

SULL'INTERPRETAZIONE CONFORME AL DIRITTO UE CON EFFETTI PENALI *IN MALAM PARTEM* (*)

di Alessandro Bernardi

SOMMARIO: 1. Un rapporto scientifico e umano tanto lungo quanto felice. – 2. Tre tipi di studiosi del diritto penale europeo. – 3. L'attuale ritorno in forza dei nazionalismi e la conseguente crisi del processo di europeizzazione del diritto criminale. – 4. L'interpretazione conforme al diritto UE: un criterio ermeneutico sottoposto a mille tensioni. – 5. Il tradizionale ricorso da parte dei giudici all'interpretazione conforme sia *in bonam* che *in malam partem*. – 6. Gli eccessi giurisprudenziali dell'interpretazione conforme *in malam partem* per ragioni di "fedeltà comunitaria": gli scivolamenti nell'analogia. – 7. Breve digressione sulla attitudine delle norme UE a plasmare gli elementi normativi della fattispecie penale con effetti *in malam partem*. – 8. I limiti all'interpretazione conforme *in malam partem* posti dalla Corte di giustizia: la preclusione di tale soluzione ermeneutica rispetto alle norme UE *not self-executing*. – 9. Ancora sull'inammissibilità dell'interpretazione conforme *in malam partem* riguardo alle norme UE *not self-executing*. – 10. Le oscillazioni della giurisprudenza di legittimità in ordine all'ammissibilità delle forme di incidenza *in malam partem* del diritto UE sulla fattispecie penale. – 11. Tra garantismo, nazionalismo ed europeismo: le diverse posizioni dottrinarie in merito alla liceità della interpretazione conforme *in malam partem* della fattispecie penale. – 12. Gli argomenti a sostegno del divieto assoluto di interpretazione conforme al diritto UE con effetti di sfavore. – 13. Gli argomenti favorevoli alla generalizzata ammissibilità della interpretazione conforme *in malam partem* al diritto UE. – 14. Gli argomenti a supporto della necessità di consentire l'interpretazione conforme con effetti di sfavore rispetto alle sole norme UE *self-executing*. – 15. Considerazioni conclusive.

1. Un rapporto scientifico e umano tanto lungo quanto felice.

È difficile sintetizzare in poche righe il rapporto scientifico e umano che mi ha legato e continua a legarmi a Giovanni Grasso. Alcuni suoi scritti pionieristici della metà degli anni '80¹ mi furono di fondamentale aiuto per la stesura del mio primo lavoro di diritto penale europeo (allora, comunitario)², nel corso della quale ebbi modo di appassionarmi a questa nuova e ormai fondamentale materia. Successivamente, non ricordo nessuno dei miei studi degli anni '90 sull'europeizzazione del diritto penale nel quale io non mi sia dovuto confrontare coll'arricchente pensiero di Giovanni³; ma già

(*) Il presente lavoro, ultimato nel gennaio 2022, è destinato agli "Scritti in onore di Giovanni Grasso", di prossima pubblicazione.

¹ Mi riferisco, in particolare, a G. GRASSO, *Verso un diritto penale comunitario: i Progetti di Trattato concernenti l'adozione di una regolazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle Comunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 629 ss.; ID., *Diritto penale dell'economia, normativa comunitaria e coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali*, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 1987, p. 227 ss.

² "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 75 ss.

³ Per tutti, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali*

dall'inizio di quel decennio il nostro rapporto si era fatto anche personale, grazie in particolare ai suoi inviti a partecipare ai numerosi convegni tematici da lui organizzati prima nella Facoltà e poi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania, divenuto così il primo polo italiano per l'approfondimento del diritto penale europeo.

Col passare degli anni questo rapporto scientifico e umano si è ulteriormente intensificato ed esteso alle sue allieve, le quali hanno seguito le orme del loro Maestro sino a divenire anch'esse, nel settore in questione, studiose note e stimate in tutta Europa. Non credo sia dunque eccessivo dire che, tra gli incontri avuti durante la mia vita lavorativa, quello con Giovanni Grasso e la sua Scuola è stato senz'altro uno dei più felici.

In questa sede intendo soffermarmi brevemente su un tema che da qualche anno mi appassiona, quello dell'*interpretazione conforme* (detta anche *interpretazione adeguatrice* o *interpretazione concordante*) al diritto UE⁴, concentrandomi stavolta sulla questione della ammissibilità degli eventuali effetti *in malam partem* da essa derivanti. È mia intenzione farlo nel modo più piano e discorsivo possibile, come se stessi dialogando con l'amico che qui si onora; come se stessi esponendogli a voce il mio pensiero al riguardo, condito di una serie di premesse e considerazioni di ordine generale in merito al contesto culturale e politico all'interno del quale si pone il problema dell'interazione tra norme penali nazionali e norme europee.

2. Tre tipi di studiosi del diritto penale europeo.

Indubbiamente, vi sono diversi modi di approcciarsi al diritto penale europeo. Vi è chi guarda ad esso con preoccupazione: per la sua attitudine a sottoporre a critica categorie, norme, istituti radicati nelle tradizioni giuridiche dei singoli Stati del vecchio continente; per la sua tendenza a incidere sull'ordinamento di questi ultimi, "comunitarizzando" (e dunque, almeno in parte "denazionalizzando") la branca del diritto forse tra tutte la più marcatamente "autarchica", dato che essa esprime le fondamentali scelte di valore che connotano la cultura di ciascun Paese. Questo atteggiamento di contrarietà, o quantomeno di sospetto e di estrema cautela nei

degli Stati membri, Milano, 1989; ID., *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 739 ss.; ID., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 65 ss.; ID. in *Arch. Pol. Crim.*, 1996; ID., *Prospettive di uno "Spazio giudiziario europeo"*, in *Indice pen.*, 1996, p. 109 ss.; ID., *Il "Corpus Juris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione Europea*, in *Verso uno Spazio giudiziario europeo: Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Milano, 1997; ID., *La formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Prospettive di un diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, Milano, 1998; ID., *Il Corpus juris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999.

⁴ A. BERNARDI, [Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Brevi osservazioni di un penalista](#), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3/2013, p. 230 ss.; ID., *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, p. VII ss.

confronti del diritto penale europeo è, invero, alquanto diffuso. Di fatto, ancor oggi – anzi, per certi aspetti oggi ancor più di ieri – molti sono i penalisti ostili a riconoscere che le scelte penali nazionali possano essere vincolate dalle fonti normative sovranazionali (da quelle dell’Unione europea, soprattutto, ma a volte anche da quelle del Consiglio d’Europa)⁵, specie laddove ciò determini l’ampliamento della sfera del penalmente rilevante. In tal caso le posizioni anti-europeiste e le posizioni garantiste tendono a convergere, e lo studio del diritto penale europeo viene essenzialmente rivolto a stoppare gli effetti di quest’ultimo, considerati “prevalentemente repressiv[i]”⁶ da quanti si riconoscono in tali posizioni.

Vi è poi chi ha nei confronti del diritto penale europeo un atteggiamento, per così dire, “neutrale”, e si dedica allo studio di questa branca del diritto solo in ragione della straordinaria gamma di problemi scientifici che essa pone; problemi per la cui soluzione è quasi sempre richiesto un approccio interdisciplinare, una attenta considerazione di complesse questioni di ordine non solo penale, ma anche costituzionale e “comunitario”. Ho l’impressione che i cultori del diritto penale europeo rientranti in questa categoria non siano molto numerosi, anzi siano assai pochi, per la semplice ragione che nei problemi posti dall’europeizzazione del diritto penale risultano coinvolti settori del diritto (quelli, per l’appunto, costituzionale ed europeo) ricchi di implicazioni “politiche”⁷; e la politica, si sa, richiede scelte di campo che finiscono per riflettersi sul terreno giuridico, condizionando la stessa interpretazione delle fonti normative nazionali e sovranazionali.

Vi è infine chi “parteggia” in modo più o meno aperto per il processo di europeizzazione del diritto penale, considerandolo necessariamente correlato al ravvicinamento socio-culturale riscontrabile nei Paesi del vecchio continente, allo sviluppo di alcuni fondamentali modelli di organizzazione sovranazionale⁸ finalizzati al mantenimento della pace e alla salvaguardia dei diritti fondamentali, al sempre più importante ruolo assunto da una organizzazione internazionale (la UE) che da tempo ha

⁵ Sulla poco nota attitudine delle convenzioni del Consiglio d’Europa a intaccare la sovranità nazionale in materia penale, specialmente (ma non solo) quando i Comitati di esperti finiscono con l’erodere la discrezionalità interpretativa dei giudici nazionali, cfr., volendo, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, Napoli, 2019, p. 37 ss.

⁶ D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *www.archiviopenale.it*, ottobre 2015, p. 9. Convinto di tale “prevalenza”, l’a. paventa “il rischio (...) forte che il primato del diritto dell’Unione eroda o persino divori diritti della persona” (*ivi*).

⁷ Istruttiva, riguardo ai rapporti tra Costituzione e politica, la lettura dei risalenti scritti di P. CHIMIENTI, *Saggi. Diritto costituzionale e politica*, 2 voll., Napoli, 1915; nonché, in tempi meno remoti, F. VIOLA, *Politica e diritto nella Costituzione*, in *Ragion pratica*, 1995, p. 230 ss. Sottolineare la dimensione “politica” del diritto costituzionale non significa, ovviamente, ignorare la spesso difficile interazione tra costituzionalisti e studiosi delle scienze politiche. Cfr. al riguardo, per tutti, S. BARTOLE, *Il diritto costituzionale e la scienza politica*, in *Il Politico*, 1986, p. 5 ss. Per altro verso, in un’epoca in cui il primo segno distintivo dei partiti politici è il loro tipo di approccio all’Unione europea, appare superfluo rimarcare i rapporti intercorrenti tra il diritto UE e politica.

⁸ Concetto, questo, assai lato e in cui pertanto possono essere ricondotte non solo la UE e il Consiglio d’Europa, ma la stessa CEDU.

assunto le forme di una unione sovranazionale⁹ finalizzata al perseguimento del benessere dei suoi cittadini in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia privo di frontiere interne. Gli studiosi “partigiani” del diritto penale europeo, tra i quali non ho difficoltà a riconoscermi, ritengono che non manchino le ragioni d’ordine sia teorico sia pratico atte a giustificare – anzi, a rendere indispensabile – l’armonizzazione dei sistemi sanzionatori degli Stati membri dell’Unione europea¹⁰. E molti di questi studiosi reputano che tale armonizzazione possa essere adeguatamente pilotata dalla stessa UE, la quale – specie dopo il Trattato di Lisbona – adotta i suoi strumenti normativi di natura penale in modo sufficientemente rispettoso del principio di legalità democratica¹¹. Senza contare che la UE possiede altresì una Corte di Giustizia che, pur non essendo specializzata nella materia penale, anche in relazione a quest’ultima si dimostra il più delle volte all’altezza dei suoi compiti, grazie anche alla sua disponibilità al “dialogo” con i giudici dei Paesi membri e, in particolare, con le Corti costituzionali.

