazione diffusa* della norma domestica (con effetto di “neutralizzazione” riconosciuto al solo diritto UE), ovvero di operare come *parametro interposto di legittimità*: come è appunto, secondo la Corte costituzionale, nel caso del diritto UE sfornito di effetti diretti,⁵⁰ ma anche nel caso della Convenzione e della giurisprudenza EDU, alla luce di quell’orientamento ormai consolidato che – a partire dalle “sentenze gemelle” – ha costantemente negato la diretta applicabilità della CEDU ma ne ha al contempo sancito, anzitutto, la vincolatività per l’interprete, ed in secondo luogo la valenza di parametro di legittimità

⁴⁸ Muovendo, in particolare, dal carattere vincolante dell’atto quanto al risultato, analogo a quello della direttiva, e così realizzandone una parziale parificazione: CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, in *Cass. pen.* 2005, 3167 ss. (massima), con nota di V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale* (ivi, 2006, pp. 1150 ss.) e di E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell’Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso “Pupino” in materia di incidente probatorio* (ivi, pp. 1174 ss.); in *Foro it.*, 2006, 595 ss., con nota di G. ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell’Unione europea*; in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2005, 1988 ss., con nota di A. FAVALE, *Possibile efficacia diretta delle decisioni-quadro nell’ambito della politica di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*; sulla decisione, cfr. anche M. MARCHEGANI, *L’obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 563 ss.; K. GÄRDITZ-C. GUSY, *Zur Wirkung europäischer Rahmenbeschlüsse im innerstaatlichen Recht*, in *GA*, 2006, 225 (ed ampia bibliografia richiamata in nota 1); inoltre, per un più ampio inquadramento sulle possibili ricadute della sentenza *Pupino* nell’ordinamento interno, si veda AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi-V. Manes, Bononia University Press, Bologna, 2007.

⁴⁹ L’obbligo di interpretazione conforme agli obblighi internazionali, derivanti da fonti non contemplate dagli artt. 10 e 11 Cost. è espressamente ricondotto all’art. 117, co. 1°, Cost., ad esempio, nelle pronunce nn. 348 e 349 del 2007.

⁵⁰ Sentenza n. 28 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss., con nota di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*; in *RIDPP*, 2011, 1134 ss., con ricca nota di A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*.

costituzionale, salvo il limite in cui l'esito ermeneutico convenzionalmente orientato e/o il parametro interposto non contrasti con altro principio costituzionale.⁵¹

3.2. Interpretazione conforme e ulteriori paradigmi di interazione tra fonti: la difficile apposizione di termini.

In ogni caso, ed ancora in via preliminare, specie sul fronte del diritto UE non è superfluo sottolineare che diversi casi di interpretazione conforme sono in realtà solo apparentemente riconducibili a tale metodica, perché alcuni potrebbero essere inquadrati (e risolti) alla luce degli ordinari criteri ermeneutici, mentre altri dovrebbero essere meglio ricostruiti alla luce dei differenti paradigmi di interazione tra fonti e dei relativi meccanismi risolutivi (diretta applicabilità/disapplicazione, questione di legittimità costituzionale).

Solo un esempio: se per la ricostruzione di un elemento normativo di fattispecie il rinvio implicito è ad una normativa tecnica di settore, dominata da una fonte comunitaria direttamente applicabile – segnatamente, un *regolamento*, quale “atto (...) riconosciuto nell'ordinamento interno come avente forza e valore di legge”⁵² – è ben possibile che l'“interpretazione” del tipo penale debba far leva su quella normativa, ma tale ipotesi – a nostro avviso – più che porre un problema di “interpretazione comunitariamente conforme” sembrerebbe porre un diverso problema di integrazione della disciplina domestica da parte della norma sovraordinata (e *self-executing*).⁵³

Ciò, almeno sino a quando la fonte comunitaria implicitamente richiamata non entri in collisione con una fonte interna, traspositiva o meno di quell'obbligo, generando l'antinomia e riaprendo il dilemma tra interpretazione conforme, da un lato, e disapplicazione o questione di legittimità costituzionale dall'altro: un dilemma che muta a seconda dell'atto UE in rilievo (ad esempio, regolamento o direttiva, decisione quadro), a seconda della sua incidenza sulla fattispecie interna (rinvio esplicito o elemento normativo, con valenza integrativa o meno del senso del divieto)⁵⁴ ma che su

⁵¹ Sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, n. 39 del 2008, n. 311 e n. 317 del 2009, n. 80 del 2011.

⁵² Cfr. Corte cost. n. 170 del 1984 (c.d. sentenza Granital).

⁵³ Si può concretizzare l'esempio – sulla scia di una delle voci dottrinali più attente a questi temi (A. Bernardi) – partendo da un settore a forte “tasso di europeizzazione”, ossia il diritto penale alimentare. L'art. 440 c.p., “Adulterazione o contraffazione di sostanze alimentari” (ma un discorso analogo si può fare per molte fattispecie seguenti), sin dalla tipizzazione delle modalità della condotta, risulta costruito su elementi normativi e rinvii impliciti: “corrompe” e “adultera” sono condotte che aprono ad una valutazione normativa, sulla quale incidono i limiti all'utilizzo di talune sostanze, additivi etc. fissati dai rispettivi *regolamenti* comunitari. Orbene, il regolamento è – in linea generale, e per espressa definizione del Trattato – un atto direttamente applicabile (*self executing*), che non necessita di misure nazionali di attuazione e che, anzi, non tollera atti di “nazionalizzazione” anche solo confermativi del regolamento (per tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4^a ed., Padova, 2005, 160 ss.): dunque, la ricostruzione del significato dell'elemento normativo dovrà passare direttamente ed esclusivamente attraverso il diaframma di quell'atto, senza autentica antinomia.

⁵⁴ Pur non potendo qui indugiare sul punto, un caso del tutto peculiare e dunque degno di autonoma considerazione – “il vero problema”, secondo C. Sotis, su cui peraltro possono convergere i diversi schemi di intersezione tra diritto comunitario e diritto interno, ossia interpretazione conforme, disapplicazione e

ogni versante appare fortemente condizionato, come si accennerà, dalle specificità della materia penale.⁵⁵

La giurisprudenza degli ultimi anni, da questa prospettiva, ha fatto emergere casi davvero complessi: dove, cioè, la fonte “autoapplicativa” non si limiti a “riempire” *sic et simpliciter* un elemento (normativo) di fattispecie, ma appunto collida con una normativa interna, o magari intervenga a definire (non solo un elemento di fattispecie bensì un) precetto richiamato da una fattispecie penale “in bianco”, sostituendo una normativa di rinvio prima definita dalla disposizione domestica in termini (penalmente) più favorevoli; o dove l’obbligo imposto dalla fonte comunitaria sia (o appaia) solo parziale, o viceversa sia più generale rispetto a sotto-ipotesi speciali (ce lo ricordano le tormentate vicende del concetto di “rifiuto”),⁵⁶ ovvero ancora dove una fonte UE indubbiamente *self executing*, come un regolamento, entri in conflitto con alcune disposizioni nazionali di deroga o di limitazione del precetto penale “riempito” dalla disciplina attuativa del regolamento stesso.⁵⁷

rimessione alla Corte delle leggi – è quello del rinvio ad una fonte UE *self executing* che intervenga in chiave di “specificazione tecnica”, perché tale ipotesi non sarebbe “traumatica” al cospetto del principio di riserva di legge (art. 25, co. 2° Cost.) pur a fronte di ricadute espansive sulla fattispecie penale, essendo pacificamente ammessa – per ammissione della stessa Corte costituzionale – anche sul fronte dell’eterointegrazione offerta da fonti subordinate, e fatti salvi i principi e le garanzie che presiedono alle modifiche mediate della fattispecie penale: al riguardo, ampiamente, C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 214 ss., peraltro con significative precisazioni rispetto alla posizione appena sintetizzata, fatta propria dalla dottrina dominante (ad es., G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, 288 ss.; su quella traccia, R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005, 63 ss., 75 ss., 79), e declinando la questione dell’ammissibilità dell’eterointegrazione “comunitaria” sulla distinzione norme integratrici/norme non integratrici del precetto penale, per concludere che – nel caso di rinvio che integra il senso del divieto – nessuna operatività deve essere concessa alla norma comunitaria qualora gli effetti siano *in malam partem* [pp. 220 s.; ma al riguardo cfr. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, cit., 63 ss., 75 ss., 82 ss., ulteriormente distinguendo tra fonte comunitaria richiamata in sede di *rinvio esplicito* e richiamo implicito mediante *elemento normativo* ovvero mediante lo schema della norma penale in bianco, e differenziando anche a seconda della tipologia di fonte richiamata (direttiva *vs* regolamento) oltre che sul tipo di contributo – “specificazione tecnica”, o meno – apportato alla fattispecie incriminatrice].

⁵⁵ Del resto, anche nel caso in cui la fonte *self executing* che – in ipotesi – contribuisce a definire l’elemento normativo si sostituisca ad una “norma” più favorevole precedentemente utilizzata per conferire significato all’elemento stesso dovrebbero aprirsi ampi spazi per la valorizzazione delle istanze di colpevolezza *ex art. 5 c.p.* (o, alla volta, dell’art. 47/3 c.p., senza appagarsi degli automatismi nichilistici cari alla “teoria dell’incorporazione”).

⁵⁶ Al riguardo, tra gli altri, M. VAGLIASINDI, *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *RTDPE*, 2005, 959 ss., e 2006, 157 ss.

⁵⁷ Si pensi, ad esempio, al caso – indubbiamente complesso – della normativa in materia di divieto di pesca del novellame, dove la Cassazione, ravvisato un contrasto tra regolamento comunitario e (precedente) legislazione interna, ha ritenuto di disapplicare il limite di tolleranza sancito dalla legge nazionale con effetti *in malam partem* [[Cass., sez. III, 19 gennaio 2011 \(dep. 23 febbraio 2011\), ric. Trinca](#), in questa *Rivista*, con nota di A. COLELLA].

In particolare, la norma interna sanziona come contravvenzione [artt. 15, co. 1, lett. c) e 24, co. 1, della l. n. 963 del 1965] chi pesca, detiene, trasporta e commercia il novellame di qualunque specie marina senza la preventiva autorizzazione del Ministero delle politiche agricole e forestali; senonché, ai sensi degli artt. 86-91 del D.P.R. n. 1639 del 1968 non sarebbero soggetti alla sanzione prevista dall’art. 24, co. 1, della l. n. 963 del 1965 la pesca, la detenzione, il trasporto e la commercializzazione di esemplari “sotto misura”,

Se qui non è certo possibile analizzare le diverse, infinite ipotesi combinatorie,⁵⁸ ciò che preme sottolineare è che le stesse saranno da esaminare volta per volta alla luce dei differenti paradigmi ricostruttivi (*primaute*/disapplicazione; questione di legittimità costituzionale e relative conseguenze) e dei principi che li presiedono (controlimiti/divieto di disapplicazione con effetti *in malam partem*), distinguendoli dunque dall'ambito di gioco dell'interpretazione conforme, che non può essere assunta come concetto-ripostiglio dove accumulare tutti i problemi di intersezione tra diritto interno e norma comunitaria, essendo tecnica residuale e sussidiaria rispetto a taluni schemi (la disapplicazione), ma preliminare e prioritaria rispetto ad altri (la questione di legittimità costituzionale).⁵⁹

Certo le distinzioni non saranno sempre facili, ma i casi di "autentica" interpretazione conforme non saranno comunque infrequenti né periferici: se, per quanto concerne il diritto UE, le criticità concernenti l'interpretazione conforme in materia penale si sono registrate soprattutto al cospetto delle direttive e decisioni-quadro varate nell'assetto istituzionale precedente al Trattato di Lisbona,⁶⁰ esse

qualora questi ultimi siano presenti in percentuale non superiore al 10% del totale del pescato; e proprio tale soglia di tolleranza è stata ritenuta in contrasto con quanto stabilito dal regolamento CE n. 51/2006, conducendo la Cassazione a disapplicare la norma nazionale (l'art. 91 del D.P.R. 1639 del 1968, cit.) con conseguente condanna dell'imputato per il reato ascritto.

Senza poter qui esaminare *funditus* la questione (e rinviando per approfondimenti al ricco commento di C. SOTIS - M. BOSI, [Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem"](#), in questa *Rivista*, anche per l'originale prospettazione avanzata, che riflette la posizione di uno degli Autori già affermata con riguardo alle eterointegrazioni tecniche di fonte comunitaria: C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., in ptc. 214 ss., 222: cfr. anche *retro*, nota 54) a nostro avviso il peculiare contrasto – ove realmente sussistente (ne dubita, ad esempio, C. PAONESSA, *La disciplina penale del novellame incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare principi costituzionali aventi rilevanza anche nella CEDU*, in *Dir. e giust.*, quotidiano del 1 agosto 2009) – avrebbe dovuto semmai condurre alla proposizione della questione di legittimità costituzionale della norma interna (analogamente, C. PAONESSA, op. cit.), nei termini esplicitati dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 28 del 2010 sulle ceneri di pirite [*retro*, nt. 50; peraltro, la soluzione della disapplicazione è seguita anche da Cass., 3 luglio 2007, n. 39345, Baldini, e 19 marzo 2009, n. 17847, Puglisi; *contra*, tuttavia, sez. III, 17 gennaio 2006, n. 7820, Boscolo, facendo leva sul principio di offensività, e ritenendo che il legislatore italiano avrebbe "legittimamente ritagliato una area di non punibilità per una condotta non lesiva del bene protetto dal momento che il ripopolamento marino non può essere compromesso dalla cattura di esigue quantità di novellame (rischio, tra l'altro, insito nella attività di pesca)"; sul tema, cfr. L. ROMANO, sub *Art. 1*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 55 ss.].

⁵⁸ Una vastissima galleria di ipotesi, volta a volte inquadrate e sistematizzate secondo i diversi paradigmi delle antinomie, è offerta da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., *passim*.

⁵⁹ In questo senso anche F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss., 619; diversa, tuttavia, l'impostazione di G. SALCUNI, *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *Arch. pen.*, 2011, 445 ss., secondo il quale "(...) anche la disapplicazione e il giudizio di costituzionalità sono momenti diversi del processo interpretativo, una sorta di interpretazione in senso lato (...)", posto che "mentre l'interpretazione si esaurisce, di solito, nel percepire e attribuire il significato ad una disposizione ricavando così il contenuto precettivo della norma, con la disapplicazione o il giudizio di costituzionalità si interpreta l'intero ordinamento per renderlo conforme al diritto dell'Unione".

⁶⁰ Se ne trova conferma negli interventi pregiudiziali della Corte di giustizia: con riferimento alle direttive, a partire da GCCE, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*, per continuare con CGCE 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro* (dove peraltro l'interrogativo della Pretura circondariale di Vicenza periclitava tra diretta

verosimilmente trasmigreranno sulle “nuove” direttive di armonizzazione penale di cui all’art. 83 TFUE, nei casi di mancata o solo parziale trasposizione.

Inoltre, analoghi profili problematici possono e potranno interessare – sul fronte “convenzionale” – le disposizioni della CEDU e le relative concretizzazioni giurisprudenziali, e coinvolgere le ulteriori fonti del panorama post-nazionale prive di diretta applicabilità: le sperimentazioni interpretative coltivate sul fronte della Convenzione OCSE relativa alla corruzione internazionale ci offrono, del resto, la testimonianza più vivace e tangibile.⁶¹

4. I limiti dell’interpretazione conforme in materia penale.

Al di là delle apposizioni di termini, che – lo si sottolinea ancora – risultano spesso non agevoli di fronte alle multiformi possibilità combinatorie aperte dalle diverse intersezioni con le fonti sovranazionali, altrettanto complesso – e forse ancora più discusso – si dimostra il problema dei *limiti* che “costringono” i percorsi dell’interpretazione conforme *in materia penale*, e che in base ad una distinzione che appare ormai ricevuta,⁶² possono dividersi in limiti *logici* (o *ontologici*) e limiti *assiologici*, riflettendo peraltro alcune “costanti” della metodica qui oggetto di approfondimento.