Certamente, per appartenere a questa terza schiera di cultori del diritto criminale occorre essere convinti della bontà, anche in ambito penale, del “progetto Europa”¹²; occorre insomma considerarsi “euro-penalisti”. La qual cosa non impedisce certo di criticare taluni snodi e taluni approdi della costruzione europea in questo ambito, ma consente di non essere apoditticamente orientati a contenere le diverse forme di incidenza del diritto UE sui sistemi penali nazionali. Consente, cioè, di non sgomentarsi di fronte al processo di europeizzazione del diritto penale, il quale a onor del vero è stato assai rapido e si è dimostrato capace di porre in discussione financo concetti giuridici cristallizzati da tempo immemorabile¹³, mettendo a dura prova la capacità di adattamento dei teorici del diritto.

⁹ In argomento cfr., per tutti, A. VON BOGDANDY, *L’unione sovranazionale come forma di potere politico. Destatalizzazione e integrazione comunitaria nella prospettiva della teoria dello stato*, in *Teoria politica*, 1994, p. 133 ss.; *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell’Unione europea e del Mercosur*, a cura di M. Di Filippo, Torino, 2012. A tutt’oggi, peraltro, non risulta ancora pienamente acquisito un accordo condiviso in merito ai concetti di organizzazione sovranazionale, unione sovranazionale, stato sovranazionale.

¹⁰ Altrove ho distinto ragioni a carattere strettamente giuridico, ragioni d’ordine simbolico e ragioni di tipo pratico sottese all’armonizzazione penale europea: cfr. A. BERNARDI, *Opportunité de l’harmonisation*, in *L’harmonisation des sanctions pénales en Europe*, a cura di M. Delmas-Marty, G. Giudicelli-Delage, E. Lambert-Abdelgawad, Paris, 2003, p. 451 ss.

¹¹ Volendo cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.*, 2009, in particolare par. 7.

¹² Progetto perseguito innanzitutto delle due grandi organizzazioni regionali (Consiglio d’Europa e UE).

¹³ A partire dal concetto di sovranità, e segnatamente di sovranità in materia penale: la sovranità essendo da sempre considerata un potere originario assoluto – dunque non frazionabile – appannaggio dello Stato; mentre ormai essa è prevalentemente considerata una entità condivisa tra Stato e organizzazioni sovranazionali.

3. L'attuale ritorno in forza dei nazionalismi e la conseguente crisi del processo di europeizzazione del diritto criminale.

Ora, appare indubbio che, quantomeno per gli appartenenti all'ultima delle tre categorie di studiosi del diritto penale europeo sopra menzionate, l'attuale momento storico sia alquanto sconsolante. Da tempo sembra finito lo slancio ideale che aveva portato, tra l'altro, al graduale aumento dei Paesi membri sia della Grande sia della Piccola Europa, all'adozione di taluni fondamentali testi a carattere sovranazionale deputati alla tutela dell'essere umano, alla progressiva valorizzazione della CEDU¹⁴, al riconoscimento del primato del diritto UE, alla estensione delle competenze dell'Unione europea col susseguirsi dei Trattati.

Per quanto specificamente concerne il Consiglio d'Europa, sono anni che esso versa in una profonda crisi istituzionale e politica che coinvolge talune delle sue più significative convenzioni, prima fra tutte la CEDU. Della crisi di quest'ultima sono manifestazioni, in un crescendo rossiniano: la tendenza di molti Stati parte a ridimensionare la posizione assunta dalla CEDU nella gerarchia delle fonti o comunque a limitare per via interpretativa la sua incidenza sul diritto interno¹⁵; la propensione di un numero sempre maggiore di Stati a eseguire in modo inadeguato, o addirittura a rifiutarsi di eseguire, le sentenze della Corte EDU per essi più scomode¹⁶; la moltiplicazione delle richieste in via politica di un controllo meno penetrante della Corte EDU in merito al rispetto dei diritti CEDU da parte dei Paesi parte¹⁷; le petizioni per l'uscita dalla CEDU e financo dal Consiglio d'Europa avutesi anche in taluni degli Stati più sensibili al tema dei diritti umani¹⁸; il dibattito sempre meno strisciante in merito all'opportunità del ritiro o dell'espulsione dei due Paesi membri più grandi e popolosi in ragione del loro crescente disprezzo per gli impegni presi per via convenzionale¹⁹.

¹⁴ Sia pure con significative differenze tra i singoli Paesi Parte.

¹⁵ Esemplare, al riguardo, la presa di posizione della Corte costituzionale italiana, la quale nella sentenza n. 49 del 2015 ha precisato come, al di fuori del caso specifico oggetto della pronuncia della Corte EDU, il giudice nazionale "possa (...) discostar[si] dagli indirizzi interpretativi invalsi a Strasburgo", dovendosi attenere a questi ultimi solo nei casi in cui le sue pronunce siano di "diritto consolidato" ovvero risultino essere "sentenze pilota". Per una più generale panoramica dei meccanismi attraverso i quali gli Stati parte cercano di minimizzare l'incidenza della CEDU sul diritto interno cfr. volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 59 ss.

¹⁶ I molteplici rifiuti della Russia di dare attuazione alle sentenze di condanna della Corte EDU per il trattamento da essa riservato ai dissidenti politici e l'atteggiamento del governo di questo Paese a fronte della recentissima sentenza con cui i giudici di Strasburgo lo chiamano in causa per l'avvelenamento di una ex spia russa divenuta cittadino inglese sono solo le manifestazioni più note e discusse dei comportamenti vieppiù inadempienti che hanno visto protagonisti, sia pure in misura diversa, molti Paesi parte. In merito alle diverse forme di resistenza degli Stati nei confronti dell'attivismo della Corte EDU considerato lesivo della sovranità nazionale cfr., ad esempio, E. CORCIONE, [Le alternative informali al recesso dalla Convenzione europea dei diritti umani: la "principled resistance" e le minacce di recesso dal sistema convenzionale](#), in *federalismi.it*, 2020, 17, p. 129 ss.

¹⁷ Cfr. A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 124 ss.

¹⁸ Quali la Svizzera, la Francia e il Regno Unito. Al riguardo cfr., ancora, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, cit., p. 133 ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, G. NATALI, [Perché Turchia e Russia potrebbero uscire dal Consiglio d'Europa](#), in

La situazione dell'Unione europea non è certo molto più rosea. La *Brexit*, infatti, è solo la manifestazione più eclatante delle montanti pulsioni anti-europeiste di matrice latamente sovranista²⁰ di cui sono espressione, in particolare, le vieppiù evidenti e generalizzate forme di resistenza al diritto UE e alle sentenze della Corte di giustizia: dalla crescente esposizione, dilatazione e attivazione dei controlimiti da parte di alcune Corti costituzionali²¹, ivi compresa quelle italiana²² e tedesca²³, alla tendenza di talune di queste Corti a rivendicare (sia pure per ragioni non prive di una loro plausibilità) la loro primazia nell'interpretazione dei principi e diritti fondamentali, in tal modo erodendo il ruolo della Corte di giustizia e, di fatto, anche il primato del diritto UE²⁴. In questo generale quadro, la recentissima sentenza della Corte costituzionale polacca che sancisce la contrarietà alla Costituzione di talune norme dei Trattati²⁵, evidenziando al contempo la primazia della Suprema Carta nazionale sul diritto UE e implicitamente ventilando una *Polexit* che darebbe un ulteriore, durissimo colpo alla costruzione europea, ha suscitato grande clamore, ma non sicuramente sorpresa²⁶.

www.treccani.it, 4 giugno 2018.

²⁰ Sul ricorso al termine sovranismo come "categoria pigliatutto" cfr. D.M. DE LUCA, ["Sovranismo", la parola](#), in *il Post*, 4 gennaio 2019.

²¹ Cfr. tra le altre, sia pure con diverse modalità: Suprema Corte danese, in particolare, sent. 6 dicembre 2016, Case n. 15/2014, *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.*, ma già in precedenza sent. 6 aprile 1998 relativa al caso n. I-361/1997; Corte costituzionale francese, sentt. n. 2004-496 del 10 giugno 2004 e n. 2004-497 del 1° luglio 2004); Tribunale costituzionale polacco, sent. P 1/05 del 27 aprile 2005 in tema di applicazione del mandato di arresto europeo ai cittadini polacchi, nonché sent. K 18/04 dell'11 maggio 2005 in tema di partecipazione della Polonia all'Unione europea e sent. 14 luglio 2021, P 7/20 in merito al carattere *ultra vires* di un'ordinanza cautelare della Corte di giustizia; Corte costituzionale ceca (sent. 31 gennaio 2012 – PI US 5/12.); Corte costituzionale ungherese, sent. 16 dicembre 2016 22/2016 (XII. 5.) AB; Corte costituzionale rumena, dichiarazione 23 dicembre 2021, ove di fatto si afferma che va escluso il primato del diritto UE sulle norme di rango costituzionale; naturalmente anche Corte costituzionale italiana, sent. 10 aprile 2018, n. 115 a chiusura della "saga Taricco". Per una sintetica rassegna di queste sentenze cfr., volendo, A. BERNARDI, *Las formas de "resistencia nacionalista" a las sentencias del TJUE. Soberanía versus efectividad judicial*, in *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, a cura di J. I. Ugartemendia Eceizabarrena, A. Saiz Arnaiz, Oñati, 2021, p. 130 ss.

²² Basti ricordare, al riguardo, il celeberrimo "caso Taricco", conclusosi con la sentenza 115/2018 della Corte costituzionale che costituisce una esemplare ipotesi di ricorso, sia pure indiretto, ai controlimiti. Cfr., per tutti e con grande varietà di accenti, C. AMALFITANO, O. POLLICINO, [Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude \(?\) la saga Taricco](#), in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018; C. CUPELLI, [L'epilogo del caso Taricco: l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo](#), in *Criminal Justice Network*, 13 dicembre 2018; M. DONINI, [Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco](#), in *Dir. Pen. Cont.*, 11 luglio 2018; A. RUGGERI, [Taricco, amaro finale di partita](#), in *Consulta OnLine*, fasc. III/2018, p. 488 ss.

²³ *Bundesverfassungsgericht*, sent. 30 giugno 2009 ("*Lissabon Urteil*"); Id., sent. 5 maggio 2020 (*Weiss*), nella quale per la prima volta il controlimite dell'*ultra vires* ha trovato concreta applicazione in relazione agli acquisti disposti dalla Banca Centrale Europea nel quadro del *Public Sector Purchase Programme (Quantitative easing)*.

²⁴ In argomento cfr., volendo e con particolare riferimento alla situazione italiana, A. BERNARDI, *Las formas de "resistencia nacionalista" a las sentencias del TJUE. Soberanía versus efectividad judicial*, in *¿Está en peligro el Estado de Derecho en la Unión Europea?*, cit., p. 139 ss.

²⁵ Sent. 7 ottobre 2021, K 3/21.

²⁶ In una analoga prospettiva sovranista cfr. anche, tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale romena dell'8 giugno 2021, la quale in risposta alla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" e a. contro Inspecția Judiciară e a.*, afferma che il diritto UE prevale sul diritto

Per vero, anche le istituzioni sovranazionali, e in particolare le due Corti europee, hanno contribuito all'attuale, prolungata fase di reazione al periodo dell'entusiasmo europeista. È infatti indubbio che gli spericolati sviluppi interpretativi conferiti dalla Corte EDU a certi diritti e principi CEDU hanno favorito talune delle risposte di segno nazionalista degli Stati parte, volte appunto a porre fine a quelle "cessioni involontarie di sovranità" (specialmente in ambito penale) ascrivibili al sistema dinamico di controllo giurisdizionale previsto dalla CEDU²⁷. Del pari, è evidente che i meccanismi messi in opera da alcune Corti costituzionali per riappropriarsi del loro ruolo di interpreti privilegiati dei principi e diritti fondamentali a discapito della Corte di giustizia sono stati almeno in parte innescati dalla evoluzione in senso costituzionale della Corte di giustizia; evoluzione divenuta macroscopica col varo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che i giudici di Lussemburgo sono chiamati a interpretare. Ma, a ben vedere, si tratta di una evoluzione inaugurata molto prima dai suddetti giudici: basti ricordare, al riguardo, la elaborazione ad opera della stessa Corte di un vero e proprio catalogo di principi/diritti di "diritto non scritto", in quanto non rinvenibili nei Trattati ma ricavati in via pretoria dalle tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri e dalle convenzioni ratificate da questi ultimi; principi/diritti atti a giustificare il primato del diritto (allora) comunitario e, al contempo, a vagliare la conformità a tale diritto dei testi normativi nazionali attuativi delle fonti giuridiche adottate a Bruxelles²⁸.

Vero tutto ciò, resta il fatto che, nell'attuale periodo di rilancio dei "patriottismi costituzionali" o *tout court* dei sovranismi tesi a frenare la crescita dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa, gli attuali studiosi favorevoli all'europeizzazione del diritto penale rischiano di assomigliare sempre più ai glaciologi, in questa epoca di *global warming* costretti ad assistere al progressivo e drastico regresso dei ghiacciai e financo a temere che venga del tutto meno l'oggetto della loro scienza.

Questo paragone, a ben vedere, non risulta nemmeno troppo azzardato: il ritorno in forze dei nazionalismi ha indubbiamente determinato, nel Vecchio Continente, un "mutamento climatico" che rischia di implicare non solo un rallentamento, ma financo un regresso della costruzione europea. Di fatto, è sin d'ora possibile rilevare talune forme di riduzione dell'incidenza del diritto europeo sul diritto penale. Tale "mutamento climatico" tende a riflettersi anche sul canone dell'interpretazione

nazionale solo limitatamente alle norme subcostituzionali.

²⁷ La mia dichiarata posizione filo-europeista non mi ha vietato di riconoscere e di mettere per iscritto che, almeno in taluni casi, il tasso di imprevedibile creatività della giurisprudenza della Corte EDU è apparso poco plausibile e tendenzialmente insensibile alla esigenza di non superare il naturale livello di sopportabilità degli Stati parte nel veder sindacate condotte e financo (in caso di *recurso in abstracto*) norme nazionali apparentemente esenti da vincoli di origine CEDU. Emblematiche, al riguardo le sentenze contro il Regno Unito e la Russia per la violazione dell'obbligo di "organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto" (art. 3 del Protocollo n. 1) correlata al rifiuto di concedere il diritto di voto ai detenuti condannati in via definitiva. Al riguardo cfr, per tutti, S. ZIRULIA, [La privazione del diritto di elettorato attivo a seguito di condanna penale, sullo sfondo dei rapporti tra Convenzione EDU e Costituzioni degli Stati contraenti: crisi del modello della "norma interposta"?](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013.

²⁸ Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, p. 175 ss.

conforme al diritto UE, stante che – quantomeno in relazione alle norme penali nazionali – sono evidenti i tentativi di limitare la portata di detto canone, non solo circoscrivendo, ma addirittura eliminando in radice i suoi eventuali effetti *in malam partem*. Con la precisazione che sono tali non solo gli effetti correlati all’interpretazione estensiva dell’ambito applicativo della fattispecie penale, ma anche quelli consistenti nella limitazione/esclusione dell’operatività di una norma esimente o di una causa estintiva della punibilità (senza contare che, per certi aspetti, effetti *in malam partem* dell’interpretazione conforme possono considerarsi anche quelli implicanti la compressione “verso il massimo edittale” della discrezionalità del giudice in sede di commisurazione della pena²⁹).

4. L’interpretazione conforme al diritto UE: un criterio ermeneutico sottoposto a mille tensioni.

Come si sa, il canone della interpretazione conforme è apparentato con quello dell’interpretazione sistematica, espressivo delle interazioni fra le diverse norme del sistema giuridico³⁰. Tuttavia, mentre nella interpretazione sistematica il contenuto della disposizione oggetto di interpretazione viene precisato attraverso la lettura di una o più norme ad essa non gerarchicamente sovraordinate, nella interpretazione conforme le norme deputate a focalizzare il contenuto della suddetta disposizione si collocano in una posizione di primazia. Ne consegue che il “vero significato” della disposizione, quello che ne condiziona l’operatività all’interno del sistema, discende innanzitutto dall’esigenza di porre la disposizione in sintonia con norme di livello superiore. In tal modo – pur senza escludere del tutto la possibilità che anche queste norme “sovraordinate” possano essere illuminate dalla lettera della disposizione chiamata a sintonizzarsi con esse in virtù di quella “circularità” dell’attività interpretativa che consente a quest’ultima di operare anche dal basso verso l’alto³¹ – in sede d’interpretazione conforme il contenuto della disposizione risulta condizionato dalle norme-parametro di rango superiore in modo più stringente di quanto non avverrebbe

²⁹ Sul punto cfr., tuttavia, le puntualizzazioni effettuate *infra*, sub par. 5, ntt. 40 e 41.

³⁰ Cfr., volendo, A. BERNARDI, Presentazione. *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, cit., p. VIII ss.

³¹ La circolarità dei percorsi ermeneutici emerge invero in tutta la sua evidenza nelle ben note seppur discusse forme di interpretazione della Costituzione “conformemente” alla legge (in merito alla quale cfr., tra gli altri, R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, par. 8., p. 15 dell’estratto; G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, p. 913 ss.) o “conformemente” alla CEDU (in merito alla quale cfr. cfr. O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, parte II, cap. III, sez. I). Così come emerge nell’interpretazione del diritto CEDU e UE “conformemente” ai diritti nazionali (basti pensare ai già menzionati principi generali di diritto non scritto ricavati dalla Corte di giustizia a partire “dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” (art. 6.3 TUE), vale a dire da tradizioni radicate in testi normativi – le Costituzioni nazionali – che la Corte di giustizia considera subordinati al diritto UE).

in sede di interpretazione sistematica da parte di norme-parametro di pari grado o addirittura di grado inferiore.

Non a caso, del resto, il canone dell'interpretazione conforme sembra essere sorto prima nell'ambito del diritto internazionale, (per sancire, in sintonia con la concezione monistica kelseniana, l'obbligo di adeguare la normativa interna ai trattati internazionali non ratificati) e poi, con l'avvento delle Leggi fondamentali nazionali in posizione di assoluto primato sulle altre norme interne, nell'ambito del diritto costituzionale. Solo più recentemente, col sorgere delle organizzazioni sovranazionali, si è assistito al proliferare di interpretazioni conformi di tipo "regionale" quali l'interpretazione conforme agli strumenti del Consiglio d'Europa (e in particolare alla CEDU) e l'interpretazione conforme al diritto comunitario, divenuto poi diritto UE³².

In sostanza il canone dell'interpretazione conforme si afferma ogniqualvolta vi sia un sistema di norme gerarchicamente ordinate, all'interno del quale le norme di grado inferiore sono chiamate ad adeguarsi a quelle di grado superiore. Stando così le cose, per non creare problemi difficilmente superabili, tale vincolo gerarchico dovrebbe collocarsi all'interno di un unico sistema stratificato di norme caratterizzate da rapporti gerarchici improntati alla massima chiarezza. In Europa, per contro, si registra una convivenza di sistemi normativi nazionali e sovranazionali nell'ambito della quale i rispettivi rapporti gerarchici, e a volte financo i rispettivi spazi di operatività, sono privi di tale chiarezza e vengono costantemente messi in discussione. Basti pensare, per quanto riguarda le questioni gerarchiche, ai controversi rapporti tra CEDU e CDFUE³³; ovvero, per quanto concerne i rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, alle incertezze – come si è sopra accennato, oggi più evidenti che mai – in merito al catalogo dei controlimiti e agli organi giurisdizionali deputati ad avere l'ultima parola in relazione ad essi. Per quanto poi concerne le controversie in merito agli spazi di operatività dei suddetti sistemi, basti pensare alle recenti sentenze di alcune Corti costituzionali che hanno opposto a certe sentenze della Corte di giustizia il controlimite *dell'ultra vires*³⁴; ovvero ai contrasti in merito all'esistenza o meno di una competenza diretta dell'Unione europea nel campo del diritto penale.

Già dagli esempi appena fatti si intuisce che queste incertezze e controversie sono destinate a essere particolarmente avvertite in sede penale, vale a dire in un settore dell'ordinamento giuridico nel quale – come in precedenza ricordato – risulta tuttora

³² Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Milano, 200, cap. I, par. 2. Con puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia l'a. ci ricorda che il vincolo dell'interpretazione conforme è stato sancito con riferimento prima alle direttive non trasposte, poi alle norme dei Trattati e infine a tutto il diritto UE.