4.1. Il limite “logico” come primo argine a forme di “normazione mascherata”.

Anzitutto vi è un limite “logico” che impone il rispetto dell’univoco tenore letterale o lessicale della disposizione, vietando esiti ermeneutici *contra legem* (ossia tali da stravolgere il dettato normativo⁶³), e che rappresenta un denominatore comune ad

applicabilità e interpretazione conforme); CGCE 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, X; per quanto concerne le decisioni quadro, per tutte, CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*.

⁶¹ Proprio sulla Convenzione OCSE aveva fatto leva l’argomentazione volta ad estendere le sanzioni interdittive per l’ente in caso di corruzione internazionale, non espressamente previste dal quinto comma dell’art. 25 del d. lgs. n. 231 del 2001: il Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del riesame (con ordinanza del 19 gennaio 2010, in www.rivista231.it), facendo corretta applicazione del divieto di interpretazione conforme con effetti *in malam partem* (e, del pari, del divieto di applicabilità diretta della convenzione in rilievo: *infra*, § 4.2.1), aveva escluso la possibilità di applicazione di tali sanzioni all’ente nell’ipotesi di specie, anche se poi la Cassazione ha ritenuto l’estensione percorribile alla luce di una “interpretazione sistematica” (*Cass., sez. VI, 30 settembre-1 dicembre 2010, n. 42701, Pres. De Roberto, Rel. Fidelbo*, in questa *Rivista*, ove anche la nota critica di P. CHIARAVIGLIO, [La responsabilità dell’ente per corruzione internazionale e l’applicabilità \(anche in sede cautelare\) delle sanzioni interdittive](#); sul punto, ora, cfr. anche F. CENTONZE, *La corruzione internazionale: profili di responsabilità delle persone fisiche e degli enti*, in corso di pubblicazione).

⁶² Cfr., ad es., F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme*, cit., 617 ss., 649 ss.

⁶³ Il limite opererebbe anche – come pure è stato sostenuto – ove l’esito ermeneutico sia tale da generare “un contrasto con l’ordinamento nel suo complesso”: così, con ulteriori precisazioni, A. NISCO, *Persona giuridica vittima di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario* (nota a CGCE, 28 giugno 2007, C-467/05, Giovanni Dell’Orto), in *Cass. pen.*, 2008, 784, 787 ss..

ogni forma di interpretazione “adeguatrice”:⁶⁴ un limite ormai acquisito sul fronte del diritto UE,⁶⁵ e sottolineato con chiarezza – almeno formalmente – dalla stessa Corte di giustizia,⁶⁶ così come dalla Corte costituzionale,⁶⁷ che lo ha ribadito pure al cospetto della Convenzione EDU,⁶⁸ precisando che su entrambi i fronti l’incoercibilità ermeneutica di un dato testuale inequivoco vale anche per una interpretazione che si sia ormai sclerotizzata nel “diritto vivente”.⁶⁹

Se dunque l’esegesi conforme non è il letto di Procuste, dove l’interprete possa “seviziare” a piacimento la *littera legis*, nei casi di “resistenza ermeneutica” del testo (o del diritto vivente) la diastasi tra ordinamento interno e sovranazionale - al di là delle ipotesi in cui si possa procedere alla disapplicazione diretta - potrà/dovrà essere ridotta solo, semmai, con un intervento “chirurgico” della Corte costituzionale, non diversamente da quanto accade – o dovrebbe accadere - di fronte a norme “interne” la cui interpretazione costituzionalmente orientata stravolgerebbe il dettato normativo: viceversa, si finirebbe col trasformare l’interpretazione adeguatrice in “normazione mascherata” (o in vera e propria “*Alternativ-Normierung*”) da parte del giudice ordinario,⁷⁰ facendo in realtà applicazione diretta della norma sovranazionale in sede

⁶⁴ E che incarna un limite generale all’attività ermeneutica: cfr., sul punto, F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, cit., 148 ss.

⁶⁵ Si veda, tra le altre, Cass. Pen., sez. VI, 8 maggio-15 maggio 2006, n. 16542, in tema di mandato di arresto europeo e di motivi di rifiuto alla consegna, rilevando espressamente come l’obbligo di interpretazione conforme non possa giustificare una esegesi *contra legem* del diritto nazionale. In dottrina, cfr., ad es., H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2010, Rn. 89, p. 142, sottolineando che, analogamente alle ipotesi di interpretazione costituzionalmente orientata, anche nei casi di *Unionsrechtskonforme Auslegung* “l’esito interpretativo non può oltrepassare il significato letterale (*Wortsinn*) e rovesciare lo scopo legislativo (*gesetzgeberischen Zweck*) connesso all’emanazione della legge”, e sottolineando, altresì, come nella materia penale un tale limite assume un significato ancor più rigoroso in forza del principio di legalità.

⁶⁶ Cfr., con particolare riferimento alle decisioni quadro, ma con valenza più generale, quanto stabilito da CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, cit., punto 47: “L’obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell’interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest’ultimo non può ricevere un’applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (...)” (corsivo nostro).

⁶⁷ Sentenza n. 28 del 2010, § 4 del *Considerato in diritto*, dove si afferma che l’interpretazione conforme non è percorribile quando “contraddice ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata”.

⁶⁸ Sentenza n. 196 del 2010, § 2.2.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ Così infatti, sulla traccia di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007, la sentenza n. 239 del 2009, § 3 del *Considerato in diritto*, rilevando che “solo ove l’adeguamento interpretativo che appaia necessitato, risulti impossibile o l’eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge”; analogamente, sentenze n. 196 del 2010, § 2.2.1 del *Considerato in diritto*, e n. 227 del 2010, § 7.1 del *Considerato in diritto* (sulla quale *infra*, § 4.2.3, in ptc. note 111 e 112, § 5, in ptc. nt. 148).

⁷⁰ È un rischio a più riprese segnalato: si veda, ad es., M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, n. 16 del 2007; su quella traccia, P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., § 6; ed altresì C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 41 ss., 45 ss.. Sotto questo profilo, solo a titolo di esempio, sembra travalicare il limite “logico” imposto al giudice ordinario la recente decisione della Cassazione, sez. III, 20 gennaio 2012, n.

di controllo “diffuso” (con conseguente disapplicazione – in tutto o in parte – della norma interna).

4.2. *Limiti assiologici che fronteggiano le specificità della materia penale.*

Sono tuttavia i *limiti assiologici* quelli che evidenziano ed esaltano ancor più le specificità della materia penale, rispecchiando – anche qui – le esigenze di una ermeneutica necessariamente *prescrittiva*, di modo che la “nuova metodica” risponda ad istanze di giustizia-garanzia, e non si riduca al semplice perseguimento di uno *scopo* o di un *risultato*, e, per questa via, a mero surrogato della politica-criminale.⁷¹

Si apre qui, dunque, la necessaria e fondamentale distinzione tra progetti (ed esiti) interpretativi conformi al diritto sovranazionale che abbiano *ricadute peggiorative* sulla situazione giuridico-penale del singolo o, viceversa, progetti (ed esiti) interpretativi che abbiano *effetti favorevoli* (vale a dire, interpretazioni con effetti *in malam partem* o *in bonam partem*); una distinzione a cui sono sottesi limiti che non configurano solo i confini dell’interpretazione conforme, ma descrivono anche i limiti del potere di disapplicazione in materia penale, e, simmetricamente, il “normale” margine di intervento della Corte costituzionale.

4.2.1. *Il divieto di interpretazioni conformi in malam partem nella posizione della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Cassazione.*

Ad escludere che dalle fonti sovranazionali possano derivare per via interpretativa effetti sfavorevoli, a nostro avviso, dovrebbe essere anzitutto l’impostazione del problema nella prospettiva del riparto di competenze, posto che –

4377, che – facendo leva sul principio enunciato da Corte cost. n. 265 del 2010 – ha ritenuto di poter correggere in via interpretativa la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare prevista, nel caso di specie, per il delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.), superando così – tuttavia – una chiara indicazione legislativa (art. 275 co. 3°, c.p.p.), che – a nostro avviso – avrebbe dovuto essere sottoposta al vaglio del giudice delle leggi (analoghi rilievi critici in S. QUATTROCOLO, [Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione](#), in questa *Rivista*; per una diversa valutazione, tuttavia, cfr. la stimolante nota di P. GAETA, *La Cassazione e la violenza sessuale di gruppo: interpretazione conforme o “eccesso di potere interpretativo”?*, in corso di pubblicazione in *Guida al diritto*, 2012). Tali perplessità, peraltro, hanno trovato la condivisione della Corte costituzionale nella sentenza n. 110 del 2012, la quale – confermando anche in relazione al reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (contraffazione di marchi o altri segni distintivi e importazione o detenzione a fini di commercio di cose recanti segni contraffatti) in linea con le precedenti decisioni n. 265 del 2010, n. 164 del 2011, n. 231 del 2011 e n. 331 del 2011 – ha rilevato tuttavia come “(...) le parziali declaratorie di illegittimità della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate (...)”, precisando espressamente che “(...) la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell’interpretazione conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l’effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”.

⁷¹ Cfr. ancora, con riferimento più ampio al “problema dei limiti dell’interpretazione”, e più in generale alle istanze della “*Strafbegrenzungswissenschaft*”, M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico*, cit., 49 s., 56 ss.

anche sul fronte dell'Unione europea, e dunque dell'organizzazione sovranazionale in linea di principio più "impegnativa" – i singoli Stati membri non hanno accettato alcuna "limitazione di sovranità" (art. 11 Cost.) consistente nella possibilità *diretta ed immediata*, da parte dell'Unione, di fondare o modificare i termini della responsabilità penale degli individui.

Ben oltre questa preoccupazione – peraltro certo non puramente sciovinistica, visto che il principio di legalità (art. 25 co. 2° Cost.) è ancora inteso non solo come "riserva di fonte nazionale in materia penale",⁷² ma anche come fondamentale garante del processo di democrazia discorsiva⁷³ – è soprattutto il problema delle *garanzie individuali* che ha sollecitato la Corte di giustizia a negare recisamente che le fonti "eurounitarie" possano produrre *effetti di incriminazione o di aggravamento* in materia penale, ribadendo a più riprese che anche gli atti che *astrattamente* sarebbero suscettibili, in altro contesto, di produrre *effetti diretti* – e dunque a prescindere dalla loro natura *self-executing* – in realtà, non possono mai essere fatti valere a carico del singolo dinanzi al giudice nazionale, non potendo avere, più in particolare, "l'effetto, di per sé e indipendentemente dalla mediazione della legge nazionale adottata da uno

⁷² "A torto o a ragione, è questione aperta (...): cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario, Corte di giustizia e diritto penale*, in G. GRASSO-R. SICURELLA, *Per un rilancio del progetto europeo*, cit., 665 ss., peraltro non senza accenti critici.

⁷³ Basti qui ricordare le affermazioni del *Bundesverfassungsgericht* nella recente decisione sul Trattato di Lisbona (c.d. *Lissabon-Urteil*), BVerfG, 30.6.2009 (consultabile in www.bverfg.de/entscheidungen; una sintesi si trova in ius17@unibo.it, n. 2/2009, a cura di G. ABBADESSA), dove uno dei nodi argomentativi è costituito da una netta presa di posizione sul principio democratico, con riferimento al quale la Corte tedesca afferma esservi una perdurante lacuna nella legittimazione degli atti giuridici comunitari, che non può essere colmata dal Parlamento europeo – liquidato come organo "non rappresentativo di un popolo sovrano" (nonostante il potenziamento del suo ruolo, e maggior coefficiente di democraticità ravvisato da molti nel Trattato di Lisbona: cfr., ad es., C. CALLIES, *Interview in Neue Juristische Wochenschrift*, n. 30/2009, XIV; cfr. altresì C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 107 ss., 114 ss.) –, bensì solo da una peculiare partecipazione dei parlamenti nazionali, l'unico perimetro o "spazio politico" entro il quale – nel contesto del sistema dei partiti – "l'opinione pubblica si dispiega discorsivamente". Ciò vale anche per quanto concerne "la decisione relativa alle condotte penalmente meritevoli di tutela, al rango dei beni giuridici e al senso e alla misura della pena minacciata", posto che tale decisione è "tanto più in particolare misura correlata al processo decisionale democratico"; ed infatti, "un trasferimento di diritti sovrani alla cooperazione intergovernativa in questo ambito così significativo per i diritti fondamentali può portare ad una armonizzazione solo per determinate circostanze di fatto sulla base di presupposti restrittivi", cosicché, "al riguardo devono fundamentalmente essere mantenuti spazi sostanziali di libertà di azione agli Stati membri" [sulla decisione, nella prospettiva penalistica, cfr. le note di B. SCHÜNEMANN, *Spät kommt ihr, doch ihr kommt: Glosse eines Strafrechtlers zur Lissabon-Entscheidung des BVerfG*; K. AMBOS-P. RACKOW, *Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht*; M. HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*; S. BRAUM, *Europäisches Strafrecht im Focus konfligierender Verfassungsmodelle*, tutti pubblicati in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 8/2009 (www.zis-online.com); inoltre, F. ZIMMERMANN, *Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Jura*, n. 11/2009, 844 ss.; F. SCHORKOPF, *Das Lissabon-Urteil des BVerfG – Die Vefassungsbeschwerde als geschärftes Instrument der Verteidigung?*, in K. AMBOS (Hrsg), *Europäisches Strafrecht nach Lissabon*, cit., 111 ss.; ed altresì C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 277 ss.].

Stato membro, per la sua applicazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni”.⁷⁴

Parallelamente, la Corte costituzionale ha recepito questa fondamentale posizione sottolineando come “l’efficacia diretta di una direttiva è ammessa solo se da essa derivi un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente”, e ribadendo che “gli effetti diretti devono invece ritenersi esclusi se dall’applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale”: principi che sono valsi ad escludere che da una direttiva – quand’anche la sua portata possa essere considerata in altro contesto “auto-applicativa” – possa farsi derivare l’effetto di neutralizzazione e di disapplicazione di una norma interna più favorevole, in piena coerenza, sul fronte interno, con l’adagio consolidato in base al quale “l’ordinamento statale non si apre incondizionatamente alla normazione comunitaria giacché in ogni caso vige il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana”.⁷⁵

Orbene, è proprio muovendo da questa (basilare) assunzione affermatasi sul campo degli effetti diretti – assunzione che incarna la vera *costante* nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale – che la Corte di Lussemburgo ha inteso chiarire *anche* i limiti dell’interpretazione conforme – tanto nei confronti delle direttive⁷⁶ quanto

⁷⁴ A partire dalle già citate CGCE, 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*; CGCE, 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, punti 35-37 (ove si sottolinea, peraltro, che tale limite sussiste del tutto a prescindere dalla natura “incondizionata e sufficientemente precisa” della disposizione della direttiva); inoltre, CGCE, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, punto 23, e CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punto 74.

⁷⁵ Così Corte cost. n. 168 del 1991, la pronuncia con cui la Corte – sulla traccia della nota sentenza *Granital* (sentenza n. 170 del 1984, che concerneva il contrasto con regolamenti comunitari, ritenuti come immediatamente applicabili) e di altre successive pronunce (ad es., la n. 113 del 1985, che ha riconosciuto l’immediata applicabilità anche alle statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia) – ha per la prima volta riconosciuto il potere/dovere di “non applicazione” della norma interna per contrasto con una *direttiva*, ribadendo tuttavia il necessario rispetto dei cc.dd. “controlimiti”.