³³ Stante che il primato attualmente riconosciuto da alcuni Stati (tra cui l'Italia) al diritto UE sul diritto CEDU appare smentito dall'art. 52.3 CDFUE, il quale sembrerebbe viceversa suggerire la subordinazione alla CEDU sulla suddetta Carta dei diritti fondamentali. Cfr., sul punto, A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., p. 151 ss.

³⁴ Cfr., in particolare, tra le sentenze in precedenza ricordate: Corte costituzionale Ceca, 31 gennaio 2012, Pl. Ús 5/12; *Bundesverfassungsgericht*, sent. 5 maggio 2020, *Weiss*; Tribunale costituzionale polacco, sent. 14 luglio 2021, P 7/20.

radicata la concezione autarchica della sovranità. È dunque in questa sede che più si evidenziano i contrasti in merito ai rapporti gerarchici tra le norme proprie del nostro sistema nazionale e quelle espresse dalle organizzazioni regionali, in particolare dall'Unione europea. Ciò vale specialmente laddove l'incidenza del diritto UE sul diritto penale implichi non già la compressione degli ambiti di intervento del diritto penale³⁵ ovvero l'attenuazione della risposta punitiva, ma al contrario la dilatazione di questi ambiti ovvero l'incremento della suddetta risposta: come nel caso appunto della tanto discussa interpretazione conforme al diritto UE *in malam partem*.

In questi ultimi anni il dibattito sui limiti all'adattamento per via ermeneutica delle norme penali nazionali al fine di conformarle al diritto UE si è fatto progressivamente più acceso. In questa sede cercherò di ripercorrere le vicende di tale forma di interpretazione conforme così come esse si sono evolute nella prassi giurisprudenziale italiana, nelle prese di posizione della Corte di giustizia e nelle dispute dottrinali. Successivamente proverò ad argomentare in merito ai possibili – e, come vedremo, controvertibili – spazi riservati agli effetti di sfavore derivanti da questo tipo di interpretazione.

5. Il tradizionale ricorso da parte dei giudici all'interpretazione conforme sia *in bonam* che *in malam partem*.

È risaputo che, dopo aver sancito i principi dell'effetto diretto³⁶ e del primato³⁷, la Corte di giustizia ha presto segnalato l'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto comunitario³⁸; obbligo del resto ammesso senza difficoltà dalle stesse Corti costituzionali³⁹.

Sull'onda di questa giurisprudenza, gran parte dei giudici dei Paesi membri ha progressivamente preso l'abitudine di far uso a tutto campo dell'interpretazione conforme al diritto comunitario, "leggendo" le norme nazionali in modo da porle per quanto più possibile in sintonia con le fonti giuridiche varate a Bruxelles. Ciò è avvenuto anche con riferimento alle norme penali: cosicché esse sono state spesso interpretate *in bonam partem* per evitare che si ponessero in contrasto col diritto europeo e dovessero essere, dunque, almeno in parte disapplicate⁴⁰; ma altre volte esse sono state interpretate

³⁵ Come nel caso emblematico della disapplicazione di norme penali contrastanti con norme UE; disapplicazione pacificamente ammessa pressoché da sempre, vale a dire anche prima che all'Unione europea venissero attribuite le prime embrionali forme di competenza penale.

³⁶ Corte di giustizia, sent. 5 febbraio 1963, 5 febbraio 1963, causa 24/62, *van Gend & Loos*.

³⁷ Corte di giustizia, Sent. 15 luglio 1964, causa C 6/64, *Costa c. Enel*.

³⁸ Cfr., per tutte, sent. 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy*; sent. 13 febbraio 1990, causa 106/89, *Marleasing*; sent. 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret*; sent. 14 luglio 1994, causa 91/92, *Faccini Doril/Recreb*; sent. 12 settembre 1996, causa 168/95, *Arcaro*; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, *Procedimenti penali c. X*.

³⁹ Cfr., limitatamente all'Italia, Corte cost. sentt. 26 ottobre 1981, nn. 176 e 177, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1543; sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1098.

⁴⁰ Merita di essere precisato che l'interpretazione penale "comunitariamente conforme" *in bonam partem* si

anche *in malam partem*⁴¹, per consentire loro di garantire il rispetto di norme europee altrimenti prive di adeguata tutela⁴². Detto per inciso, questa interpretazione *in malam partem* risultava particolarmente agevole in Italia, dato che all'interno del sistema penale italiano – diversamente da quanto accade nei Paesi UE che in ambito penale prevedono solo l'interpretazione restrittiva⁴³ – l'interpretazione estensiva delle fattispecie penali

rinviene, essenzialmente, laddove l'esigenza di sintonizzare il diritto nazionale al diritto UE comporti una interpretazione restrittiva di taluni elementi della fattispecie penale (stante che anche i "termini del linguaggio comune sono suscettibili di ricezione trasformativa" in funzione del nuovo contesto cultural-normativo in cui si inscrivono: D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 228), ovvero comporti una interpretazione estensiva – ovviamente, nei limiti consentiti dal principio di legalità – dell'ambito applicativo di una norma esimente o di una causa estintiva della punibilità. Peraltro, sembrerebbe per certi versi possibile parlare di interpretazione conforme *in bonam partem* anche quando la suddetta esigenza di sintonizzare il diritto nazionale al diritto UE implichi una applicazione "selettiva" delle pene applicabili all'interno dei compassi edittali previsti dalle singole fattispecie incriminatrici. Infatti, la Corte di giustizia ha a più riprese affermato che le (o talune delle) sanzioni utilizzate dallo Stato per colpire gli autori di certi illeciti devono ritenersi in conflitto con la normativa "europea", in quanto eccessive, tenuto conto della natura dell'illecito, del comportamento dell'autore, e di altri eventuali indici di gravità del fatto. Ne consegue che, nel caso in cui l'intero compasso edittale previsto da una norma incriminatrice contrasti col diritto UE, la norma in questione va disapplicata, mentre nel caso in cui solo tale contrasto sussiste sono rispetto alla parte della pena prossima al massimo edittale, il giudice sarà tenuto a irrogare la pena nei limiti di quella parte del suo compasso edittale non contrastante col diritto UE. Sul punto cfr. Corte di Giustizia, sent. 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, in *Racc.*, 1977, p. 1507. In base a tale pronuncia, "qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione". (In argomento cfr., volendo, A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, par. 6.; *amplius* ID., "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 197 ss.). Tuttavia, questa opera giurisprudenziale di adeguamento al diritto UE delle sanzioni applicabili a taluni reati sembrerebbe più correttamente costituire espressione non già di una attività interpretativa in senso proprio, ma di una attività commisurativa consistente nella parziale disapplicazione del compasso edittale previsto dalla fattispecie penale.

⁴¹ Simmetricamente a quanto detto nella nota precedente – e a completamento di quanto osservato *supra*, *sub* par. 3, *in fine* – va ripetuto che l'interpretazione "comunitariamente conforme" *in malam partem* si traduce essenzialmente nell'interpretazione estensiva di taluni elementi della fattispecie ovvero nella interpretazione restrittiva di una scriminante o di una causa estintiva della punibilità. Del pari, di interpretazione conforme *in malam partem* sembrerebbe forse possibile parlare anche quando l'esigenza di adeguare il diritto penale nazionale al diritto UE obblighi il giudice a punire le violazioni del diritto comunitario applicando la pena sempre e comunque nei pressi del massimo edittale, di modo da assicurare, attraverso le suddette fattispecie, quella risposta sanzionatoria "efficace, proporzionata e dissuasiva" pretesa dal "principio di leale cooperazione" inscritto nei Trattati (cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*). L'eventualità di una compressione della discrezionalità giudiziale "verso l'alto" è specificamente evocata dalla Corte di Giustizia, per esempio, nelle sentt. 10 aprile 1984 causa 14/83, *von Colson e Kaman*, e causa 76/83, *Harz*. Anche in tale ipotesi, tuttavia, questo adeguamento al diritto UE delle sanzioni applicabili dal giudice a taluni reati sembrerebbe più correttamente costituire espressione non già di una attività interpretativa in senso proprio, ma di una attività commisurativa consistente nella parziale disapplicazione del compasso edittale previsto dalla fattispecie penale.

⁴² Cfr. art. 4, par. 3, comma 2 TUE, in base al quale "Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione". Cfr. altresì, analogamente, gli artt. 86 Tr. CECA e 192 Tr. Euratom.

⁴³ Cfr., ad esempio, l'art. 111-4 del codice penale francese.

veniva (e tuttora viene) ammessa dalla quasi totalità della dottrina. Come si sa, infatti, nel nostro Paese solo una minoranza sparuta ancorché autorevole di autori – particolarmente sensibile al principio di *extrema ratio* ed alle sue diverse implicazioni nella prassi applicativa – si dichiarava (e tuttora si dichiara) contraria alla dilatazione per via ermeneutica delle norme incriminatrici⁴⁴.

In ogni caso, per quanto specificamente concerne l'interpretazione "comunitariamente conforme" delle norme penali con effetti *in malam partem*, essa non era certo ostacolata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalla quale anzi da tempo si evince che il vincolo dell'interpretazione conforme sussiste anche in ambito penale, e anche quanto comporti effetti sfavorevoli al reo⁴⁵.

Stando così le cose, in un primo tempo i giudici italiani non hanno in genere esitato ad utilizzare l'interpretazione penale conforme *in malam partem*, tanto più che a favore dell'opportunità di tale opzione ermeneutica militavano due ordini di ragioni a cui in genere essi si dimostravano sensibili.

La prima di queste ragioni era l'esigenza di tutelare i beni giuridici creati dalle fonti UE; del resto, è nota la tendenza dei giudici ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dei beni/interessi – non importa se nazionali o sovranazionali – considerati meritevoli di protezione, e dunque a fare il possibile per assicurare, grazie anche l'interpretazione *in malam partem* delle norme incriminatrici, una efficace repressione dei comportamenti lesivi dei suddetti beni/interessi.

La seconda ragione era la necessità di evitare – in particolare, appunto, attraverso l'ampliamento per via interpretativa dell'ambito applicativo di talune fattispecie penali, ovvero tramite l'incremento della pena concretamente applicata (sempreché, beninteso, nei limiti del potere discrezionale del giudice) – che lo Stato incorresse in una condanna da parte della Corte di giustizia per violazione dell'obbligo di garantire, attraverso il ricorso al diritto penale e al coefficiente di dissuasività delle sue sanzioni, l'effettività del diritto comunitario⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, I, p. 191; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale. Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 10-15, Bologna, 1974, p. 297 ss.; nonché, soprattutto, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2004, pp. 113 s.; sia pure con accenti più sfumati, G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1991, p. 75 ss.