⁷⁶ Il *leading case* è generalmente riconosciuto nella sentenza CGCE, 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, la cui massima – sulla traccia di CGCE, 26 febbraio 1986, *Marshall*, C-152/84 (spec. punto 48) – recita “1. In tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono essere, sotto il profilo del contenuto, assolute e adeguatamente precise, i singoli possono farle valere nei confronti dello Stato, vuoi nel caso in cui questo omette di trasporre tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, vuoi quando ne effettua una trasposizione errata. Tuttavia, a norma dell’art. 189 del Trattato, la natura vincolante della direttiva, sulla quale si basa la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, sussiste unicamente nei confronti dello “Stato membro cui è rivolta”. Ne consegue che la direttiva non può di per se imporre degli obblighi al singolo e che essa non può quindi essere fatta valere come tale a carico del singolo stesso dinanzi al giudice nazionale. 2. *Nell’applicare il diritto nazionale, e in particolare la legge nazionale appositamente adottata per l’esecuzione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e dello scopo della direttiva* onde ottenere il risultato di cui si parla nell’art. 189, 2° comma, del Trattato. *Quest’obbligo trova tuttavia dei limiti nei principi generali del diritto che fanno parte del diritto comunitario e in particolare in quelli della certezza del diritto e della irretroattività. La direttiva non può quindi avere l’effetto, di per sé e indipendentemente dalla legge nazionale adottata da uno Stato membro per la sua applicazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni”* (corsivi nostri; in termini conformi, si veda soprattutto CGCE, 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, cit., punti 41-42; CGCE, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, cit., punto 24; CGCE, 22 novembre 2005, C-384/02, *Knud Grøngard*, punto 30).

nei confronti dei regolamenti⁷⁷ e delle stesse decisioni quadro⁷⁸ – ravvisandoli “nei principi generali del diritto, che sono parte del diritto comunitario (ora: diritto dell’Unione europea), ed in particolare in quelli della certezza del diritto e della irretroattività”.

Su questa traccia, le Sezioni Unite della Cassazione, in un’importante, recente pronuncia, sono giunte a conclusioni del tutto analoghe, ed hanno riconosciuto – forse in modo persino più perentorio – il divieto di interpretazioni “comunitariamente orientate” *in malam partem*:⁷⁹ un limite che ora si offre come argine invalicabile anche al

⁷⁷ Cfr. CGCE, 7 gennaio 2004, C-60/02, X, cit., la cui massima afferma: “L’obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, alla luce della lettera e dello scopo del diritto comunitario, onde conseguire il risultato conseguito da quest’ultimo, non può, di per sé, indipendentemente da una legge adottata da uno Stato membro, determinare o aggravare la responsabilità penale di un operatore che ha violato le prescrizioni di un regolamento comunitario. Infatti, il detto obbligo trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, che fanno parte integrante del diritto comunitario, e segnatamente in quelli di certezza del diritto e di irretroattività. In particolare, il principio della legalità delle pene, sancito dall’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, e che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni comuni agli Stati membri, vieta di sanzionare penalmente un comportamento che non sia vietato da una norma nazionale, anche nel caso in cui quest’ultima fosse contraria al diritto comunitario”.

⁷⁸ Cfr. CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, cit., punti 44 e 45: “Occorre tuttavia rilevare che l’obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l’attuazione di quest’ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni” (dove la Corte richiama, per quanto riguarda le direttive comunitarie, le già citate sentenze CGCE, 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, punto 24, e CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punto 74: cfr. la nt. 68).

⁷⁹ Il caso che ha condotto le Sezioni Unite ad intervenire, concerneva la possibilità di estendere al reato di peculato (art. 314 c.p.) la confisca per equivalente. Tale peculiare forma di confisca, stando alla formulazione dell’art. 322-ter c.p., è stata prevista e dunque consentita – poco importa se per scelta o per svista del legislatore – in relazione al solo *prezzo* del reato (ossia il corrispettivo economico pagato per la commissione del reato), e non in relazione al *profitto* (ossia il risultato economico ottenuto dal reato). Sennonché, nel delitto di peculato un *prezzo* in senso tecnico non vi è, mentre vi è un *profitto* (che identifica il denaro oggetto di appropriazione “indebita” da parte del pubblico agente), il che è apparso escludere la possibilità di estendere la confisca per equivalente al reato in esame, in forza del generale divieto di applicazione analogica *in malam partem*. È a questo punto che si è affacciata la possibilità di giungere a diverso risultato mediante una interpretazione comunitariamente conforme, richiamando in particolare la Decisione quadro 212/2005/GAI, ove nelle definizioni preliminari non si rintracciano i concetti di *prezzo* e *profitto* ma ci si limita a stabilire l’obbligo, per gli Stati membri, di introdurre la confisca per equivalente in relazione ai *proventi* del reato (*crime proceeds*), senza ulteriori distinzioni terminologiche. In altri termini, una interpretazione comunitariamente conforme sembrava ammettere la possibilità di estendere anche al peculato la specifica forma di confisca, estendendo la portata della previsione introdotta dall’art. 322-ter c.p.

Proprio una tale soluzione interpretativa, tuttavia, è stata ritenuta impercorribile dalle Sezioni Unite, che hanno colto occasione per affermare il principio in base al quale “L’obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle decisioni quadro (...) non può legittimare l’integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione *in malam partem*” (sulla decisione, V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 101 ss.; ed ampiamente A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *RIDPP*, 2011, 791 ss.).

cospetto delle direttive di armonizzazione penale riconosciute nel Trattato di Lisbona - nell'ipotesi in cui una loro mancata attuazione (o attuazione *solo* parziale) da parte dei legislatori nazionali fomenti esperimenti interpretativi conformi al diritto "eurounitario" - oltre che al cospetto delle ulteriori fonti sovranazionali che possano intersecare la disciplina penale,⁸⁰ ivi comprese le pronunce della Corte europea dalle quali filtrino obblighi di penalizzazione capaci di attivare letture ermeneutiche estensive della fattispecie domestica.⁸¹

Restando sul versante del diritto UE, dunque ed in sintesi, le direttive - qualora la formulazione della singola disposizione abbia le caratteristiche volta a volta richieste dal relativo schema di inquadramento - potranno al più esplicitare effetti diretti c.d. verticali,⁸² facendo sorgere *diritti in capo agli individui e correlativi obblighi in capo agli Stati* (esponendo questi ultimi anche a gravose conseguenze di carattere patrimoniale direttamente attivabili dai singoli),⁸³ e potranno anche condurre - come insegna una ricca messe di pronunce - alla disapplicazione dell'eventuale disciplina penale

⁸⁰ Molto attenta, sul punto, la già citata ordinanza del Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del Riesame, 19 gennaio 2010, respingendo proprio alla luce degli effetti *in malam partem* la prospettata interpretazione conforme della normativa interna alla luce della Convenzione OCSE (cfr. *retro*, nt. 61).

⁸¹ Solo per inciso, se quanto affermato mi sembra debba valere - in linea di principio - con riferimento agli obblighi di tutela penale di fonte convenzionale che, attraverso l'interpretazione, abbiano una efficacia *ampliativa* di *fattispecie penali* interne (sul tema, si veda soprattutto F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, 2645 ss., ed in diversi altri lavori), il discorso mi sembra debba essere diverso in relazione alla proposta di limitare in via interpretativa l'operatività di *scriminanti* quali quelle di cui agli artt. 52 e 53 c.p., al fine di riequilibrare - in particolare - il rapporto di proporzione in linea con il massimo rispetto del "diritto alla vita" riconosciuto espressamente dall'art. 2 CEDU (proposta sostenuta, tra gli altri, dallo stesso F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme*, cit., 670 ss., pur segnalando comunque l'ammissibilità di letture restrittive delle citate scriminanti solo nei margini della "prevedibilità" imposta dall'art. 7 CEDU); e ciò, anche solo in ragione del fatto che su questo valore primario c'è una convergenza costituzionale che lo rende del tutto originale (e che verosimilmente ridimensiona persino l'apporto della giurisprudenza europea), sollecitando valutazioni (e bilanciamenti) parimenti peculiari.

⁸² Sul punto, cfr. G. CONTALDI, voce *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, cit., 2127 ss.

⁸³ Facendo sorgere anche l'obbligo da parte dello Stato di garantire l'indennizzo alle vittime di gravi reati, discendente appunto dalla mancata attuazione di una direttiva (nella specie, la direttiva 2004/80/CE e segnatamente la norma ivi contenuta all'art. 12, che impone agli Stati membri dell'Unione europea di garantire "adeguato" ed "equo" indennizzo alle vittime di "reati intenzionali violenti"), secondo quanto riconosciuto da C. Appello Torino, sez. III civ., 23 gennaio 2012, *Anit Tania*, in corso di pubblicazione in *Guida al diritto*, 2012 [obbligo già riconosciuto, seppur in termini diversi, da Trib. Torino, 3-26 maggio 2010, n. 3145, in *Guida dir.*, n. 28/2010, 22 ss., con nota di F. MARTINI, *Se il colpevole è contumace o non può pagare lo Stato deve garantire un ristoro alla vittima*; in *Giur. merito*, 2010, 3063 ss., con nota di M. CONDINANZI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*; in *Danno e responsabilità*, 2010, 850 ss., con nota di P. L. CARBONE; in *Corr. merito*, 2010, 936 ss., con nota di A. LARA, *Mancato risarcimento per la vittima della violenza e responsabilità dello Stato*; in *Corr. giur.*, 2011, 245 ss., con nota di R. CONTI, *Vittima di reato e obbligo di indennizzo a carico dello Stato: really?*; in *Resp. civ. e previdenza*, 2011, 923 ss., con nota di M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*; sul tema, cfr. anche M. BONA, *La tutela risarcitoria statale delle vittime di reati violenti ed intenzionali: la responsabilità dell'Italia per la mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2009, 662 ss.; e V. BONINI, *L'attuazione della direttiva in tema di indennizzo delle vittime di reato e le perduranti inadempienze dello Stato italiano (d. lgs. 9.11.2007, n. 2004)*, in *Leg. pen.*, 2008, 1 ss.].

contrastante, anche qualora la stessa non comprima diritti riconosciuti in sede sovranazionale ma “frustri” l’“effetto utile” della disciplina comunitaria (come insegna la sentenza *El Dridi* sulla c.d. direttiva rimpatri⁸⁴); ma non potranno mai esplicitare effetti “negativi”, neppure per il tramite di una interpretazione conforme: perché ciò equivarrebbe a far ricadere sui singoli le conseguenze peggiorative dell’inadempimento statale nell’attuazione (o nella corretta trasposizione) dell’obbligo comunitario.⁸⁵

Del resto, è la dottrina più autorevole a segnalare che, in linea di principio, “i risultati pratici cui si perviene con l’obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una direttiva, precedente o anche successiva e pertanto indipendentemente dalla sua trasposizione, non sono molto diversi da quelli che si

⁸⁴ Ci si riferisce alla nota vicenda che – sulla scorta di una prospettazione tenacemente sostenuta in dottrina (F. VIGANÒ-L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisprudenziali*, in *RIDPP*, 2010, 560 ss.), non senza talune voci di dissenso (cfr. ad es. T. EPIDENDIO, *Direttiva rimpatri e art. 14 t.u. immigrazione*, in questa *Rivista*) – ha condotto alla “neutralizzazione” del reato di inottemperanza all’ordine di rimpatrio nei confronti dell’immigrato irregolare (art. 14 co. 5-ter d.lgs. n. 286/1998, c.d. *Testo unico sull’immigrazione*), appunto per contrasto con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 dicembre 2008, 2008/15/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. Come si sa, rispondendo ad uno dei molti ricorsi pregiudiziali (quello inoltrato, con procedura d’urgenza, dalla Corte d’Appello di Trento, con ordinanza 2 febbraio 2011), la Corte di giustizia è intervenuta con la ormai celebre sentenza *El Dridi* (CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11) affermando, da un lato, che la disciplina contenuta negli artt. 15 e 16 della direttiva rimpatri appare dotata di effetti diretti (essendo le disposizioni in questione incondizionate e sufficientemente precise), e che, dall’altro, essa “deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”, posto che una simile opzione punitiva – come paventato in dottrina – frustrerebbe l’*effetto utile* della disciplina comunitaria, e dunque il conseguimento dello scopo alla stessa sotteso. Secondo la Corte, infatti, l’applicazione della pena detentiva “rischia di compromettere la realizzazione dell’obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l’instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare” (punto 59; sulla pronuncia, F. VIGANÒ - L. MASERA, *Addio articolo 14*, in questa *Rivista*, 2011; da diversa prospettiva, A. DI MARTINO-R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: “direttiva rimpatri” e diritto penale italiano*, ivi, 2011; M. T. COLLICA, *Gli effetti della direttiva rimpatri sul diritto vigente*, ivi, 2011).

Su queste premesse, la ricaduta consequenziale è stata chiarita dagli stessi giudici di Lussemburgo, ed indicata nel potere/dovere da parte dei giudici domestici di disapplicare “ogni disposizione del decreto legislativo n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l’art. 14 co. 5-ter di tale decreto”: e visto che le sentenze della Corte di giustizia non esauriscono i loro effetti nel procedimento principale ma hanno valore *erga omnes* (interpretando il diritto dell’Unione con efficacia vincolante per tutti gli organi e poteri degli Stati membri), la strada è stata subito intrapresa dai giudici italiani [peraltro con delicati problemi di diritto intertemporale: per tutti, M. GAMBARDELLA, *Le conseguenze di diritto intertemporale prodotte dalla pronuncia della Corte di giustizia El Dridi (“direttiva rimpatri”) nell’ordinamento penale italiano*, ivi, 2011].

⁸⁵ Ma in relazione alla peculiare ipotesi della penetrazione della fonte comunitaria per il tramite di un elemento normativo di fattispecie, ed a seconda della tipologia di contributo (di specificazione tecnica o meno) e di incidenza sul precetto (investendo o meno il senso del divieto), oltre che della tipologia di fonte, cfr. *retro*, nota 54.

realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto diretto (...).⁸⁶ Ed è proprio per questa ragione che, ciclicamente, si levano voci a favore di un approccio unitario alla teorica degli effetti diretti e dell'interpretazione conforme, con conseguente abbandono delle poco affidabili categorizzazioni distintive (effetti diretti/effetti indiretti) ed equiparazione sul piano dei presupposti e dei limiti di operatività (a partire, dunque, dalla c.d. invocabilità nei confronti del singolo).⁸⁷

4.2.2. Alcune criticità: il rischio di criptoanalogie.

Dunque, se si muove dal principio che, in materia penale, esclude comunque ricadute peggiorative fondate su fonti sovranazionali non trasposte, appare a nostro avviso poco affidabile la distinzione tra *effetti diretti* ed *effetti* ("indiretti" ma comunque) *espansivi* della fattispecie punitiva, che potrebbero essere ammessi – come pure è stato frequentemente sostenuto non solo sul fronte della normativa UE – appunto attraverso il volano dell'interpretazione conforme, qualora non superino il "dato letterale", e dunque pur sempre con il *limite* del divieto di analogia *in malam partem*.⁸⁸

Al riguardo, si è accennato alle profonde riserve critiche che accompagnano da sempre questa distinzione (effetti diretti/effetti indiretti) sullo stesso terreno di origine, e che segnalano come essa sia stata uno dei fattori di "*legal uncertainty*" nel dominio della "*consistent interpretation*";⁸⁹ anche a volerle tralasciare, non si può però trascurare il fatto che l'estensione interpretativa a condotte *prima* considerate eccentriche rispetto alla fattispecie (penale), e *poi* considerate in essa rientranti dopo la lettura "sovranazionalmente orientata", ancorché meramente *estensiva* e non *analogica*, risulta comunque mascherare una attribuzione di effetti punitivi alla normativa sovranazionale, trasgredendo il principio di fondo sopra richiamato – la vera "costante" del sistema, ossia la "clausola di preclusione" valida per tutte le fonti non trasposte – che impedisce ogni loro invocabilità (*Berufungsmöglichkeit*) davanti al

⁸⁶ "(...) in fatto riducendosi la differenza di conseguenze fra effetto orizzontale e verticale": G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 182.