⁴⁵ Cfr., in particolare, Corte di giustizia, sent. 28 marzo 1990, cause riunite C-206/88 e C-207/88, *Vessoso e Zanetti*.

⁴⁶ Va ribadito ancora una volta che, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli Stati membri devono "adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva. (cfr., ancora, Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*, cit., parr. 23 e 24).

6. Gli eccessi giurisprudenziali dell'interpretazione conforme *in malam partem* per ragioni di "fedeltà comunitaria": gli scivolamenti nell'analogia.

Come sopra accennato, sull'onda della generalizzata ammissibilità in Italia dell'interpretazione estensiva delle norme penali nonché del succitato avallo di questa opzione ermeneutica da parte della Corte di giustizia in funzione di tutela delle norme UE e dei beni/interessi comunitari da esse previsti, buona parte dei giudici italiani è presto entrata nell'ordine di idee di "leggere" le fattispecie incriminatrici in modo tale da consentirne l'applicabilità ai casi di aggressione dei suddetti beni/interessi. Oltretutto, una siffatta prassi non solo si poneva in sintonia col principio del primato delle fonti (allora) comunitarie sul diritto interno e col relativo obbligo di conformarsi al diritto "europeo"⁴⁷, ma costituiva una sorta di impropria compensazione della cronica lentezza del legislatore nazionale nel varare fattispecie penali pensate appositamente per dare una adeguata "attuazione sanzionatoria" alle prescrizioni contenute nei testi normativi adottati a Bruxelles⁴⁸.

Al riguardo, è opportuno ricordare che – specialmente prima della cosiddetta "legge La Pergola" del 9 marzo 1989, n. 86, che ha istituito quella "legge comunitaria annuale" finalizzata proprio a porre rimedio alle inadempienze dell'Italia in ambito CEE (ora UE) – le procedure di adeguamento del diritto interno alla normativa europea si caratterizzavano spesso per i loro tempi biblici⁴⁹. Questa situazione (certo migliorata, ma non completamente risolta con la ciclica adozione delle leggi comunitarie annuali) poneva uno scomodo dilemma al giudice penale: o riconoscere l'impossibilità di punire adeguatamente le violazioni delle norme adottate a Bruxelles, mettendo in piena luce l'incapacità dello Stato a garantire l'effettività dei precetti "europei" – non di rado varati per la salvaguardia di interessi primari di carattere sovrastatale – così da esporlo alla procedura di infrazione prevista dai Trattati⁵⁰; oppure ingegnarsi per offrire comunque una adeguata tutela sanzionatoria ai succitati precetti, in particolare estendendo la portata di talune delle fattispecie penali presenti nel nostro ordinamento (ovvero ancora adottando quegli ulteriori espedienti ermeneutici cui in precedenza si è fatto cenno)⁵¹. Ben si intuisce, allora, come la ricerca da parte del giudice della fattispecie penale adatta alla bisogna potesse tradursi non solo nell'interpretazione estensiva di quest'ultima, ma

⁴⁷ Invero, dalla presunzione di conformità della legge interna al diritto comunitario discende che "fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale" (cioè all'art. 11 Cost., che garantisce l'osservanza dei trattati comunitari e del diritto da essi derivato): Corte cost., sent. 8 giugno 1984, n. 170, cit.

⁴⁸ Sulle cause di tale lentezza cfr., volendo, A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara — Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 146 ss.

⁴⁹ Vero è che vi sono stati periodi in cui le leggi comunitarie non sono riuscite a rispettare il ritmo di cadenza annuale prestabilito; ma è indubbio che l'istituto della legge comunitaria annuale si è rivelato uno strumento fondamentale non solo di affinamento, ma anche di accelerazione delle procedure di trasposizione nel diritto interno della normativa europea.

⁵⁰ Cfr., ora, gli artt. 258 e 260 TFUE.

⁵¹ Cfr., *supra*, sub par. 3, *in fine* e par. 5, nt. 41 e 46.

anche in forme più o meno occulte di interpretazione analogica e “additiva”⁵² non consentite dal principio di legalità.

Merita di essere evidenziato come tutto ciò avvenisse in un periodo storico in cui il veloce moltiplicarsi di nuove manifestazioni criminali dotate di un elevato coefficiente di allarme sociale⁵³, così come la definitiva emersione di forme di illegalità diffusa dai contorni a volte sfumati⁵⁴, tendevano già di per sé a porre in crisi il principio di legalità, favorendo il primato delle istanze preventivo-repressive sui corollari garantistici della riserva di legge e della determinatezza, dai quali discende il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici. Come si ricorderà, gli ultimi decenni del secolo scorso sono stati gli anni delle stragi terroristiche prima e mafiose poi, a seguito delle quali il diritto vivente aveva talora addirittura finito col “sentirsi in dovere” di prescindere dai vincoli interpretativi derivanti dal tipo legale, privilegiando forme di supplenza giudiziaria sempre più sbilanciate in chiave di difesa sociale⁵⁵.

Per quanto sin qui detto, ben si comprende come la tendenza di una parte della giurisprudenza a sacrificare le garanzie insite nella tassatività penale a favore della repressione di fatti gravissimi lesivi di beni giuridici primari⁵⁶ abbia costituito un fenomeno a carattere generale travalicante in larga misura ogni questione relativa all’interazione tra norme europee e norme penali interne. Ma si comprende altresì come questa interazione abbia potentemente contribuito a rafforzare una prassi giudiziaria la quale, per le ragioni or ora viste, risultava già caratterizzata dalla talora vistosa manipolazione “in chiave additiva” di alcune delle fattispecie incriminatrici esistenti. Infatti, a tacer d’altro, il diritto comunitario, nel creare beni-interessi analoghi e paralleli a quelli di matrice strettamente nazionale, seppure diversamente da questi ultimi non di rado sforniti (almeno in un primo momento) di un’adeguata tutela penale⁵⁷, costituiva il luogo ideale per realizzare in via giurisprudenziale quelle forme di parificazione di tutela tra beni equivalenti peraltro spettanti, in linea di principio, al solo legislatore.

⁵² Sul concetto di “interpretazione additiva” cfr. G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, p. 15.

⁵³ Basti pensare ai terrorismi di varia matrice.

⁵⁴ Si pensi alle forme di criminalità organizzata a carattere mafioso, camorristico, ecc.

⁵⁵ Cfr., ancora e per tutti, G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 23.

⁵⁶ Cfr., ad esempio, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 336. Circa “il riferimento al bene giuridico come criterio d’interpretazione giudiziale prevalentemente espansiva” cfr. tra gli altri, problematicamente, G. FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, cit., p. 74 ss.; ID., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giustizia*, 1991, p. 22 s.

⁵⁷ Va ricordato che l’assenza di una competenza penale in capo alla Comunità europea faceva sì che i precetti contenuti nei regolamenti CE nascessero non di rado privi di tutela penale; tutela che, ove non assicurata da norme penali già esistenti all’interno dei singoli ordinamenti nazionali, risultava realizzabile solo in sede di attuazione sanzionatoria dei suddetti precetti da parte dei Paesi membri. Va altresì sottolineato che anche dopo i Trattati di Maastricht e di Lisbona questa situazione non è granché cambiata, dato che secondo una opinione non unanime ma diffusa gli artt. 86 e 325 TFUE non attribuirebbero alla Unione europea una competenza penale diretta, e che comunque non sono mai stati adottati regolamenti contenenti norme penali.

Particolarmente significativa risulta, al riguardo, un'indagine incentrata sulle sentenze in tema di frodi ai danni della (allora) Comunità europea. Come noto, infatti, a fronte del fenomeno della captazione abusiva di sovvenzioni europee – fenomeno innescato dalla politica comunitaria di aiuti ed incentivi in vari settori economici e consistente in una molteplicità di comportamenti fraudolenti in rapida espansione ed evoluzione⁵⁸ – non ha fatto riscontro per lungo tempo una adeguata reazione del legislatore penale italiano. Cosicché, se si esclude l'introduzione negli anni '60 e '70 di pochi illeciti a carattere penale e amministrativo previsti in relazione a circoscritti settori merceologici⁵⁹, sino almeno alla metà degli anni '80 la lotta alle frodi comunitarie è stata combattuta attraverso il ricorso al preesistente arsenale sanzionatorio, la cui efficacia repressiva nei confronti dei suddetti illeciti si è trovata non di rado a dipendere dall'interpretazione "creatrice" del giudice; interpretazione, questa, difficilmente effettuabile in relazione alle norme incriminatrici meglio conformate al canone della determinatezza⁶⁰, e per contro più agevolmente attuabile rispetto alle fattispecie penali a carattere marcatamente elastico o addirittura intrise di vaghezza.

Era quindi logico che in sede di contrasto alle frodi comunitarie i giudici finissero col privilegiare la fattispecie relativa alla truffa, la quale nonostante la sua evidente forma vincolata risulta (almeno secondo taluni) caratterizzata da una generalità di contenuti e da una ambiguità di fondo⁶¹ atte a favorire le più spregiudicate operazioni ermeneutiche di svalutazione delle sue specificità modali⁶². Del resto, è noto come la giurisprudenza avesse da tempo sottoposto l'art. 640 c.p. a processi interpretativi di tipo analogico capaci di dilatarne la portata repressiva a fatti non solo tendenzialmente

⁵⁸ Per un esame della tipologia delle c.d. frodi comunitarie cfr., per tutti, S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità europea*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 232 ss.; J. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994, p. 35 ss., e bibliografia ivi riportata; SENATO DELLA REPUBBLICA, UFFICIO VALUTAZIONE IMPATTO, *Lotta alle frodi in danno delle uscite di bilancio dell'Unione europea – Documento di analisi n. 17*, 2017.

⁵⁹ Cfr., essenzialmente, l'art. 9 d.l. 21 novembre 1967, n. 1051, convertito in l. 18 gennaio 1968, n. 10 e l'art. 4 l. 13 agosto 1979, n. 424 in materia di olio di oliva; nonché l'art. 6 d.l. 30 settembre 1969, n. 645, convertito in l. 26 novembre 1969, n. 829 in materia di grano duro.

⁶⁰ Quali, ad esempio, il mendacio bancario (art. 95, l. 7 marzo 1938, n. 141), le false comunicazioni sociali (art. 2621 c.c.), il ricorso abusivo al credito (artt. 218 e 225 r.d. 16 marzo 1942, n. 267), caratterizzate da elementi costitutivi che mal si prestano ad essere "estesi" attraverso forme di criptoanalogia. Per un recente, autorevolissimo richiamo all'obbligo costituzionale per il legislatore, di "formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico" tali da impedire al giudice di assumere "un ruolo creativo" cfr. Corte cost., sent. 28 aprile 2021, n. 98, con puntuali riferimenti alla sua pregressa giurisprudenza in argomento.