⁸⁷ Sarebbe questa l'unica via – com'è stato affermato – per "governare l'incertezza del diritto" fomentata dalla dottrina della *consistent interpretation*: G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty*, cit., 397 ss.

⁸⁸ Cfr., in questo senso, ad es., H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., Rn. 90, precisando che una interpretazione estensiva della fattispecie penale ("*strafbarkeitserweiternde* unionsrechtskonforme Auslegung") in conformità con il diritto eurounitario dovrebbe essere considerata ammissibile in presenza di due presupposti, ossia ove, da un lato, non superi il dato letterale e, dall'altro, ove "lo stesso atto normativo UE sia di per sé determinato"; in senso sostanzialmente analogo, quanto all'accettabilità di una interpretazione estensiva, F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1433 ss., 1438 ss.; ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme*, cit., 668 ss.; e C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 291 ss., e ID., *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito*, 2008, 26 ss., i quali appunto ammettono effetti espansivi pur entro il limite del divieto di analogia; A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 823.

⁸⁹ Cfr. ancora G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation*, cit., 413 ss.

giudice nazionale; e ciò per evitare - ormai è chiaro - che gli “effetti diretti”, apertamente ostracizzati, rientrino “by the back door”.⁹⁰

Vale a poco, dunque, sottolineare il fatto che gli effetti peggiorativi sarebbero tali “solo rispetto alla precedente prassi interpretativa”,⁹¹ perché essi discenderebbero comunque da una norma non trasposta, “di per sé ed indipendentemente dalla legge nazionale adottata da uno Stato membro per la sua applicazione”, essendo il suo impiego ermeneutico a “determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni”:⁹² ed è forse sulla base di analoghe considerazioni che l’Avvocato generale Mischo, nelle *Conclusioni* del vero *leading case* in materia (*Kolpinghuis Nijmegen*), aveva insistito per limitare l’ammissibilità dell’interpretazione conforme ai *solii casi* in cui il giudice domestico confermasse, con l’ausilio ermeneutico della norma comunitaria, una interpretazione già basata *su altre considerazioni*.⁹³

Scorrendo la giurisprudenza di Lussemburgo, del resto, sembrerebbe persino superfluo cercare di avvalorare le considerazioni appena esposte ricordando lo stato di profonda crisi in cui versa – in giurisprudenza⁹⁴ come in dottrina⁹⁵ – la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva; di fatto, è la stessa Corte di giustizia, con il conforto della Corte EDU, ad aver più volte dimostrato sfavore per il criterio dell’interpretazione estensiva, sottolineando da un lato come “il principio che ordina di

⁹⁰ Al riguardo, parla di “*estoppel argument*”, ossia di vera e propria preclusione nei confronti di ogni conseguenza negativa sul singolo, G. BETLEM, *The Doctrine of Consistent Interpretation*, cit., 415.

⁹¹ Così, ancora, H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., Rn. 92, p. 144.

⁹² Sul punto, volendo, V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni-quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, cit., 1158 ss.; ed anche ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, cit., 101 ss.. La posizione tesa a negare in ogni caso, in materia penale, esiti interpretativi ampliativi orientati al diritto comunitario appare condivisa anche da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 64 ss., e, nella dottrina d’oltralpe, da BRECHMANN, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, 1994, 275 ss.; e da KÖHNE, *Die richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht – dargestellt am Abfallbegriff des § 326 Abs. 1 StG*, 1997, 107 s..

⁹³ Così l’Avvocato generale Mischo nelle *Conclusioni* della causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, cit., punto 27.

⁹⁴ Si veda, ora, l’istruttiva disamina di L. ROMANO, sub *Art. 1*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-P. VENEZIANI, *Codice penale commentato*, cit., 73 ss., segnalando un ampio ventaglio di casi in cui il rigore interpretativo dimostrato sarebbe molto debole.

⁹⁵ Nel vastissimo dibattito in materia – su cui si rinvia a M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 150 ss., 153 (ed in ptc. nt. 25) – basti qui il riferimento, da un lato, allo studio di O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., spec. 265 ss., che – muovendo dalla convinzione della natura inevitabilmente analogica di ogni procedimento interpretativo - ridiscute il contesto applicativo del divieto di analogia in materia penale (pur riaffermato nel suo essenziale significato politico), circoscrivendolo all’analogia *esterna*, che dunque sarebbe preclusa (mentre sarebbe ammissibile l’analogia *interna*, “che gioca dal di dentro e che, esercitando una forza centrifuga, spinge muovendo dalle proprietà *essenziali*, cioè dalle proprietà senza le quali la parola non avrebbe un dato significato, per comprendere quelle *tipiche*, vale a dire le proprietà che solitamente ricorrono, ma senza le quali una parola non perde il dato significato”); dall’altro, al più recente saggio di M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 25 ss., 35 ss., 121 ss., che muovendo da analoghe premesse apertamente scettiche – ossia la natura “sempre analogica e creativa dell’interpretazione” – e risalendo anzitutto alle “radici assiologiche” del divieto di analogia, si sforza di rintracciare altrove il criterio che segni il campo di gioco dell’interprete (“il contenuto di disvalore espresso dal tipo criminoso”), e le garanzie che devono comunque presidiare il procedimento interpretativo (indagando, in particolare, i tracciati della giurisprudenza della Corte EDU).

non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio della certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento *il cui carattere non risulti in modo evidente dalla legge*", e, dall'altro, che "tale principio (...) fa parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (...)";⁹⁶ e precisando altresì che "spetta al giudice a quo garantire il rispetto di tale principio in sede di interpretazione" del diritto nazionale adottato per adempiere l'obbligo comunitario.⁹⁷

D'altronde, anche volendo utilizzare il diverso criterio di filtro teso ad ammettere letture meramente estensive consentite da letture analogiche vietate, il punto davvero difficile resterebbe quello di distinguere le prime da ipotesi di *criptoanalogia* paludate sotto un procedimento di interpretazione conforme:⁹⁸ come quando si è ipotizzato di estendere il concetto di "minore" attorno al quale gravitano le fattispecie italiane che incriminano la pedopornografia – nonostante non vi fosse, a nostro avviso, alcuna "incertezza" o "*penumbra of meaning*" – anche alle ipotesi del minore *virtuale* o del minore *apparente*, facendo leva sulla definizione accolta in sede comunitaria;⁹⁹ o quando si intende leggere alla luce del principio di precauzione alcuni

⁹⁶ Così, ad es., CGCE, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, X, cit., punto 25, richiamandosi espressamente all'art. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte EDU (in particolare, Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis*, punto 52, e 22 novembre 1995, *S.W./Regno Unito e C.R./Regno Unito*, punto 33); ma si veda anche ma cfr. anche CGCE, 7 gennaio 2004, C-58/02, *Commissione c. Regno di Spagna*, ove – nel contesto di una procedura di infrazione volta a censurare il perdurante inadempimento della Spagna in ordine all'approntamento di misure di protezione adeguate richieste da una direttiva comunitaria in materia di tutela dei sistemi di accesso alla "Pay Tv", ed in replica alle argomentazioni dello Stato membro che sosteneva aver già adempiuto l'obbligo, avendo già risorse sanzionatorie adeguate nel proprio codice penale – a fronte delle perduranti lacune ravvisate si è affermato un preciso limite all'interpretazione conforme, sottolineando come "anche interpretando il diritto penale conformemente alla direttiva, le lacune e le mancanze rilevate dalla Commissione non possono essere colmate senza incorrere in violazioni dei principi di legalità e di certezza del diritto, i quali impediscono di punire comportamenti che non siano chiaramente individuati ed espressamente qualificati come infrazioni dal codice penale" (sulla sentenza, si vedano le riflessioni di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 291 ss.)

⁹⁷ Così ancora CGCE, 12 dicembre 1996, C-74/95 e C-129/95, X, cit., punto 26.

⁹⁸ Lo riconosce, del resto, anche chi sostiene l'ammissibilità di interpretazione conforme con effetti espansivi, nei limiti del divieto dell'analogia: cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 303, segnalando come "(...) anche se in linea di principio è possibile ipotizzare che l'obbligo di interpretazione conforme, nei limitati spazi concessi dal divieto di analogia, possa dispiegare effetti espansivi (leciti) della norma incriminatrice nazionale, in concreto, i casi di interpretazione estensiva della norma incriminatrice alla luce della norma comunitaria, che non siano in realtà interpretazioni analogiche mascherate, sono veramente ridottissimi (...)" (lo stesso A. ravvisa una sola ipotesi di interpretazione conforme ammissibile perché meramente estensiva nel caso oggetto di pronuncia pregiudiziale deciso con la sentenza CGCE, 11 febbraio 1999, C-366/97, *Romanelli*).

⁹⁹ Al riguardo, a sostegno dell'ammissibilità dell'interpretazione conforme, in quanto meramente estensiva e non analogica, ad es., F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, cit., 1439 (e ID., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme*, cit., 668 ss.); per una critica, cfr., volendo, già V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale*, cit., 435 ss.; ma sul punto un'argine ulteriore avrebbe dovuto ricavarci anche dal principio di offensività, come giustamente evidenziato da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 304 ss.

Al riguardo, è peraltro intervenuto il legislatore ad introdurre una ipotesi di pedopornografia virtuale (l'art. 600 *quater*¹ c.p., inserito dall'art. 4 della l. n. 38 del 2006), suscitando comunque aspre critiche e

elementi di fattispecie (come il concetto di “rifiuto”, cardine di molti reati ambientali), estendendone la relativa portata incriminatrice, facendo leva su pronunce della Corte di giustizia (pur sempre concernenti *una direttiva non correttamente trasposta*).¹⁰⁰

Verrebbe dunque da concludere, sul punto, che, quale che sia il *frame* dogmatico da cui si intenda muovere, il margine di tollerabilità dovrebbe comunque essere segnato – *deve* essere comunque segnato – dalle istanze di colpevolezza individuale: solo l’interpretazione conforme “estensiva” *prevedibile*,¹⁰¹ e non l’interpretazione estensiva *tout court*,¹⁰² dovrebbe essere comunque ritenuta percorribile,¹⁰³ secondo le declinazioni offerte – anche qui – dalla giurisprudenza di Strasburgo, con riferimento alle garanzie che devono accompagnare il procedimento interpretativo (ed anche il mutamento giurisprudenziale con effetti *in malam partem*), ammissibile, appunto, se

sollecitando la dottrina più sensibile ai principi liberali (e segnatamente al principio di offensività) a proporre letture condivisibilmente restrittive: si veda, in particolare, G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *RIDPP*, 2006, 863 ss., 871 ss.

¹⁰⁰ Cfr. al riguardo, D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del “penale” nella giurisprudenza della Cassazione*, in AA.VV., *L’evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella, Milano, 2011, 61 ss., 653 ss., segnalando, in diverse decisioni della Cassazione, la lettura estensiva di fattispecie penali a tutela dell’ambiente come conseguenza dell’interpretazione estensiva della nozione di “rifiuto”, in particolare alla luce di talune decisioni della Corte di giustizia.

Tali pronunce giurisprudenziali riecheggiano, del resto, posizioni precedenti, dove l’interpretazione conforme condotta dai giudici nazionali in modo pressoché sistematico e volta ad una graduale oggettivazione della definizione del concetto di rifiuto contenuto nella normativa nazionale si è tradotta in una vera e propria interpretazione *contra legem*, costitutiva di nuove forme di responsabilità non previste dalla legislazione nazionale, e pertanto illegittima: in questi termini, cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, cit., p. 81, nota 115.

¹⁰¹ Nonostante le ambiguità e le frizioni con un concetto di legalità formale sottese al concetto di prevedibilità, troppo spesso condizionato da istanze di “giustizia sostanziale”: sul punto, cfr. anche l’aspra critica di V. VALENTINI, [Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE](#), in questa *Rivista*, 2012, 14 ss., 16.

¹⁰² Un caso al limite mi sembra quello deciso da Cass., SS.UU., 25 ottobre 2007, Miragliotta, in *Cass. pen.*, 2008, 3167 ss., ove – ancora in tema di sequestro preventivo relativo, questa volta, ad una ipotesi di concussione – si è accolta una nozione estensiva di “profitto”, comprensiva dei beni acquisiti con l’impiego del ricavato immediato del reato, facendo leva sulla definizione di *crime proceed* accolta in diverse fonti sovranazionali (la Convenzione di Vienna del 1988 in materia di traffico illecito di sostanze stupefacenti, la già ricordata Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, e da ultimo la decisione quadro 2005/212/GAI): una interpretazione “estensiva” tale da legittimare il sequestro preventivo orientato alla confisca “in forma specifica” (ai sensi della prima parte dell’art. 322 *ter* c.p., co. 1°, c.p., e senza necessità di far “entrare in gioco” il sequestro orientato alla confisca “per equivalente” di cui alla seconda parte del medesimo comma 1° dell’art. 322-*ter* c.p., circoscritto – come si è visto – al solo prezzo, con esclusione del profitto), la quale potrebbe essere considerata, in effetti, “prevedibile”, anche alla luce di precedenti giurisprudenziali (e pur se il confronto con l’art. 416, co. 7°, c.p., e l’argomento dell’*ubi voluit*, può far sorgere – anche in questo caso – “legittimi sospetti” di analogia *in malam partem*, peraltro surrogati da diverse decisioni della stessa Cassazione di segno ben più restrittivo: cfr., ad es., SS.UU., 24 maggio-9 luglio 2004, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, rv. 228166, che insiste sulla necessità di una immediata derivazione causale dal reato del vantaggio economico legittimamente assoggettabile a confisca).

¹⁰³ È un “compromesso” imprescindibile anche per i sostenitori dell’ammissibilità di esegesi conformi estensive: cfr., ad es., F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme*, cit., 670 ss.

“reasonably foreseeable”, in ragione della presenza di precedenti giurisprudenziali in termini o del mutamento delle condizioni storico-sociali.¹⁰⁴

4.2.3. (segue) ...e di criptodisapplicazioni in malam partem.

Ma non sono solo questi i rischi dell’ermeneutica orientata alle fonti sovranazionali.

Infatti – com’è stato prontamente rilevato – non sono infrequenti neppure le ipotesi che hanno condotto il giudice nazionale ad affermare per via interpretativa indebite applicazioni di fonti sovranazionali non direttamente applicabili,¹⁰⁵ e, persino, a veicolare forme surrettizie di disapplicazione con effetti *in malam partem*. Un esito, questo, espressamente bandito dalla Corte costituzionale,¹⁰⁶ perché – anche in questo caso – il primato del diritto UE violerebbe il controlimito della riserva di legge e le garanzie del singolo; eppur un esito che affiora, solo per fare un esempio,¹⁰⁷ nei tracciati giurisprudenziali in tema di mandato d’arresto europeo, dove l’asimmetria tra la Decisione quadro 2002/584/GAI e la normativa di attuazione (l. n. 69 del 2005) concernente i “motivi di rifiuto” è stata risolta, non di rado, varcando il confine tra interpretazione conforme e interpretazione *contra legem*,¹⁰⁸ e dunque “con effetti sostanzialmente disapplicativi dei motivi di rifiuto privi di corrispondenza nella suddetta decisione quadro (...)”.¹⁰⁹

A questo risultato, peraltro, si è giunti a volte attribuendo, di fatto, effetti diretti ad un atto che ne è per antonomasia sfornito; altre volte giustificando la soluzione *per*

¹⁰⁴ Al riguardo, da ultima, e non senza rilievi critici, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., 2238 ss.; volendo, V. MANES, *Art. 7/1*, in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 280 ss. (e in relazione al mutamento giurisprudenziale, 274 ss.); muovendo, più in generale, dal confine dell’interpretazione ammissibile, cfr. anche M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine*, cit., 50 ss., 53 ss.