⁶¹ Cfr., con specifico riferimento al problema della utilizzazione di tale fattispecie nei casi di abusiva captazione di finanziamenti, sovvenzioni e contributi vari, M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 213.

⁶² Per una sottolineatura della propensione della nostra giurisprudenza ad applicare in modo estremamente dilatato l'art. 640 c.p. cfr., ad esempio, S. SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 127 s.; R. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini, T. Padovani e F. Palazzo, Milano, 1994, p. 21 ss.; R. ZANOTTI, *La truffa*, Milano, 1993, in particolare p. 91 ss.

estranei al suo nucleo originario⁶³, ma financo carenti di taluni degli elementi costitutivi in essa previsti⁶⁴.

Date queste premesse, ben può comprendersi come almeno una parte delle frodi sulle sovvenzioni comunitarie abbia finito col venir ricompresa nel reato di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640, comma 2, n. 1, c.p.: e questo non solo nei casi in cui almeno una quota del finanziamento fosse erogata dallo Stato italiano⁶⁵, ma financo nei casi in cui l'unico organo erogatore fosse l'Unione europea. Peraltro – come noto – sino al 2020 il reato di truffa concerneva solo le ipotesi relative a fatti commessi a danno dello Stato o di un altro ente pubblico, in quanto l'art. 640 c.p. non menzionava l'Unione europea tra i soggetti danneggiati⁶⁶; di conseguenza, per giustificare il ricorso alla fattispecie prevista dal suddetto articolo, la Corte di cassazione stessa era giunta ad affermare che “ai fini della legge penale anche la Comunità economica europea deve essere considerata come un ente pubblico dal nostro ordinamento interno”⁶⁷. In modo non a torto definito “disinvolto”⁶⁸, ma comunque condiviso da una parte della dottrina⁶⁹, venne così realizzata in via giurisprudenziale un'equiparazione tra differenti entità che risultava, tra l'altro, tendenzialmente contraddetta da un precedente arresto sempre in tema di truffa⁷⁰, e che una attenta dottrina – in vista appunto dell'applicabilità dell'art. 640, comma 2, n. 1 a larga parte delle frodi comunitarie – auspicava venisse attuata in via legislativa⁷¹: la qual cosa è avvenuta, lo si è appena ricordato, solo nel 2020.

Le forzature operate dalla giurisprudenza per ricondurre le frodi comunitarie nell'alveo dell'art. 640 c.p. non si sono limitate, comunque, a quella forma di interpretazione “additiva” consistente nel considerare anche le Comunità europee come possibile soggetto passivo del reato. Al contrario, un'analisi delle sentenze in materia

⁶³ Cfr., criticamente, M. PELISSERO, *Truffa aggravata per il conseguimento di pubbliche forniture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 938 s.; M. ROMANO, *Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti pubblici*, cit., p. 213; nonché – con riferimento anche all'art. 640 bis – S. SEMINARA, *La prevenzione e la repressione delle frodi a danno delle finanze comunitarie nell'ordinamento italiano*, cit., p. 128.

⁶⁴ Per una articolata rassegna dei procedimenti analogici rinvenibili nella giurisprudenza in materia di truffa cfr. A. DELLA PIETRA, *L'analogia in malam partem nella giurisprudenza*, Tesi dottorale, Università di Modena e Reggio Emilia, anno accademico 2014-2015, p. 223 ss., con esaustivi riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Come nel caso dei finanziamenti erogati dal Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia (FEOGA).

⁶⁶ Nell'articolo in questione l'inciso “o dell'Unione europea” è stato infatti aggiunto dall'art. 1, lett. e) del d.lgs. 75/2020.

⁶⁷ Cass., 13 maggio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2846, n. 1690; Id., 28 settembre 1988, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1062, n. 815.

⁶⁸ Cfr. E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padova, 1994, p. 25. Da ultimo, ricorda che “Il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo” Corte cost., sent. 28 aprile 2021, cit.

⁶⁹ In effetti, il riconoscimento alla Comunità europea della natura di ente pubblico è stata considerata una “meritoria assimilazione extranormativa” da S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità europea*, cit., p. 240.

⁷⁰ Cfr. Trib. Torino, 22 dicembre 1980, in *Riv. dir. internaz.*, 1982, pp. 955-956: “L'espressione ‘Stato’ nell'art. 640, comma 2, n. 1 c.p. relativo al delitto di truffa sta ad indicare lo Stato italiano e non è riferibile ad uno Stato straniero”.

⁷¹ Cfr. L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1665.

rivela la messa in opera di una variegata gamma di artifici, finalizzati tutti all'estensione del naturale ambito d'applicazione della norma incriminatrice in questione, e dunque alla utilizzazione di quest'ultima nella lotta alle frodi comunitarie.

Così, ad esempio, in relazione ad un non semplice caso di frode comunitaria consistente in dichiarazioni inesatte nell'ambito di una domanda volta ad ottenere l'integrazione di prezzo per l'olio d'oliva ai sensi dell'art. 1 del succitato d.l. 1051/1967, i giudici avevano riconosciuto la sussistenza della truffa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico nonostante l'assenza di un qualsivoglia danno patrimoniale⁷².

E ancora, in relazione ad un caso assai complesso di fittizia esportazione di farina dall'Italia in Jugoslavia, con successiva reimportazione della merce in favore di un operatore con sede in Assisi che beneficiava della "famosa" quanto comunitariamente illegittima legge l. 9 ottobre 1957, n. 976, tanto i giudici di merito quanto la stessa Corte di cassazione avevano accuratamente evitato di effettuare un rinvio pregiudiziale per l'interpretazione della normativa europea in tema di prelievi all'importazione dai Paesi terzi, giudicandola irrilevante ai fini degli esiti processuali⁷³.

Se a tutto ciò si aggiunge il permanere, anche in relazione alle frodi comunitarie, della tendenza di taluni giudici a svuotare i concetti di "artifici" e di "raggiri", sino a considerare caratterizzato da "artifici o raggiri" ogni comportamento meramente menzognero⁷⁴ o addirittura puramente omissivo⁷⁵, ben si comprende come anche e soprattutto in relazione ai casi di frode comunitaria (spesso non necessitanti di "artifici o raggiri" in senso tecnico) sia stato fatto un uso davvero spregiudicato della norma sulla truffa. Uso protrattosi per tutto il periodo precedente all'introduzione nel nostro sistema penale di fattispecie appositamente dirette a reprimere le frodi comunitarie, e almeno in parte perpetuatosi anche successivamente al varo dell'ipotesi aggravata prevista dal "nuovo" art. 640 *bis* in tema di truffa sulle erogazioni pubbliche⁷⁶.

Sin qui ci si è limitati a esporre brevemente alcuni dei modi in cui i giudici italiani, di merito e di legittimità, non hanno esitato a far uso dell'art. 640 c.p. per colpire le frodi

⁷² Trib. Viterbo, 1° dicembre 1981, in *Giur. agr. it.*, 1984, p. 39 ss., con nota critica di G. MONTANARA, *Integrazione di prezzo per l'olio di oliva, delitto di truffa e sciente esposizione di dati inesatti*, cit., p. 43 ss.

⁷³ Cfr. Cass., 3 febbraio 1976, in *Dir. com. scambi intern.*, 1977, p. 133, con nota redazionale critica (pp. 129-130).

⁷⁴ E, in particolare, la mera esposizione di dati e di notizie falsi. In merito al fenomeno della erosione dei limiti originari di interpretazione degli "artifici o raggiri", cfr., specifico riferimento ai fenomeni di illecita captazione di finanziamenti pubblici, E. MUSCO, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di R. Costi e M. Libertini, Milano, 1982, p. 423.

⁷⁵ Cfr. ad esempio, con specifico riferimento ad un'ipotesi di erogazione di contributi e mutui agevolati, Cass., 6 novembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 103. In dottrina cfr., anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, S. MANACORDA, *Profili politico-criminali della tutela delle finanze della Comunità europea*, cit., p. 242, nota 40.

⁷⁶ Occorre tuttavia ammettere che, nella prospettiva della repressione delle frodi comunitarie, l'introduzione dell'art. 640 *bis* c.p. ha eliminato alcune delle più vistose ipotesi di interpretazione additiva: infatti tale norma, nel sanzionare espressamente l'ipotesi di truffa in relazione ai finanziamenti pubblici concessi da parte sia dello Stato e di altro ente pubblico sia della Comunità europea, evita quantomeno al giudice la problematica equiparazione "in via interpretativa" tra Comunità e Stato/ente pubblico.

comunitarie grazie a processi ermeneutici che spaziano dall'interpretazione estensiva a forme più o meno velate di analogia. Ma, invero, derivate di questo tipo, si sono riscontrate in relazione a molte altre norme penali. Così, già alla fine degli anni '60, in una celebre sentenza concernente una frode comunitaria in tema di burro, la Corte di cassazione ha assimilato il diritto di prelievo comunitario al dazio d'importazione ai fini della configurazione del reato di contrabbando, in modo da non lasciar privi di tutela beni/interessi di rilievo comunitario⁷⁷. Gli esempi, beninteso, potrebbero continuare. Del resto, nelle monografie di Vittorio Manes⁷⁸, di Giandomenico Salcuni⁷⁹ e di Carlo Sotis⁸⁰, per citare solo tre studiosi delle forme di incidenza del diritto europeo sul diritto penale interno, si possono trovare molti altri casi di presunte interpretazioni conformi *in malam partem* di norme penali, costituenti, in realtà, casi di analogia o comunque d'interpretazione *contra legem*⁸¹. Benché violentemente criticata dalla dottrina penalistica nel suo complesso⁸², la tendenza dei giudici nazionali ad interpretare talune fattispecie penali in modo tale da farle risultare forzatamente conformi al diritto comunitario è apparsa per lungo tempo inarrestabile e ancor oggi fa a più riprese capolino. Infatti, la sua eradicazione dipende da una acuita attenzione alle istanze legalitarie; ma questa attenzione è fatalmente destinata a scemare nel caso in cui (come tuttora accade) non si abbia un pronto adeguamento per via legislativa della normativa penale interna alle esigenze del diritto UE.

Nella fase storica dell'“euroentusiasmo” erano dunque rinvenibili anche in ambito penale non pochi esempi di interpretazioni conformi palesemente *contra legem*; interpretazioni, queste, che specie al di fuori di quest'ambito alcuni fautori della comunitarizzazione del diritto hanno esplicitamente ritenuto di poter tollerare⁸³.

⁷⁷Sent. 13 ottobre 1969, in *Foro.it*, 1970, II, c. 57.

⁷⁸ *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

⁷⁹ *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

⁸⁰ *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.

⁸¹ In merito ai cui caratteri si rinvia a F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Piacenza, 2010, par. 5.1.

⁸² Per parte mia, a più riprese ho stigmatizzato queste derivate giurisprudenziali: cfr., ad esempio, A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, cit., par. 4, lett. a), *in fine*; ID., A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario, I – La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996, cap. II, sez. II, par. 2.4; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., par. 2; ID., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 15; ID., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 246.

⁸³ Cfr., ad esempio, S. PRECHAL, *Directives in European Community Law*, Oxford, 1995, secondo il quale, tenuto conto delle esigenze del diritto comunitario, in casi eccezionali “una interpretazione del diritto nazionale *contra legem* non sarebbe da escludere” (p. 228). In una prospettiva fortemente filo-europeista, come tale insensibile ai risorgenti nazionalismi che in ambito UE trovano la loro massima espressione nella progressiva valorizzazione dei controllimiti, vi è tuttora chi giunge a sostenere che, quantomeno in taluni casi, il divieto d'interpretazione della norma penale *contra legem* non avrebbe ragion d'essere, in quanto rinnegherebbe la primazia del diritto UE. Cfr. E. PERILLO, *L'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: un vincolo sempre più problematico o forse ormai obsoleto?*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., p. 53 ss. Un giudizio critico in merito al divieto di interpretazione conforme *contra legem* viene espresso da A.

Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, vero è che per essa l'obbligo di interpretazione conforme a carico del giudice nazionale "trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale"⁸⁴. Tuttavia, è anche vero che i giudici di Lussemburgo a più riprese sono sembrati voler valorizzare al massimo le risorse dell'interprete per garantire una lettura della normativa interna comunque conforme al diritto UE. Si pensi, ad esempio, alle pronunce in cui la Corte ha affermato che "il giudice nazionale è tenuto ad applicare il proprio diritto nazionale *quanto più possibile* alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima"⁸⁵. Nel commentare questo tipo di esortazioni della Corte di giustizia⁸⁶, la dottrina del tempo non ha mancato di osservare che in tali sentenze "la Corte non utilizza più l'espressione 'margine di discrezionalità riconosciuto al giudice dal proprio diritto nazionale' menzionata nelle sentenze *Von Colson e Kamann*⁸⁷ e *Murphy*⁸⁸, ma la sostituisce con la più ampia e ambigua espressione 'quanto più possibile'⁸⁹. Cosicché il giudice nazionale sarebbe "invitato a utilizzare sino all'estremo il suo potere di interpretazione, se del caso facendo dire ad una disposizione che non è stata presa per adempiere all'obbligo derivante dal diritto comunitario e che sovente (...) risulta assai anteriore a quest'ultimo, cose che essa manifestamente non intendeva dire all'epoca della sua promulgazione"⁹⁰. Pur nella consapevolezza delle imprescindibili peculiarità del diritto criminale, abbiamo visto come meccanismi interpretativi di questo tipo abbiano fatto capolino anche nella giurisprudenza penale, forse influenzata da certe prese di posizione "della prima ora" della Corte di giustizia, in base alle quali "l'efficacia del diritto comunitario non può variare a seconda dei diversi settori del diritto nazionale nei quali esso può spiegare effetti"⁹¹.

In definitiva, si può affermare che nel settore delle frodi comunitarie e più in generale in sede di tutela dei beni/interessi comunitari, per molto tempo l'arretratezza

KLIP, *Contra legem*, in *European journal of crime, criminal law, and criminal justice*, 2014, p.105 ss. Per questo autore, in particolare, "nel settore del diritto penale, il concetto di interpretazione *contra legem* del diritto nazionale ha solo una funzione di confusione" (p. 113). In senso analogo cfr. altresì C. PERISTERIDOU, *The Principle of Legality in the Area of Freedom, Security and Justice in Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di S. Iglesias Sánchez, M. González Pascual, Cambridge, 2020, p. 340.

⁸⁴ Cfr., per tutte, Corte di Giustizia, sent. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 100, e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Successivamente cfr. altresì, *ex multis*, Id., sent. 23 aprile 2009, cause C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, punto 199.

⁸⁵ Cfr. sent. 14 luglio 1994, causa 91/92, *Faccini Dori/Recreb*, in *Racc.*, 1994, p. 3325; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, *Procura della Repubblica contro X*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 126.

⁸⁶ Nella loro versione francese, presenti anche in sentenze precedenti: cfr. sent. 13 febbraio 1990, causa 106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, p. 4159, punto 8; sent. 16 dicembre 1993, causa 334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.*, 1993, p. 6911.

⁸⁷ Corte di giustizia, sentt. 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*, punto 28.

⁸⁸ Corte di giustizia, sent. 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy*, punto 11.

⁸⁹ A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, 1991, p. 7.

⁹⁰ I. SCHOCKWEILER, *Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 2, p. 15.

⁹¹ Sent. 21 marzo 1972, causa 82/71, *SAIL*, in *Racc.*, 1972, p. 119.

della nostra e di altre legislazioni penali nazionali ha favorito, in Italia e non solo in Italia, una prassi giurisprudenziale orientata in prospettiva di supplenza legislativa⁹², con conseguente sconfinamento dall'interpretazione estensiva all'analogia e alle più diverse forme di interpretazione creatrice nell'ambito del "diritto penale giurisprudenziale" di derivazione europea.

Per parte sua, la dottrina stigmatizzava ogni forma di interpretazione di sfavore conseguente a procedimenti analogici o *contra legem*, mentre in genere riconosceva ai giudici la possibilità di interpretazioni conformi *in malam partem* a carattere meramente estensivo. Il tutto in almeno tendenziale parallelismo con quanto in genere ammesso in sede di integrazione degli elementi normativi della fattispecie penale da parte di norme UE a carattere meramente tecnico o comunque specificativo⁹³.

7. Breve digressione sulla attitudine delle norme UE a plasmare gli elementi normativi della fattispecie penale con effetti *in malam partem*.

Il circoscritto oggetto di questo lavoro impedisce di riproporre la questione – ricca di ricadute sui rapporti tra interpretazione e integrazione delle fattispecie penali – relativa alla natura essenzialmente "normativa" o "descrittiva" dei singoli elementi della disposizione penale (questione rispetto alla quale, come noto, sono state avanzate soluzioni le più diverse, che spaziano da quella cosiddetta del "tutto normativo" a quella, opposta e altrettanto radicale, cosiddetta del "tutto descrittivo")⁹⁴. E, del pari, impedisce di dare conto dell'acceso dibattito sulla legittimità (ovvero sui limiti di legittimità) della implementazione con effetti *in malam partem* di un elemento normativo da parte di norme UE⁹⁵.

È comunque evidente che l'interpretazione della disposizione penale conformemente al diritto UE e l'implementazione degli elementi normativi di tale disposizione da parte di norme UE costituiscono due fenomeni assai prossimi tra loro, accomunati dal fatto di condizionare l'ambito applicativo delle fattispecie penali.

⁹² Cfr., per tutti, *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, cit., *passim*; J. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, cit., p. 183.

⁹³ Sul punto cfr., esemplificativamente, A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 333 ss.; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, cit., in particolare parr. 3 ss.; A. MASSARO, [Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni](#), in *Arch. Pen.*, 2017, n. 3, p. 3 ss.

⁹⁴ In argomento cfr. già C.F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 155 ss., e bibliografia ivi riportata; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 219 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹⁵ Cfr., tra gli altri, G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 288 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, cit., p. 63 ss.; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 214 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, p. 57 ss. Nella dottrina straniera cfr., per tutti, H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Monaco, 2019, p. 99 ss., p.104 e p. 107.

Appare quindi opportuno fare in questa sede almeno qualche minimo cenno anche al secondo di questi due fenomeni: fermo restando che la citata prossimità tra di essi fa sì che, in linea di principio, l'area di operatività del primo dovrebbe risultare simmetrica a quella del secondo.

Alcuni *distinguo* tuttavia sembrano opportuni. In particolare, quanto all'interpretazione conforme al diritto UE si può dire che – salve le precisazioni in seguito riportate in merito ai suoi eventuali limiti per quanto riguarda gli effetti penali *in malam partem* – essa può essere innescata da qualsiasi norma UE, tanto *self-executing* quanto *not self-executing*. In questo senso, qualsiasi norma UE, sia essa contenuta nei Trattati ovvero in un regolamento, o ancora in una direttiva, o in una decisione quadro o convenzione “di terzo pilastro”, sembra in linea di principio prestarsi a condizionare in via interpretativa la disposizione penale.

Per contro, l'implementazione di elementi normativi della disposizione penale da parte di norme UE potrà avvenire esclusivamente se queste ultime sono *self-executing*. Solo una norma UE autoapplicativa, infatti, può essere deputata a integrare, al pari di una norma di diritto interno, un elemento normativo della disposizione penale. Sempre con le precisazioni del caso, norme UE *not self-executing* potranno dunque incidere sul contenuto della suddetta disposizione, ed eventualmente dei suoi elementi normativi, esclusivamente a livello interpretativo⁹⁶.

Ciò detto, va ribadito il tendenziale parallelismo tra interpretazione conforme al diritto UE e integrazione di elementi normativi ad opera del diritto UE, nonché tra le soluzioni date ai problemi posti da tali fenomeni. Pertanto, la soluzione data al problema della ammissibilità o meno dell'interpretazione conforme al diritto UE con effetti *in malam partem* sulla disposizione penale dovrebbe risultare tendenzialmente simmetrica alla soluzione data al problema della integrazione ad opera del diritto UE di un elemento normativo della disposizione penale con effetti *in malam partem*.

Quello che è sicuro è che il fenomeno dell'integrazione di un elemento normativo ad opera del diritto UE è assai frequente. Infatti, a causa del primato del diritto UE e della diretta applicabilità dei relativi regolamenti, le norme in essi contenute e bisognose di tutela non solo non possono essere rielaborate all'interno di una fattispecie penale nazionale, ma neppure possono essere riprodotte testualmente all'interno della suddetta fattispecie⁹⁷ deputata a correderle di una adeguata appendice sanzionatoria. Infatti, vi sono almeno tre ragioni che inibiscono al legislatore nazionale di intervenire sulla disciplina regolamentare di fonte UE: l'esigenza di riservare alla Corte di giustizia il

⁹⁶ Illuminanti esempi al riguardo si rinvencono, ad esempio, nella giurisprudenza della Suprema Corte lituana. Cfr., per i relativi riferimenti bibliografici, E. GRUODYTĖ, N. PALIONIENĖ, S. MILČIUVIENĖ, *The Role of EU Principles in Criminal Law: Is The Principle Of Direct Effect Applicable?*, in *Baltic Journal of Law & Politics*, 2020), p. 70 s., nt. 91 ss.