¹⁰⁵ A partire dalle ricadute del caso Pupino, stante la vera e propria interpolazione di una ipotesi di ammissibilità dell’incidente probatorio chiaramente non prevista dagli artt. 392 e 398 c.p.p. per conformarsi alla Decisione quadro 2001/220/GAI sulla tutela della vittima nel procedimento penale: cfr. G.i.p. Trib. Firenze (dott.ssa Mori), ord. 12 settembre 2005 (inedita), ed altresì G.i.p. Trib. Firenze (dott.ssa Mori), ord. 14 settembre 2005, Nicolais, inedita.

¹⁰⁶ Nella più volte citata sentenza n. 28 del 2010.

¹⁰⁷ Per altri casi di disapplicazione *in malam partem*, cfr. anche *retro*, nt. 57, in relazione alla vicenda del divieto di pesca del novellame.

¹⁰⁸ Lo rileva anche F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme*, cit., 621 s.

¹⁰⁹ Una “interpretazione conforme a tutti i costi”, in definitiva, con chiari “effetti *in malam partem*”: così, convincentemente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 65, e nota 125, segnalando, da un lato, la decisione che ha sostanzialmente annichilito il “controllo sui gravi indizi di colpevolezza” da parte del giudice italiano, prescritto dall’art. 17 della l. 69 del 2005 (Cass., 26 settembre 2005, *Ilie Petre*, in *Cass. pen.*, 2005, 3772), dall’altro, “e a maggior ragione”, la decisione che, in contrasto con l’enunciato dell’art. 18 lett. e) della legge di attuazione, ha ritenuto eseguibile la consegna della persona ricercata anche a uno Stato (il Belgio) la cui legislazione non prevede termini massimi di custodia cautelare, purché sia previsto un “termine temporale implicito” (Cass., 30 gennaio 2007, *Ramoci*, in *Cass. pen.*, 2007, 1911).

saltum con la diretta applicazione di altri strumenti pattizi che tuttavia la stessa normativa europea sembrava aver logicamente soppiantato.¹¹⁰

Benché si verta in materia processuale, è ancora la Corte costituzionale, al riguardo, a testimoniare l'inammissibilità di una tale forma di "sindacato diffuso" – e delle sottese soluzioni *omisso medio* – in casi sostanzialmente analoghi e persino meno "traumatici" per la posizione giuridico-penale del singolo: lo conferma la decisione con la quale la Corte ha sancito l'illegittimità della disposizione interna che limitava il motivo ostativo all'esecuzione del MAE in fase esecutiva *ai soli cittadini italiani* (l'art. 18, co. 1°, lett. r, della l. n. 69 del 2005), ravvisando un contrasto con la correlata disposizione della Decisione quadro (art. 4, punto 6, della Decisione quadro sul MAE); contrasto, da un lato, "insanabile in sede interpretativa" (posto che la lettura "comunitariamente orientata" della norma traspositiva difforme, pur garantendo indubbi effetti favorevoli, contrastava con la lettura cristallizzata nel "diritto vivente"), dall'altro insuscettibile di "trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta", e dunque censurabile *solo* in sede di legittimità (per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.).¹¹¹ Anche in ragione del fatto, precisa ancora la Corte, che "a precludere al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile, vale anche la circostanza che nella specie si verte in materia penale e che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà a fini di esecuzione della penale nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di una norma dell'Unione alla quale non corrisponda una valida norma interna di attuazione".¹¹²

¹¹⁰ Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. VI, 20-27 dicembre 2010, n. 45524, Ric. S.R.A., in *Dir. pen. proc.*, 2011, 711 ss. (massima), che, in relazione ad una richiesta di consegna da parte delle autorità tedesche per concernente fatti commessi in parte nel territorio dello Stato ed in parte nel territorio estero – ha ritenuto "superabile" il "divieto di consegna" stabilito all'art. 18, co. 1°, lett. p) della l. n. 69 del 2005 considerando applicabile – in forza dell'art. 31 della Decisione quadro 2002/584/GAI – l'art. II dell'Accordo bilaterale italo-tedesco del 24 ottobre 1979, ratificato con legge 11 dicembre 1984, n. 969, con la quale le parti hanno inteso facilitare l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 1957, nell'ipotesi in cui la domanda di consegna riguardi anche altri reati non soggetti alla giurisdizione dello Stato di rifugio e risulti opportuno far giudicare tutti i reati nello Stato richiedente; sulla decisione, si rinvia alla nota – condivisibilmente critica, sul punto – di R. CALÒ, *In claris non fit interpretatio? Una pronuncia della Cassazione sul mandato di arresto europeo* (ivi, 711 ss., in ptc. 718 ss.).

¹¹¹ Cfr. Corte cost. n. 227 del 2010, censurando il contrasto con la disciplina comunitaria (per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.), peraltro sulla traccia di due decisioni della Corte di giustizia UE (sentenza 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*); sull'importante decisione, che conferma la più volte citata sentenza n. 28 del 2010, si rinvia a C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹² Ancora Corte cost. n. 227 del 2010, § 7.1. del *Considerato in diritto* (richiamando la precedente sentenza n. 28 del 2010), che così conclude sul punto: "L'ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della Decisione quadro è riconducibile, pertanto, ai casi nei quali, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non sussiste il potere del giudice comune di "non applicare" la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., integrati dalla norma conferente dell'Unione, laddove, come nella specie, sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento".

Breve: se questa è la strada da seguire per bonificare le asimmetrie insolvibili in via interpretativa rispetto ad una fonte priva di diretta efficacia, ciò vale tanto più al cospetto di conseguenze penali, dove è la stessa Corte di giustizia a ricordare che “il diritto comunitario non comporta un meccanismo che consenta al giudice nazionale di eliminare disposizioni interne in contrasto con una disposizione di una direttiva non trasposta, qualora tale disposizione non possa essere fatta valere dinanzi al giudice nazionale”.¹¹³ è dunque solo davanti alla Corte delle leggi, in definitiva, che deve essere censurato anche il “tradimento dello spirito della Decisione quadro” sul MAE – ove davvero lo si ravvisi tale, e lo si ritenga ingiustificato¹¹⁴ – da parte del giudice comune.

4.2.4. (segue) Presunzioni “comunitariamente orientate” e (possibile) conflitto tra interpretazioni conformi.

Come si è visto, dunque, le potenzialità interpretative dischiuse dalla proliferazione delle fonti sovranazionali – e quindi ben oltre il solo diritto UE – sono sconfinata, e costellate di possibili *microanalogie*, oltre che di forme più o meno mascherate di disapplicazione *in malam partem*. Ma si danno anche riflessi ermeneutici potenzialmente più subdoli, e forse ancor meno controllabili, che investono anche il terreno della prova della condotta o dell’elemento soggettivo, affermando schemi presuntivi: ciò che è dato registrare – solo per fare qualche esempio – in materia di riciclaggio, per espressa statuizione delle diverse direttive comunitarie, ove si afferma, in sostanza, che la consapevolezza della derivazione illecita dei proventi può essere desunta da circostanze fattuali oggettive;¹¹⁵ ovvero in materia di *insider trading*, per

¹¹³ Così CGCE, 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, cit., appunto con riferimento ad una direttiva, ma con una precisazione che vale *a fortiori* in relazione ad una decisione quadro.

¹¹⁴ Il “contrasto con lo spirito della decisione quadro”, in effetti, è stato a più riprese autorevolmente denunciato (si veda, da ultimo, G. DE AMICIS, *Mandato d’arresto europeo. Profili processuali*, in *Libro dell’anno 2011*, Treccani, 1 ss., 3), anche se non mancano voci dissonanti: di veda, ad esempio, la posizione di V. MAIELLO, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo “tendenzialmente assoluta”*, in *RIDPP*, 2011, 112 ss., 133, secondo il quale, in conclusione, “la recezione della decisione quadro si caratterizza per un’impostazione complessivamente condivisibile, laddove ha ‘filtrato’ l’obbligo di conformazione armonizzandolo con talune importanti garanzie costituzionali (...)”.

¹¹⁵ Nel caso del riciclaggio, si prende posizione sulle regole probatorie in punto di elemento soggettivo, sino a richiedere che le componenti del dolo – “la conoscenza, l’intenzione o la finalità, che debbono costituire un elemento degli atti sopra indicati” – possono essere desunte da “circostanze di fatto obiettive” (e così pure, dunque, la consapevolezza della provenienza delittuosa, che è il *punctum dolens* dell’accertamento probatorio): così, in particolare, già l’art. 1 della direttiva 91/308/CE (c.d. prima direttiva antiriciclaggio), con una disposizione replicata fino all’art. 1, comma 5°, della direttiva 2005/60/CE (c.d. terza direttiva antiriciclaggio), oltre che da varie altre fonti sovranazionali [sin dalla lett. a) della raccomandazione n. 2 del FATF; ma si veda anche l’art. 6, par. 2, lett. c) della Convenzione di Strasburgo; ed ora l’art. 9, co. 2°, lett. c) della Convenzione di Varsavia].

Tale scelta è peraltro trasmigrata in diversi strumenti internazionali, e non ha mancato di attirare, da più parti, analoghe critiche [cfr., di recente, le critiche frontali espresse, sul punto, da un autorevole gruppo di studiosi nel *Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (www.zis-online.com), n. 12/2009, 697 ss., 702, denunciando apertamente come “una simile conclusione automatica in ordine al dolo non soddisfa il principio di colpevolezza”].

“graziosa intercessione” della Corte di giustizia, secondo la quale l’“utilizzo” dell’informazione privilegiata – ossia il requisito ove si incentra il nucleo di disvalore offensivo del fatto – si presume nella “detenzione” della notizia stessa, salvo prova contraria offerta dal presunto *insider* che abbia realizzato la relativa operazione finanziaria.¹¹⁶

Insomma: uno scenario che, sciolto da vincoli, sembra preludere non solo al “tramonto delle lacune” in materia penale, ma anche alla riedizione di schemi da *ancien régime* – siano essi quelli del “*dolus ex re*” o del “*fraus praesumitur*” – il cui successo nelle applicazioni giurisprudenziali interne – ove le stesse non siano già “allineate” – è facilmente prevedibile; e sarebbe solo uno tra i tanti esempi in cui argomentazioni dedotte da norme o “principi” sovraordinati rischiano di “trasformare geneticamente le disposizioni legislative”.¹¹⁷

Nello specifico, tali schemi – addebitando ora un segmento del dolo ora un elemento del fatto tipico espressivo dell’offesa a titolo presuntivo – dovranno comunque misurarsi con limiti garantistici di diverso ordine: da un lato, la giurisprudenza della Corte europea, dove se si afferma che la Convenzione “in linea di massima non è di ostacolo” alle presunzioni poste dai sistemi giuridici, si precisa altresì che in ambito penale “essa obbliga gli Stati contraenti a non superare a questo

¹¹⁶ Cfr. CGCE, 23 dicembre 2009, C-45/08, secondo la quale “L’art. 2 comma 1 della direttiva 2003/6/CE deve essere interpretato nel senso che l’operazione su strumenti finanziari compiuta da un soggetto di cui al comma 2 che detiene un’informazione privilegiata ad essi relativa comporta l’“utilizzo” di tale informazione e dunque l’integrazione della condotta vietata, fatto salvo il rispetto dei diritti della difesa e, in particolare, del diritto di poter confutare tale presunzione”; sul punto, si rinvia alla ricca nota critica di A. F. TRIPODI, *L’insider trading in una recente pronuncia della Corte di giustizia: “utilizzo (implicita) della notizia” e presunzione d’offesa*, in *Giur. comm.*, 2011, 55 ss., ed in ptc. 68 ss., ove l’A. segnala che, alla luce della citata pronuncia, negli ordinamenti ove le fattispecie (penali e amministrative) di *insider trading* contengono – conformemente al testo della direttiva 2003/6/CE – il requisito dell’“utilizzo” dell’informazione – come nel caso della legislazione italiana –, “si verificherebbe (...) paradossalmente, un appesantimento (imprevedibile, stando al tenore letterale della norma) della posizione processuale dell’imputato, in virtù dell’inversione dell’onere probatorio conseguente alla presunzione d’“uso” della notizia”, aggiungendo che – peraltro – “alla presunzione (legale) sullo sfruttamento della notizia potrebbe agevolmente affiancarsi quella (*praesumptio hominis*) concernente il possesso della stessa informazione, con il rischio di “deriva” verso un’ipotesi criminosa incentrata semplicemente sul compimento di un’operazione borsistica da parte di determinati soggetti”, e ritenendo altresì “prevedibile che lo schema presuntivo elaborato dalla Corte con riferimento all’ipotesi classica di *insider trading*, ossia quella corrispondente al compimento di operazioni negoziali, venga esteso all’altra tipologia di condotta tipica incentrata sull’impiego *lato sensu* della notizia: il *tuyautage* (...)”.

Le preoccupazioni segnalate dall’A. si sposano, peraltro, a quanto affermato dalla dottrina più attenta a questi temi: si vedano, per tutti, S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, 231 ss.; di recente, V. NAPOLEONI, voce *Insider trading*, in *Digesto disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2008, 576 ss., segnalando con chiarezza come le istanze del diritto penale dell’offesa dovrebbero indurre a “circoscrivere la repressione ai soli abusi effettivi del privilegio informativo”, e che “non dovrebbe esservi peraltro dubbio” sul fatto “che tale modulo “sia quello più consono all’adozione di presidi di marca penalistica – tanto più se attestati sugli attuali livelli di severità, per concludere che “(...) la proiezione lesiva della pratica incriminata è già abbastanza sfuggibile perché possa giustificarsi un avanzamento della linea di tutela basato su uno schema presuntivo, teoricamente atto a colpire anche transazioni non inquinate dall’asimmetria informativa (...)”.

¹¹⁷ Cfr., in prospettiva più ampia, M. DONINI, *Il problema del metodo penalistico*, cit., 45.

riguardo una certa soglia”, aggiungendo che il principio di cui all’art. 6 § 2 CEDU pretende che gli Stati confinino le presunzioni “entro limiti ragionevoli tenendo conto dell’importanza della posta in gioco e preservando i diritti della difesa”;¹¹⁸ dall’altro, con le garanzie costituzionali, nel cui prisma una piena valorizzazione del principio di colpevolezza – che ormai filtra anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹⁹ – dovrebbe rappresentare un ostacolo ben più coriaceo contro ogni meccanismo presuntivo così come contro ogni forma di ascrizione della responsabilità a titolo di *dolo* per un fatto strutturalmente *colposo*, ed a tale titolo non punito dall’ordinamento.

Cosicché, il giudice domestico si troverà al bivio tra diverse opzioni interpretative, dove l’interpretazione “comunitariamente conforme”, per essere ammissibile, dovrà passare al vaglio di una rigorosa interpretazione “costituzionalmente” (e forse anche “convenzionalmente”) orientata, a pena di infrangersi contro i “controlimiti” (o contro le garanzie convenzionali che pur il diritto comunitario si impegna a garantire), che in materia penale si estendono a ricomprendere tutte le garanzie fondamentali progressivamente “distillate” da una copiosa giurisprudenza costituzionale.¹²⁰

4.3. Primazia dell’interpretazione conforme e supremazia delle (ulteriori) garanzie fondamentali in materia penale.

Quest’ultimo profilo merita ulteriore approfondimento, perché – lo si è già evidenziato – l’interpretazione conforme non può rappresentare la cosmesi metodologica per obliterare le diverse garanzie che, nel contesto costituzionale, segnano i limiti di intervento del massimo presidio punitivo; il rispetto del patrimonio costituzionale interno, dunque, rappresenta il fondamentale presupposto di esperibilità dell’integrazione per via ermeneutica, quale che essa sia, e dunque il margine di tollerabilità dell’apertura dell’ordinamento domestico all’ordinamento sovranazionale.

Il giudice dovrà, dunque, partire dal progetto ermeneutico orientato alla fonte sovranazionale volta a volta fruibile in chiave interpretativa per controllare se questo

¹¹⁸ Cfr., al riguardo, G. ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes-V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 377 ss., 398 ss.; inoltre, con ulteriori rilievi circa l’ipotesi specifica concernente la presunzione di utilizzazione nelle fattispecie di *insider trading*, ancora A. F. TRIPODI, *L’insider trading in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, cit.

¹¹⁹ Cfr., volendo, V. MANES, *Art. 7/1*, cit., in S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 258 ss., 286 ss.; *amplius*, F. MAZZACUVA, *L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., 411 ss., 421 ss.

¹²⁰ Può vedersi, al riguardo, il quaderno sui *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, quaderno predisposto per l’incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Madrid2011_A.pdf, cui *adde* il già citato lavoro di G. LEO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia penale*, cit.

rispecchi e salvaguardi le garanzie costituzionali, solo allora potendone decretare la percorribilità.

La Cassazione, sulla traccia di chiare indicazioni dottrinali,¹²¹ ha dimostrato sensibilità per un simile percorso metodologico quando si è impegnata a campire di significato il concetto di pedopornografia:¹²² nel perdurante silenzio del legislatore sul punto, l'elemento normativo, attorno al quale sono polarizzate diverse fattispecie codicistiche – e segnatamente, l'art. 600 *ter* c.p. (“Pornografia minorile”) – è stato “riempito” alla luce della nozione di pedopornografia di cui all'art. 1 della Decisione Quadro del Consiglio 2004/68/GAI, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, ma tale nozione – al termine della “spirale ermeneutica” – è stata ulteriormente validata alla luce delle istanze sottese ai principi di determinatezza e di offensività che, come noto, hanno anzitutto una fondamentale valenza come criteri interpretativi.

In definitiva, la lettura conforme al diritto UE – che definisce la pedopornografia come rappresentazione di una figura umana implicata o coinvolta in una *condotta sessualmente implicita* – è stata raffrontata con i principi interni, alla cui luce è apparsa conferire maggior determinatezza ad un elemento strutturalmente incline ad ospitare i contenuti più vaghi ed eticizzanti; nell'ipotesi contraria – sembrerebbe potersi desumere in filigrana – l'interpretazione conforme sarebbe stata, infatti, inaccessibile.

E non è superfluo ricordare che – sotto lo specifico profilo della interpretazione conforme al diritto UE – vi è chi ha sottolineato come il parametro di accettazione dell'esito ermeneutico “conforme” dovrebbe essere offerto da tutti i principi costituzionali, e non solo dai principi fondamentali che si ergono a “controlimiti” al diritto UE, posto che in tali casi non sarebbe la fonte sovranazionale sospettato di incostituzionalità, bensì “il diritto interno sostanziale, ancorché per come interpretato alla luce del diritto comunitario”.¹²³ A seguire questa impostazione, dunque, l'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali (ed in particolare, al diritto UE ed

¹²¹ Cfr. C. SOTIS, *Il caso Pupino: profili sostanziali*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, cit., 33 ss.; ma cfr. già, con più ampie riflessioni, ID., *Il diritto senza codice*, cit., 304 ss.

¹²² Cass., 4 marzo 2010 (dep. 22 marzo 2010), n. 10981, Khan, che ha escluso la configurabilità dell'art. 600-*ter* c.p. nell'ipotesi di un soggetto che, trovandosi sulla spiaggia, si era limitato a fotografare “insistentemente” alcuni minori in costume da bagno, in assenza di esibizioni lascive o di atteggiamenti sessualmente allusivi.

Sulla decisione, si veda il commento di G. COCCO, *Nota a Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2010, n. 10981*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2010, 2073 ss.; inoltre, A. ROIATI, *La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza*, in *Cass. pen.*, 2011, 1415 ss.; A. SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di “pornografia”: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 973 ss..

¹²³ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale*, cit., 10, pur segnalando come tale impostazione finirebbe con l'indebolire il primato del diritto comunitario, e rilevando altresì come “le reazioni dell'ordinamento comunitario alla declaratoria di incostituzionalità di una norma interna frutto di interpretazione conforme a diritto comunitario sarebbero imprevedibili, sicché è agevole immaginare la difficoltà nella quale si troverebbe la Corte costituzionale in simili evenienze”, non potendosi neanche escludere il rischio dell'apertura di una procedura di infrazione avente direttamente ad oggetto proprio una sua pronuncia.

alla CEDU) avrebbe dunque una cifra comune, segnata dalla supremazia dell'intera ghiera dei principi costituzionali.

4.4. Interpretazioni conformi con effetti riduttivi o favorevoli (in bonam partem): in particolare, il "sorpasso costituzionale" e la funzione "prismatica" della giurisprudenza della Corte EDU.

Ben diversa l'ipotesi in cui le ricadute siano *in bonam partem*: qui nessun limite, se non quelli di carattere *logico* di cui si è accennato, si opporrà al potere del giudice di orientare la lettura ermeneutica della disciplina interna per piegarla ai vincoli sovranazionali, posto che non si profilano le esigenze garantistiche sottese al *nullum crimen* e ai suoi corollari.

Il diritto dell'Unione europea può già offrire qualche esempio,¹²⁴ anche nelle pieghe della recente normativa di recepimento della Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente:¹²⁵ come nel caso del reato di "Traffico illecito di rifiuti" (art. 259 del d. lgs. n. 152/2006), la cui portata incriminatrice, alla luce della formulazione vigente, non eccettua il caso in cui la spedizione – pur in casi specifici – "sia effettuata in quantità non trascurabile in un'unica spedizione o in più spedizioni che risultino tra loro connesse" [art. 3, lett. c), direttiva citata]; ovvero nel caso del nuovo art. 733-bis c.p., il cui dettato definitivo non ha circoscritto il perimetro di rilevanza penale del

¹²⁴ Ancorché forse meno frequenti, se ne possono ipotizzare esempi – salvo quanto si dirà subito dopo – proprio in materia di confisca, segnatamente con riguardo all'ipotesi speciale prevista all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992, conv. nella l. n. 356 del 1992, misura non più circoscritta solo alla costellazione di reati tipica del crimine organizzato che nella lettura accolta (ancora una volta) dalle Sezioni Unite della Cassazione ha visto ulteriormente "diluire" i propri presupposti applicativi: come noto, accertata la sproporzione rispetto al reddito, non è necessario che vi sia alcun nesso di pertinenzialità tra i beni (di cui il soggetto non sa dare prova della legittima provenienza) oggetto di confisca e il reato che ha innescato la misura (o, più genericamente, con una attività delittuosa della persona condannata), né è necessario che vi sia un nesso di congruenza cronologica tra l'ingresso dei beni stessi nel patrimonio del reo e la commissione del reato-base. Viceversa, nella Decisione quadro 2005/212/GAI i "poteri estesi di confisca" (art. 3) sono vincolati, da un lato, alla "piena convinzione" da parte del giudice circa il fatto "che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato di cui al paragrafo 1 ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze del caso di specie", ovvero alla piena convinzione che il bene sia "il provento di analoghe attività criminose"; dall'altro – nel caso in cui si stabilisca che "il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata" – alla "piena convinzione" "che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona stessa", e ciò "sulla base di fatti circostanziati"; fatti (e accertamenti) che dovrebbero essere dunque differenti dal dato storico della precedente condanna e dall'accertata sproporzione del bene rispetto al reddito legittimo. Sembrerebbe derivarne, in definitiva, una indicazione restrittiva in ordine alla pertinenza cronologica dei beni oggetto di "confisca allargata" e il reato commesso, oltre che una espresa subordinazione della misura ablativa al convincimento pieno della provenienza delittuosa in capo al giudice, e sulla base di precisi dati fattuali.

¹²⁵ Al riguardo, si rinvia a C. RUGA RIVA, [Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale](#), in questa Rivista.; V. PLANTAMURA, *Responsabilità individuali e degli enti nel d. lgs. 7 luglio 2011, n. 121 di attuazione delle direttive europee sulla tutela penale dell'ambiente*, in RTDPE, 2011, 477 ss., 479 ss.; L. SIRACUSA, [L'attuazione della direttiva europea sulla tutela dell'ambiente tramite il diritto penale](#), in questa Rivista.

reato di “Distruzione o deterioramento dell’habitat all’interno di un sito protetto” limitandolo ai casi di deterioramento “significativo” [come richiedeva l’art. 3, lett. h), della direttiva citata].¹²⁶

In effetti, anche se gli obblighi comunitari contenuti nelle citate direttive – non diversamente da quanto generalmente accade – fissano solo un *minimum standard* di tutela, derogabile dal singolo Stato che intenda predisporre una tutela più avanzata e/o severa,¹²⁷ in entrambi i casi citati la normativa UE sembrerebbe sollecitare una ermeneutica “offensivizzante” volta a neutralizzare applicazioni formalistiche, in una prospettiva peraltro convergente con le istanze del principio di necessaria lesività.

Se quindi dalla costellazione delle fonti “eurounitarie” possono già essere tratte significative esemplificazioni, è chiaro, peraltro, che l’osservatorio privilegiato sulle interpretazioni con effetti *in bonam partem* sarà offerto dalle pronunce della Corte EDU, il cui lascito più prezioso non sta solo nel “sorpasso costituzionale” che i più recenti orientamenti testimoniano nell’estensione applicativa delle garanzie in materia penale, ma nell’irradiazione e nella conseguente vascolarizzazione del contenuto valoriale delle garanzie stesse in una ridda di casi concreti che permettono di illuminarne gli aspetti più interstiziali, aspetti magari rimasti in ombra nella applicazione domestica dei corrispondenti principi.¹²⁸

Del resto, è grazie alla “funzione prismatica” della giurisprudenza di Strasburgo, che sono lievitate, per via interpretativa, le quotazioni garantistiche della *confisca per equivalente*, così come di diverse altre tipologie *speciali* di confisca inserite nei contesti più disparati, ed ormai smascherate nel loro contenuto di afflittività, che appunto le ascrive al vasto terreno della “materia penale” secondo gli stilemi della Corte europea: tutti casi in cui l’obbligo di interpretazione conforme vincola il giudice,

¹²⁶ Viceversa, il nuovo art. 727-bis c.p. ha recepito olograficamente la clausola di esiguità volta ad escludere il reato di “Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette” nei casi “in cui l’azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie” [art. 3, lett. f), direttiva 2008/99/CE].

¹²⁷ Si veda, al riguardo, il considerando n. 12 della direttiva 2008/99/CE.

¹²⁸ Un chiaro esempio è offerto, acutamente, da P. GAETA, “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale, cit., 15 ss., 18 s., con riferimento alla regola che il principio del contraddittorio si estende “ad ogni questione che attiene alla valutazione giuridica del fatto commesso”, regola già potenzialmente espressa nell’art. 111 Cost. e purtuttavia “estrapolata ed applicata alla problematica della correlazione tra accusa e difesa” dalla sentenza della Corte europea nel caso *Drassich* (Corte EU, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*) poi recepita dalla Cassazione (Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, *Drassich*, Rv. 241754); un esempio ulteriore – al di là della condivisibilità della soluzione giuridica nel caso concreto – può essere visto nella decisione del Tribunale di Sorveglianza di Lecce ([ord. 9 giugno 2011, giud. Tarantino](#), in questa *Rivista*), che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale (*ex art. 2059 c.c.*) al detenuto che abbia scontato la pena in stato di sovraffollamento, muovendo – in sostanza – da una rilettura dell’art. 27, co. 3°, Cost., “amplificata” alla luce degli orientamenti della Corte europea sull’art. 3 CEDU (ad es. Corte EDU, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*). Sulla pronuncia del giudice salentino, cfr. le osservazioni di V. FANCHIOTTI, *Glocalizing prisoner’s rights: dalla California alla Puglia*, in *Dir. proc. pen.*, n. 1/2012, 118 ss.

che dovrà osservarlo – lo si è visto – a pena di inammissibilità della questione,¹²⁹ salvo il limite fissato dal rispetto della *littera legis* o del diritto vivente.¹³⁰

Il vero aspetto problematico, da questa angolatura, concerne l'utilizzo dei precedenti della Corte europea, e il necessario riscontro in termini di "analogia" tra il caso oggetto di quella pronuncia ed il caso specifico oggetto del giudizio domestico, riscontro che rappresenta il presupposto per procedere al *judicial transplant*, importando il principio affermato a Strasburgo.¹³¹

L'analogia contenutistica tra le fattispecie in rilievo è stata, ad esempio, riscontrata nella pronuncia di illegittimità che ha investito il regime intertemporale con il quale il legislatore aveva accompagnato l'introduzione della confisca (obbligatoria) dell'autoveicolo per l'ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza, giudicando tale misura ablativa – al di là delle apparenze e delle "etichette" – sostanzialmente punitiva, e dunque incompatibile con il *tempus regit actum*.¹³²

Peraltro, se tale pronuncia conferma – una volta di più – l'impossibilità di una disapplicazione diretta della norma interna contrastante, anche qualora gli effetti siano *in bonam partem*, lo stesso deve dirsi della possibilità di diretta applicazione della normativa CEDU,¹³³ da negarsi anche a fronte di eventuali, asserite lacune.¹³⁴

¹²⁹ Conclude infatti per l'inammissibilità, in particolare, la sentenza n. 239 del 2009, cit., in materia di confisca urbanistica.

¹³⁰ Si noti, peraltro, che il diritto vivente rappresenta, al contempo, un limite all'attività interpretativa del giudice e un presupposto per la rimessione della questione alla Corte delle leggi; ma se il singolo giudice, distaccandosi da un diritto vivente già in linea con l'interpretazione conforme, sottopone alla Corte una interpretazione difforme, la questione non è più (solo) inammissibile, ma manifestamente infondata "per erroneità del presupposto interpretativo (così, in particolare, l'ordinanza n. 97 del 2009, in materia di confisca per equivalente e reati tributari).

¹³¹ Sul punto, con chiarezza, Corte cost., n. 239 del 2009, dichiarando l'inammissibilità della questione, *inter alia*, sulla base del rilievo che "(...) la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare" (punto 3 del *Considerato in diritto*).

¹³² È la già citata Corte cost. n. 196 del 2010, dove – ritenuta appunto impercorribile la strada dell'interpretazione adeguatrice a fronte dell'inequivoca formulazione legislativa – la declaratoria di (parziale) illegittimità ha investito il richiamo – contenuto nella disposizione impugnata – all'art. 240 c.p., e per suo tramite alle disposizioni del codice penale che stabiliscono la retroattività delle misure di sicurezza (sulla decisione, volendo, V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 76 ss.).

¹³³ Cfr. ancora, sul punto, le osservazioni di P. GAETA, *Controllo di convenzionalità e poteri del giudice nazionale*, cit., 25 ss., a margine della pronuncia della Cassazione in esito al noto "caso Scoppola" (Cass., sez. V, sentenza 28 aprile 2010, n. 16507, che ha risolto il contrasto evidenziato dalla sentenza della Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, applicando l'art. 625-bis c.p.p.), ritenendo appunto la soluzione accolta dalla Suprema Corte "corretta dal punto di vista logico (...), economica (...), e "giusta" nella sua calibratura assiologica", e nondimeno "di dubbio fondamento normativo", ed in definitiva "(...) un autentico esercizio di *Freirecht* anche in sede di legittimità" (p. 33).

¹³⁴ Diversamente, al riguardo, F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ-O. MAZZA, *Europa e giustizia penale*, cit., 4 ss., 18, muovendo dalla considerazione in base alla quale la CEDU e i relativi protocolli addizionali sono stati "incorporati nel diritto interno attraverso la clausola di "piena ed intera esecuzione" contenuta nella rispettiva legge di autorizzazione alla ratifica", e giungendo alla conclusione che tali norme assumerebbero "(quanto meno) il medesimo rango della legge di autorizzazione alla

5. *Il giudice penale nel network “multilivello” dei diritti fondamentali: ancora tra interpretazione conforme e disapplicazione.*

Rispetto a questi profili tradizionali, le cui criticità stanno via via emergendo nelle sperimentazioni teoriche come nelle applicazioni pratiche, uno scenario almeno in parte diverso è aperto dai “diritti fondamentali” di matrice sovranazionale, al cui cospetto il giudice interno può dover vagliare la norma domestica, per misurarne il rispetto, la frizione o la frontale confliggenza.

È noto che la tessitura e lo sviluppo dei diritti fondamentali in sede sovranazionale è oggi affidata alla sinergia di diversi strumenti di tutela – le varie Carte dei diritti, e, ove presenti, le relative Corti – ed alla contaminazione virtuosa che, nel *network* multilivello, tiene costantemente in contatto – *inter alia* – i principi enunciati in disposizioni del Trattato UE (TFUE) e della Carta di Nizza, le disposizioni CEDU, le rispettive declinazioni giurisprudenziali di Lussemburgo o di Strasburgo; una sinergia che utilizza come spole concettuali anche categorie come i “principi generali del diritto comunitario” o le “tradizioni costituzionali comuni” ai singoli paesi membri, ossia categorie che conferiscono ulteriore elasticità al sistema, evitandone la “cristallizzazione” e garantendo una costante evoluzione.¹³⁵

Gli sviluppi recenti, dall’angolatura penalistica, hanno tuttavia registrato almeno due evoluzioni importanti, effetto delle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1° dicembre 2009), e segnatamente della riforma dell’art. 6 TUE, riformulato “in una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali”.

Da un lato, la “trattatizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che ora “ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6, par. 1 TUE), e che è dunque trasmigrata dal terreno dell’interpretazione all’ambito della piena e diretta applicabilità;¹³⁶ dall’altro la (prevista) adesione della UE alla CEDU (art. 6, par. 2, TUE), che ha posto sotto diversa luce – secondo una prospettiva teorica non priva di eco nella giurisprudenza di merito – l’incorporazione delle disposizioni CEDU nel nucleo dei diritti “costituzionali” dell’Unione,¹³⁷ rimettendo conseguentemente in discussione

ratifica, ossia (...) il rango di legge ordinaria”, risultando, “come tali (...) direttamente applicabili da parte del giudice italiano” [ma al riguardo, cfr. anche ID., *Il giudice penale e l’interpretazione conforme*, cit., 623, segnalando talune “pronunce fortemente ‘creative’ rispetto ai dati normativi vigenti, che hanno spregiudicatamente combinato l’interpretazione conforme alla CEDU della vigente normativa processuale alla diretta applicazione delle norme CEDU (...)].

¹³⁵ Si veda, ora, la corposa sintesi di A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali 2010, Milano, IV, 335 ss.

¹³⁶ Per una disamina grandangolare si rinvia a S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento nazionale italiano*, cit., 147 ss., 158 ss.. (ed anche in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, 2373 ss.).

¹³⁷ Al riguardo, dall’angolatura penalistica, C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto comunitario*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., 109 ss., 138 ss.

– sul piano interno – la loro collocazione nel sistema delle fonti quali “norme interposte”.¹³⁸

Se quest’ultimo profilo è stato direttamente e profondamente indagato dalla sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale, che con esemplare forza argomentativa ha *allo stato attuale* escluso la tesi della c.d. “comunitarizzazione” della CEDU, ed il corollario della sua diretta applicabilità,¹³⁹ la seconda problematica è stata meno esplorata nella prospettiva penalistica, nonostante le sue domande appaiano sempre più urgenti ed incalzanti.¹⁴⁰

Posto che la “incorporazione” della Carta consente di applicare, almeno in linea di principio, tutti gli strumenti di risoluzione dell’eventuale conflitto con la norma interna – e dunque sia l’“interpretazione conforme”, peraltro già pienamente sperimentata anche prima dell’inserimento nel Trattato,¹⁴¹ sia la disapplicazione – si danno almeno due crinali problematici: il primo concerne l’esatto ambito di applicabilità della Carta, e dunque il margine di operatività dei meccanismi di risoluzione delle antinomie che ad essa fanno riferimento; il secondo concerne i presupposti e i limiti in cui, al cospetto di un diritto fondamentale, possono essere esperiti strumenti come la disapplicazione della norma interna.

Sotto il primo profilo, il problema – pur dopo i nitidi confini tracciati ancora dalla sentenza n. 80 del 2011, che ha escluso l’applicabilità della Carta a norme nazionali prive di ogni legame con il diritto dell’UE¹⁴² – emerge in tutta la sua serietà al

¹³⁸ A questo specifico profilo, l’art. 6, par. 3, TUE, in sostanziale continuità con la precedente formulazione (del previgente art. 6, par. 2, TUE, nella versione pre-Lisbona), ribadisce che “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, fanno parte dell’Unione *in quanto principi generali*” (corsivo nostro).

¹³⁹ Cfr. Corte cost. n. 80 del 2011, §§ 5 ss. (ed in ptc. §§ 5.3. ss.) del *Considerato in diritto*, da un lato, ritenendo la statuizione relativa alla (prevista) adesione dell’UE alla CEDU “ancora improduttiva di effetti”, dipendendo “dalle specifiche modalità con cui l’adesione verrà realizzata”; dall’altro, ribadendo – alla luce di una stringente esegesi delle modifiche apportate all’art. 6, par. 3, TUE, rispetto alla precedente formulazione – che “restano (...) tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all’impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell’Unione (...), di far derivare la riferibilità alla CEDU dall’art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come “principi generali” del diritto comunitario (oggi, del diritto dell’Unione)”, e confermando, dunque, in particolare, che “i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell’Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale” (sulla fondamentale decisione, si rinvia a A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it).

¹⁴⁰ Ha subito messo in luce l’incalzante attualità del problema F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

¹⁴¹ Cfr. ancora S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 151 s.

¹⁴² In particolare, la sentenza n. 80 del 2011, dopo aver confermato il rilievo delle norme CEDU solo in quanto “principi generali” del diritto comunitario (oggi, diritto UE), e dunque la loro applicabilità unicamente in rapporto alle fattispecie cui tale diritto è applicabile (*retro*, nt. 139), ha mantenuto analoga posizione anche con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali, escludendo “con ogni evidenza” – alla luce delle espresse statuizioni del Trattato al riguardo (art. 6, par. 1, primo alinea, TUE; art. 51 della stessa Carta) – che essa “costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell’Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (...) che dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (...)”, e giungendo alla conclusione che “Presupposto di

cospetto della *trasversalità* dei diritti fondamentali e della loro vocazione ubiquitaria, che li rende poco inclini ad essere confinati nel *solo* campo di applicazione della normativa UE *self-executing* e del diritto traspositivo di obblighi comunitari, e propensi, piuttosto, a vascolarizzarsi nell'intero tessuto normativo dell'ordinamento giuridico "integrato": la vicenda della direttiva rimpatri, almeno nella sua prospettazione iniziale, ha del resto dimostrato le potenzialità ubiquitarie dei *fundamental rights*,¹⁴³ anche se la soluzione affermata dalla Corte di giustizia, nella citata sentenza *El Dridi*, ha seguito una strada chiaramente divergente, negando che la ragione della disapplicazione delle fattispecie penali interne in materia di immigrazione fosse radicata nel contrasto con i diritti dei migranti, e centrandola, all'opposto, sulla frustrazione dell'"effetto utile" della direttiva europea.¹⁴⁴

Da questo punto di vista, del resto, la perimetrazione dell'operatività della Carta dei diritti UE al suo solo "campo di gioco" istituzionale, sembra comunque non poter impedire l'effetto di "contagio culturale" che il riconoscimento di un certo principio – del suo *ethos* o, persino, di un certo "livello di tutela" – può avere sulla configurazione del medesimo principio negli ulteriori ambiti in cui lo stesso è riconosciuto, e segnatamente nell'ambito costituzionale interno. Per fare un esempio, si può pensare al *principio di proporzionalità*, espressamente sancito nell'art. 49 comma 3 della Carta, ed al suo possibile effetto sul piano costituzionale interno, dove lo stesso principio – nonostante taluni sussulti della Corte in direzione divergente – appare ancora strettamente legato al paradigma "originario" della ragionevolezza-eguaglianza, e la sua valorizzazione necessariamente vincolata al riscontro di un *tertium comparationis* che evidenzi la violazione dell'art. 3 Cost.:¹⁴⁵ un legame che

applicabilità della carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto".

¹⁴³ Da questa prospettiva, era stato prontamente affacciato il sospetto che la disciplina penale italiana potesse non solo frustrare l'"effetto utile" della direttiva, finendo per ostacolare l'obiettivo dell'allontanamento dello straniero, ritardando l'esecuzione del rimpatrio; ma anche e soprattutto, più problematicamente, che la precipua opzione punitiva italiana finisse col travolgere i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti – e segnatamente la libertà personale – imponendone un sacrificio maggiore di quello previsto dalla normativa comunitaria sulle procedure e garanzie del rimpatrio (ossia il trattenimento amministrativo, da adottarsi come *extrema ratio*, e con precisi limiti temporali): in questa prospettiva, soprattutto F. VIGANÒ-L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, cit., 560 ss.; ID., [Addio articolo 14](#), cit..

¹⁴⁴ È un profilo giustamente sottolineato da A. DI MARTINO-R. RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo*, cit., 9 ss.; sulla stessa linea, in sostanza, anche alla luce della successiva pronuncia della Corte di giustizia UE, *Achughbadian*, le considerazioni espresse da L. D'AMBROSIO, [Se una notte d'inverno un...sans papier. La Corte di giustizia dichiara il reato d'ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla 'direttiva rimpatri'](#), in questa *Rivista*, 2012, 14.

¹⁴⁵ Tanto che la prospettazione di una questione concernente la congruità di un determinato trattamento sanzionatorio, pur evidentemente sproporzionato, è destinata ad essere dichiarata manifestamente infondata se il rimettente la propone alla luce di un *tertium comparationis* giudicato inconferente, essendo alla Corte, da un lato, inibita ogni modificazione correttiva della (ancorché erronea) indicazione della norma comparativa, così come ogni modifica del *thema decidendum*, e, dall'altro, precluso ogni margine di

potrebbe essere quanto meno allentato, appunto, dalla riconosciuta indipendenza ed autonomia – e dal crescente “consenso europeo” – guadagnati dal principio stesso sul fronte sovranazionale,¹⁴⁶ a prescindere dall’ambito di pertinenza della norma interna (e, dunque, a prescindere dalla soggiacenza all’operatività della Carta di Nizza), alla luce di quella *cross-fertilization* cui la Corte costituzionale italiana, del resto, ha dimostrato di essere sensibile in diverse occasioni.¹⁴⁷

Sotto il secondo profilo, la problematicità è data dall’*astrattezza* dei diritti fondamentali, dalla loro necessaria graduabilità e dalla loro apertura a valutazioni di proporzionalità e adeguatezza che lasciano molto spazio al “margine di apprezzamento” dei singoli Stati membri, complicando il sillogismo che tradizionalmente innesca il potere/dovere di disapplicazione diretta.¹⁴⁸

In effetti, come è stato lucidamente evidenziato, la disapplicazione diretta sembra presupporre un contrasto “flagrante” tra norme dotate di uno stesso grado di astrazione, “capace appunto di far derivare in modo logicamente necessitato ed

intervento allorché manchino – nei termini di Corte cost. n. 22 del 2007 – “precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionali obbligate”: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 240 del 2011, che ha appunto dichiarato la manifesta infondatezza della questione relativa alla ritenuta irragionevolezza del minimo edittale della pena del reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), ritenendo del tutto inconferente il *tertium comparationis* evocato dal giudice *a quo*.

¹⁴⁶ In particolare, la recente “quotazione europea”, in piena convergenza assiologica con i contenuti dell’art. 27, co. 3°, c.p., oltre a potenziarne la funzione di canone interpretativo, potrebbe alimentare un suo maggiore impiego come parametro di legittimità costituzionale, in un impianto argomentativo dove il richiamo al *tertium comparationis* potrebbe assumere valenza *sintomatica* e non più *fondativa*: se, negli orientamenti della Corte costituzionale, la fattispecie di comparazione è ancora oggi considerata essenziale non solo per significare la violazione dell’art. 3 Cost. ma anche al fine di riempire di contenuto l’eventuale pronuncia di illegittimità (identificando la normativa suscettibile di essere richiamata per riequilibrare la proporzione), altri riferimenti potrebbero essere utilizzati non solo come sintomi della sperequazione sanzionatoria, ma altresì come eventuali cornici edittali sostituibili per eliminare l’eventuale sproporzione (ad esempio, come in altra sede ha suggerito V. Napoleoni, le disposizioni generali offerte dagli artt. 21 ss. c.p.).

¹⁴⁷ Basti pensare, ad esempio, alle sentenze nn. 393 e 394 del 2006, ma anche n. 236 del 2011, e all’ampia ricognizione operata sul fronte delle varie Carte dei diritti e della giurisprudenza europea, per configurare lo statuto attuale del principio della *lex mitior* (con richiamo, in particolare, al Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York, alla Carta di Nizza, alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE, alla CEDU e – nella sentenza n. 236 del 2011 – alla giurisprudenza della Corte EDU).

¹⁴⁸ Si veda ad esempio, con chiarezza, la già più volte citata Corte cost. n. 227 del 2010, che – oltre a valutare il contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1°, Cost. – ha dovuto misurare la normativa di attuazione della Decisione quadro sul MAE anche con il divieto di discriminazione (prima previsto dall’art. 12 TCE ed ora) previsto dall’art. 18 TFUE, trovando così occasione di precisare “Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all’art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la “non applicazione” della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro diverso da quello di esecuzione (...)”.

univoco la contraddizione fra di esse”; “ma questo è caso raro quando si tratta di diritti fondamentali aventi una sostanziale portata costituzionale. Il contenuto del diritto fondamentale, e soprattutto il suo necessario bilanciamento con altri valori meritevoli di considerazione, molto raramente può prescindere da un’opera di concretizzazione dotata talvolta di grandi margini di apprezzamento che solo la consolidazione storica e la competenza istituzionale di organi a ciò appositamente deputati – si tratti del legislatore o della Corte costituzionale – possono legittimamente percorrere”.¹⁴⁹

Certo, lo scarto potrebbe essere ridotto dal dialogo con la Corte di giustizia;¹⁵⁰ ma questa – anche sul fronte delle libertà economiche – non sempre offre soluzioni univoche o perentorie, lasciando, non di rado, significativi margini di valutazione ai (giudici dei) singoli Stati membri (attraverso clausole generali come l’“ordine pubblico”, etc.), e procedendo piuttosto ad un *focusing* progressivo, potenzialmente senza fine, come del resto insegna proprio la vicenda italiana dei giochi e scommesse, dove la disapplicazione delle fattispecie italiane è passata attraverso un rinvio pregiudiziale plurimo, proseguito anche dopo la prima “ratifica” della soluzione disapplicativa da parte della Cassazione.¹⁵¹ Ed è presumibile che una analoga (se non maggiore) discrezionalità valutativa sarà mantenuta al cospetto di principi il cui contenuto precettivo appare persino *strutturalmente* più graduabile, come nel precedente esempio del principio di proporzione/proporzionalità, dove la scelta del giudice ordinario domestico potrebbe sempre essere destinata a non rappresentare l’“ultima parola”.¹⁵²

¹⁴⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., 659 s.: “Non che quest’opera di concretizzazione non possa essere in linea di principio rimessa anche interamente nelle mani del giudice comune, ma questa scelta è appunto di tipo costituzionale perché a ben vedere involge l’opzione tra modello diffuso od accentrato di controllo di legittimità delle leggi. A ben vedere il vero nodo problematico posto oggi dal nuovo assetto europeo è proprio questo. Senza chiudersi gli occhi dinanzi a questo genere di trasformazioni indotte dall’“Europa del diritto”, una possibile linea di equilibrio potrebbe proprio essere quella che – senza rigidità ma con prudenza e discernimento – si fondasse sull’omogeneità del grado di astrazione delle due norme in contrasto: ove equivalente e pertanto univoca la loro contraddizione, il giudice comune potrebbe disapplicare direttamente la norma interna incompatibile; ove invece il grado di astrazione della norma convenzionale fosse più alto e distante rispetto alla norma interna, e dunque necessitante di concretizzazione contenutistica, il giudizio di incompatibilità non potrebbe che essere rimesso ad un organo a ciò appositamente legittimato. Uno strumento indubbiamente sofisticato, la cui buona gestione esigerebbe non solo intelligenza ma anche prudenza e spirito di reciproca fiducia”.

¹⁵⁰ Cfr., al riguardo, i contributi presenti in G. GIUDICELLI-DELAGE-S. MANACORDA (a cura di), *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Société de Législation comparée, Paris, 2010.

¹⁵¹ Ne offre una completa analisi L. D’AMBROSIO, *La disapplicazione dei divieti penali in materia di raccolta di scommesse. Rien ne va plus?*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2009, 179 ss.

¹⁵² Al riguardo, auspica invece un utilizzo più forte, appunto confidando sull’opera di concretizzazione della corte di giustizia, F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in F. VIGANÒ-O. MAZZA, *Europa e giustizia penale*, cit., 22 ss., 25: “(...) Nelle (ormai numerosissime) materie rientranti nell’ambito di applicazione del diritto UE, potrebbe in effetti porsi la questione se determinati quadri edittali previsti dal legislatore interno – in attuazione del diritto UE – non appaiano “sproporzionati” ai sensi della Carta; con l’effetto di aprire la strada a futuri rinvii pregiudiziali da parte anche di giudici italiani, in relazione alla compatibilità di tali quadri edittali con il principio posto dall’art. 49 comma 3 della Carta, e alla successiva *disapplicazione* dei quadri edittali medesimi in caso di risposta negativa da parte della corte”

In definitiva, l'apertura a momenti di controllo diffuso – tipicamente sottesi al potere/dovere di disapplicazione – sul contrasto tra diritto penale e diritti fondamentali, a fronte della loro congenita *trasversalità* e *astrattezza*, rischia di trasferire in capo al giudice comune margini di valutazione e di bilanciamento vertiginosi, chiamandolo a valutazioni assiologiche che, nel nostro sistema, sono istituzionalmente rimesse al controllo accentrato di legittimità: un controllo che, del resto, ha già affinato i suoi strumenti nella lunga elaborazione che ha dovuto misurare un codice penale autoritario con i diritti e le libertà riconosciute dalla Costituzione democratica, detergendone le incrostazioni più illiberali.

6. Il giudice nella “morsa” delle fonti sovranazionali.

Il tema dell'interpretazione conforme in materia penale, che qui abbiamo non tanto ricostruito quanto abbozzato, non si riduce certo ai profili qui evidenziati, né ai versanti del diritto UE e del sistema CEDU, potendo interessare molte altre fonti della “costellazione postnazionale”, come del resto dimostrano – solo a titolo di esempio – i reiterati richiami alla Convenzione OCSE,¹⁵³ e come testimonia un intreccio normativo che appare ormai destinato a coinvolgere, *worldwide*, gli strumenti pattizi più disparati, posto che le fonti nazionali e le stesse fonti “europee” sono chiamate, sempre più, a confrontarsi con misure a vocazione globale.¹⁵⁴

Certo i due versanti qui presi in più diretta considerazione evidenziano un ulteriore e comune fattore di complessità, perché il giudice interno è chiamato spesso a fornire una interpretazione (del diritto domestico) orientata all'interpretazione offerta dalle rispettive Corti, con la quale deve necessariamente cercare e trovare sintonia, perché non si limita alla persuasività intrinseca, ma rappresenta per l'interprete un *vincolo formale*.

Come si è visto, la “dipendenza dell'interpretazione dall'interpretazione” è chiara sul fronte del diritto comunitario, dove la Corte di giustizia – come è stato scritto¹⁵⁵ – appare ormai l'autentico “oracolo di Delfi” contemporaneo;¹⁵⁶ ma è

¹⁵³ Oltre alle questioni, già segnalate, in tema di applicabilità delle sanzioni interdittive per gli enti (*retro*, nota 61), cfr. ora la eccezione di illegittimità costituzionale ipotizzata dalla Procura della Repubblica di Milano ([memoria del PM dott. F. De Pasquale](#), pubblicata in questa *Rivista*), sempre alla luce della Convenzione OCSE (e dunque alla luce dell'art. 117, 1° co., Cost.), con riguardo alla vigente normativa in tema di interruzione della decorrenza e di durata massima del termine di prescrizione del reato di corruzione internazionale (322-*bis* c.p.).

¹⁵⁴ Ne è chiara prova il caso *Kadi*, dove la Corte di giustizia, con la sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, è stata chiamata a valutare la validità di un regolamento Ce adottato per eseguire Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in materia di terrorismo, annullandolo per ravvisato contrasto con alcuni principi “costituzionali” comunitari: sulla pronuncia, S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, cit., 82 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori richiami bibliografici; cfr. altresì, ora, M. E. GENNUSA e I. CANOR, *Il caso Kadi in tema di sicurezza*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 173 ss.

¹⁵⁵ Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ha rievocato il pellegrinaggio che cittadini e governanti del mondo antico compivano all'oracolo di Delfi per cercare da Apollo risposte adeguate a problemi che andavano dalle controversie tra privati ai grandi affari di Stato: così come questo oracolo, “centro di una

altrettanto chiara sul fronte della Convenzione EDU, dove – come noto – è la giurisprudenza di Strasburgo – ben lungi da un approccio “originalista” - ad offrire il significato della Convenzione come “*living instrument*”,¹⁵⁷ significato a cui il giudice interno si deve scrupolosamente attenere.

Se può persino insospettire la “violenza” imposta al giudice ordinario da un siffatto “vincolo” di *stare decisis*, che rischia di trasformarlo da “bocca della legge” a “*bouche de la Cour de justice*” e, sempre più, a “portavoce della Corte di Strasburgo”,¹⁵⁸ sembra altrettanto chiaro che la pronuncia europea sarà spesso solo un traguardo intermedio, e non una destinazione raggiunta.

Non tanto perché le indicazioni delle Corti europee – non diversamente dall’oracolo delfico – sono non di rado plurivoche, o comunque generali, lasciando un più o meno ampio “campo di gioco” al giudice *a quo* (e, a monte, al legislatore nazionale); quanto per il fatto che le interpretazioni di Lussemburgo e di Strasburgo saranno pur sempre soggette ai filtri costituzionali interni. Se, infatti, il controllo sulla conformità dell’interpretazione della norma interna rispetto alla norma sovranazionale è rivendicato sia dalla Corte di giustizia che dalla Corte EDU,¹⁵⁹ la Corte costituzionale – pur accettando il monopolio interpretativo delle Corti europee sulle relative fonti¹⁶⁰ – si riserva il controllo sulla conformità dell’esito interpretativo all’assetto dei principi

potente lega di città ed universale luogo di omaggio, costituiva un’importante forza per l’unità tra le città-Stato della Grecia”, così la Corte di giustizia “aiuta con le proprie decisioni i giudici nazionali a risolvere ogni tipo di problema contribuendo, allo stesso tempo, all’avanzamento dell’influenza del diritto comunitario” (D. ANDERSON-M. DEMETRIOU, *Preface, References to the European Court*, London, 2002, cit. in T. GIOVANNETTI, *L’Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell’integrazione comunitaria*, Torino, 2009, 68).

¹⁵⁶ È emblematica, al riguardo, la vicenda della “direttiva rimpatri” (*retro*, § 4.2.1, in ptc. nt. 84, e § 5, note 143 e 144), a margine della quale la pronuncia di Lussemburgo ha rimesso ordine su una autentica “Babele giurisprudenziale”. La Corte di giustizia, peraltro, è stata nuovamente investita della questione da [Giud. di pace di Lecce, ord. 22 settembre 2011, Abdoul Khadre Mbaye, Est. Rochira](#), in questa *Rivista*.

¹⁵⁷ Ad es., Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyler c. Regno Unito*; la Convenzione è intesa, più in particolare, come uno “strumento vivente” la cui interpretazione dev’essere “dinamica ed evolutiva” (Corte EDU, 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*), avendo come obiettivo “la protezione di diritti non teorici od illusori, ma concreti ed effettivi” (Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*).

¹⁵⁸ Si vedano, sul punto, le allarmate considerazioni di P. FERRUA, *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 116 ss.; ma v. anche E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it, p. 30; altresì, P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., 13 s.; più in generale, sul ruolo stesso della Corte EDU, si vedano anche le forti perplessità “di sistema”, di F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione*, cit., 820.

¹⁵⁹ Cfr. ad es. Corte EDU, *Grande Chambre*, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, dove espressamente la Corte sottolinea la propria legittimazione “a verificare se il modo in cui il diritto interno è stato interpretato ed applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione, come interpretati dalla giurisprudenza”.

¹⁶⁰ Specie con riguardo al versante della Convenzione EDU, si è espressamente sottolineato che alla Corte costituzionale “è precluso di sindacare l’interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve” (sentenza n. 311 del 2009). Il rispetto della giurisprudenza della corte EDU da parte della Corte costituzionale, del resto, è confermato in molte recenti decisioni (ad es., n. 93, n. 187 e n. 196 del 2010 e n. 113 del 2011).

costituzionali (tutti i principi e, in genere, le norme costituzionali, nel caso della CEDU;¹⁶¹ solo i “controlimiti”, nel caso del diritto UE).

In definitiva, sembrerebbe richiesto al giudice un processo interpretativo ancor più complesso, e per così dire “trifasico”, chiamandolo a formulare una interpretazione della disposizione interna “comunitariamente” o “convenzionalmente” conforme ma (pur sempre) costituzionalmente compatibile;¹⁶² giacchè, altrimenti, la prima non potrà avere cittadinanza nell’ordinamento domestico.¹⁶³

Da questo punto di vista, si può anche ragionevolmente prevedere che il dialogo (diretto o mediato) tra giudice ordinario e Corti europee sarà la protasi di un dialogo più stringente tra queste ultime e la Corte costituzionale; ma ciò che è certo è

¹⁶¹ Sul fronte CEDU, in particolare, da un lato, si riconosce certo vincolatività – nei termini esplicitati anzitutto dalle “sentenze gemelle” – alle disposizioni della Convenzione “nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione (...)” (cfr. Corte cost. n. 80 del 2011, § 2 del *Considerato in diritto*); dall’altro, tuttavia, ci si riserva di valutare “se, così interpretata, la norma della Convenzione, la quale si colloca pur sempre a livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione” (cfr. Corte cost. n. 80 del 2011, sulla traccia delle precedenti decisioni in termini, e segnatamente le nn. 348 e 349 del 2007, n. 39 del 2008, n. 311 e n. 317 del 2009), e dunque di “valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano” (in questo senso, Corte cost. n. 317 del 2009 e, da ultimo, n. 303 del 2011, ove si è affermato che, se la Corte non può prescindere dall’interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma “con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009, e su quella traccia, n. 236 del 2011) affermando, nel caso “eccezionale” di contrasto, “l’inidoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato” (sul punto, rinvio alle stimolanti pagine di P. GAETA, “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale, cit., 7 ss.).

¹⁶² Per una diversa posizione, sul punto, cfr. ancora P. GAETA, “Controllo di convenzionalità” e poteri del giudice nazionale, cit., 12, ritenendo che il giudice ordinario, rispetto al parametro interposto, possa “solo promuovere incidente di legittimità qualora non sia persuaso della compatibilità del parametro stesso con la Carta costituzionale”, senza poter promuovere una lettura “costituzionalmente orientata” della norma CEDU.

¹⁶³ Un caso discusso si è registrato a margine della decisione delle Sezioni Unite, 21 gennaio 2010, n. 18288, la quale – sulla scorta della nota giurisprudenza della Corte EDU che da tempo sancisce l’irretroattività dell’*overruling* con effetti *in malam partem* – nel concetto di “nuovo elemento di diritto” ex art. 666 c.p.p. deve essere incluso anche “il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa suprema Corte, carattere di stabilità e integra il “diritto vivente”, tanto più se tale operazione è funzionale a garantire il rispetto dei diritti fondamentali” (cfr., sul punto, G. INSOLERA, *Luci ed ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., vol. IV, 2351 ss.). Al riguardo, vi è infatti chi ha visto in questa decisione una interpretazione convenzionalmente conforme ma costituzionalmente incompatibile, segnalando come l’inclusione del precedente giudiziario tra le fonti del diritto – espressamente realizzata dalla Cassazione nella decisione in commento – e la conseguenziale imposizione a tutti i giudici di adeguarsi al principio di diritto espresso dalla sentenza resa a Sezioni Unite implicherebbe una frizione con il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici, principio stabilito all’art. 101, comma 2, Cost., posto che tale principio, nello stabilire che i giudici sono soggetti solo alla legge, esprime l’esigenza che il giudice non riceva che dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto [così F. BIONDI, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso “valore” della fonte del diritto scritto? Quando l’interpretazione conforme alla CEDU pone dei dubbi di costituzionalità*, in www.osservatoriosullefonti.it].

che proprio il giudice ordinario si trova ormai in una “morsa”, e la sua attività al centro di una trama normativa sempre più vorticoso,¹⁶⁴ dove ogni passaggio può sottendere un “errore” in grado persino di compromettere – oggi – la stabilità del giudicato,¹⁶⁵ e magari anche di innescare – la direzione di marcia sembra ormai segnata – la sua responsabilità.

Stretto, anche, tra l’eredità culturale del lascito illuministico – i dogmi della completezza e dell’autosufficienza dell’ordinamento giuridico e della esaustività del sapere del giudice (*iura novit curia*) – e lo strumentario ermenutico *varius, multiplex, multiformis*, dischiuso dalla fucina formicolante delle fonti; un giudice che potrà sentirsi sopraffatto dalla complessità¹⁶⁶ del “disordinamento giuridico”¹⁶⁷ e che sarà non di rado ammaliato, forse, dalla tentazione di appigliarsi ad una qualche *Grundnorm* e di sfiorare la cima dei *valori*,¹⁶⁸ nel tentativo di evadere, come Icaro, dal labirinto penale.

¹⁶⁴ Cfr. anche M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 604 ss., il quale già evidenziava come il giudice sia ormai oggetto “di un accerchiamento a tenaglia”, e appaia “nuovamente precipitato nel caos istituzionale”.

¹⁶⁵ Il riferimento è alla “nuova” causa di revisione introdotta da Corte cost. n. 113 del 2011.

¹⁶⁶ Posto che un giudice tra molte leggi, in definitiva, è un “giudice senza legge”, riprendendo una immagine proposta, *mutatis mutandis*, da N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, cit., 123.

¹⁶⁷ G. ITZCOVITCH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., 49 ss.

¹⁶⁸ N. IRTI, *Diritto senza verità*, cit., 65 ss., 68: “I giudici salgono dalle norme legislative a gradi più alti, norme costituzionali e norme europee; e dalle norme toccano le cime dei *valori*. La completezza dei valori subentra alla completezza della legge. Il giudice non dice più la legge, ma dice *il diritto*; e il diritto è intriso e composto di valori. Ancora applicazione, ma di diritto e valori”. Ma cfr. ancora G. ITZCOVITCH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit., 49, segnalando il passaggio dal criterio/metodo/orizzonte dell’autorità a quello dell’autorevolezza: “Le argomentazioni di tipo formale, o esclusivamente interne, sembrano non bastare più, e si va, quindi, alla ricerca di principi sostanziali, sovraordinati a tutti gli ordinamenti, o ad essi comuni. Il discorso giuridico quindi si eticizza, subisce una svolta e (...) cerca nell’ethos dei diritti fondamentali un nuovo principio di legittimazione”.