⁹⁷ L'illegittimità di una qualsivoglia norma interna riproduttiva o modificativa di un regolamento comunitario è stata sottolineata a più riprese dalla Corte di giustizia. Cfr. già, sent. 18 febbraio 1970, causa 40/69, *Bollmann*; sent. 18 giugno 1970, causa 74/69, *Krohn*; sent. 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*. In senso conforme cfr. già, nella giurisprudenza costituzionale italiana, sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401; sent. 30 ottobre 1975, n. 232, in *Foro it.*, 1976, I, c. 542 ss.; sent. 28 luglio 1976, n. 205, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1292; sent. 29 dicembre 1977, n. 163, in *Giur. cost.*, 1977, p. 1524.

monopolio dell'interpretazione delle norme contenute nei suddetti regolamenti; il bisogno di sottrarre queste ultime al controllo nazionale di costituzionalità⁹⁸; la necessità di garantire l'effetto immediato e diretto di ogni loro eventuale modifica e la parallela necessità di impedire la trasformazione di tali norme ad opera di leggi nazionali successive.

Da tutto ciò consegue che l'attuazione sanzionatoria di queste norme regolamentari implica quasi necessariamente il ricorso alla tecnica del rinvio. Al riguardo, però, in nome del principio di legalità va escluso il ricorso alla tecnica della norma in bianco incentrata su forme di rinvio tendenzialmente "completo" (sia esso "rigido" od "elastico") alla normativa europea. Le fattispecie penali, insomma, devono essere 'in partenza' sufficientemente precise, così da risultare rispettose, al contempo, dei corollari legalistici della riserva di legge e della determinatezza anche nel caso in cui contengano elementi normativi specificati in chiave tecnica da disposizioni contenute in regolamenti UE.

Appurato tutto ciò, va nondimeno sottolineato che sembra eccessivo pretendere che le suddette fattispecie penali debbano essere riscritte dal legislatore nazionale ogniqualvolta muti la normativa tecnica con funzione specificativa dettata da un regolamento europeo⁹⁹. In effetti una siffatta pretesa, mossa da una esasperata attenzione alla riserva di legge, avrebbe significative ricadute negative¹⁰⁰. In particolare, nel caso in cui la fattispecie penale operasse un rinvio "rigido" a una norma a carattere tecnico contenuta in un regolamento UE, in caso di mutamento di quest'ultima norma ad opera di un regolamento UE successivo verrebbe a mancare la tutela penale prevista in relazione ai precetti implementati dalla norma regolamentare in questione; e questa mancanza permarrrebbe sino a quando il legislatore nazionale (come già ricordato, spesso alquanto lento in sede di adeguamento del diritto interno al diritto europeo) non introduca una nuova fattispecie penale che a fini di specificazione tecnica contenga un rinvio rigido alla succitata nuova norma regolamentare UE.

In definitiva, in tali casi la sola tecnica normativa proficuamente adottabile appare quella che prevede l'adozione di una fattispecie penale sufficientemente chiara e precisa ma comunque corredata di elementi normativi che rinviino in modo "elastico" a norme regolamentari (nazionali o) UE a carattere ulteriormente specificativo.

⁹⁸ Quanto meno fatti salvi i casi in cui tali norme, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, risultino in tensione coi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, così da consentire di opporre ad esse i controlimiti.

⁹⁹ Anche perché in alcuni settori normativi questi mutamenti sono assai frequenti. Si pensi, ad esempio, al settore agro-alimentare (cfr., ad esempio, A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 61 ss., par. 3; A. MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 596 ss.), ovvero al settore della pesca (cfr., con specifico riferimento alla continua variazione delle misure limite e delle soglie di tolleranza relative alle specie ittiche, C. SOTIS, M. BOSI, [Il bizzarro caso dei pesci "in malam partem". Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo \(di favore\) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale \(di favore\) contrastante con il diritto comunitario](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011, p. 4 ss.).

¹⁰⁰ Cfr., in generale e per tutti, B. SCHÜNEMANN, *Die Regeln der Technik in Strafrecht*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1987, p. 388 ss.

L'“elasticità” di un siffatto rinvio consente invero di modificare i profili degli elementi normativi (e dunque i dettagli “tecnici” del fatto vietato) col succedersi delle norme regolamentari UE deputate all'implementazione di tali elementi, indipendentemente dal fatto che la suddetta modificazione risulti essere *in bonam* ovvero *in malam partem*¹⁰¹. Detto ciò, non si può certo negare che una eventuale, frequente modificazione delle norme specificative di fonte UE possa compromettere la agevole conoscibilità degli esatti contenuti della fattispecie penale che ad essi rinvia, con conseguente sacrificio della certezza legale. Indubbiamente, si tratta di un problema di notevole gravità, che a suo tempo ho denunciato con forza¹⁰²; gravità solo in parte attenuata dal fatto che le fattispecie penali di questo tipo configurano essenzialmente “reati propri”, rispetto ai quali è in genere richiesto ai potenziali autori un particolare obbligo di conoscenza della normativa tecnica di settore¹⁰³. Peraltro, va rilevato che un pressoché analogo deficit di conoscibilità si riscontra anche in caso di rapida successione di norme tecniche nazionali deputate a integrare “elasticamente” l'elemento normativo della fattispecie; così come un pressoché analogo deficit di conoscibilità si riscontra anche in caso di rapida successione di fattispecie penali contenenti forme di rinvio “rigido” a norme di specificazione tecnica previste da regolamenti UE oggetto di un'altrettanto rapida successione. Merita comunque di essere evidenziato che, in tali casi, il deficit di conoscibilità della fattispecie incriminatrice risulta collegato più alla provvisorietà delle norme specificative UE che al tipo di rinvio ad esse operato, e dunque alla successione o meno di fattispecie penali a seconda del tipo di rinvio, rigido o elastico, prescelto.

8. I limiti all'interpretazione conforme *in malam partem* posti dalla Corte di giustizia: la preclusione di tale soluzione ermeneutica rispetto alle norme UE *not self-executing*.

Per quanto in precedenza visto¹⁰⁴, in Italia sono rimaste per lungo tempo sotto traccia le perplessità correlate al fatto che l'interpretazione conforme al diritto UE di una disposizione penale possa comportare esiti *in malam partem* a carico dell'imputato. Questi esiti erano dunque accettati, purché non costituissero l'effetto di una interpretazione analogica o *contra legem* della fattispecie penale (come peraltro a più

¹⁰¹ Sui vantaggi derivanti dall'adozione di una siffatta tecnica normativa cfr., volendo, A. BERNARDI, *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 61 ss., par 12.

¹⁰² Cfr. A. BERNARDI, *Il principio di legalità penale alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in *Indice pen.*, 2015, par. 8.1; nonché in *Riv. dir. alimentare*, 2015, n. 1, p. 55 s., reperibile in <http://www.rivistadirittoalimentare.it/rivista/2015-01/BERNARDI.pdf>.

¹⁰³ Cfr., al riguardo, le osservazioni di C. SOTIS, M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”*. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell'atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario, cit., p. 18. In particolare, gli aa. rammentano che, alla luce dei particolari doveri di conoscenza a carico degli operatori professionali, la Corte di cassazione ha escluso che possa essere invocato l'errore inevitabile sul precetto anche in casi in cui la normativa tecnica di settore deputata a integrare la fattispecie penale sia particolarmente complessa e mutevole nel tempo (Cass. pen., Sez III, ud. del 6 luglio 2009 n. 38087 cit.).

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, sub parr. 5 e 6.

riprese è accaduto). Quanto poi allo specifico problema della eventuale necessità per il giudice di applicare sempre e comunque una pena prossima al massimo previsto dalla legge in caso di lesione di beni/interessi UE, con conseguente compressione in via di fatto del compasso edittale dettato dalla fattispecie penale (compressione, come a suo tempo ricordato, evocata in talune sentenze della Corte di giustizia per garantire, in nome del principio di leale cooperazione, sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive” in caso di violazione di norme comunitarie)¹⁰⁵, a quanto è dato sapere tale problema non si è presentato nella giurisprudenza dei tribunali italiani. Tutte le criticità collegate a tale soluzione sono quindi rimaste confinate nelle pagine di pochi articoli di dottrina¹⁰⁶ e qui non saranno più riproposte, tenuto anche conto della dubbia riconducibilità di questa forma di incidenza del diritto UE sulla fattispecie penale al tema dell’interpretazione conforme¹⁰⁷.

Tornando dunque all’interpretazione conforme dei precetti penali (e più in generale di qualsivoglia disposizione penale)¹⁰⁸ al diritto UE con effetti *in malam partem*, va sottolineato che anche i giudici di Lussemburgo nel corso degli anni si sono soffermati su di essa, evocando a più riprese quelli che, a loro avviso, sono da ritenersi i suoi limiti.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha innanzitutto sancito (in relazione a una decisione quadro anche se, come giustamente rilevato, con una più generale valenza)¹⁰⁹ il divieto di *interpretatio contra legem* con effetti di sfavore¹¹⁰, e ha ricordato (in relazione a una direttiva mal trasposta, ma anche in questo caso con valenza generale) il divieto di analogia *in malam partem*¹¹¹.

¹⁰⁵ Infatti, alla luce della già ricordata “*giurisprudenza von Colson e Kaman*” (cfr. *supra*, *sub* par. 5, nt. 41, nel caso in cui la legislazione penale nazionale preveda sanzioni solo in parte adeguate alla tutela dei precetti di fonte UE, il giudice nazionale è tenuto a far uso del proprio potere discrezionale in sede di commisurazione onde pervenire all’applicazione di una pena adeguata alla natura e allo scopo delle norme UE di cui si vuole reprimere l’infrazione).

¹⁰⁶ Cfr. A. BERNARDI, “*Principi di diritto*” e *diritto penale europeo*, cit., p. 202. In tale lavoro, avevo segnalato che la “*giurisprudenza von Colson e Kaman*” presenta un profilo di evidente criticità, dato che essa implica la compromissione dei consueti meccanismi di individualizzazione. Infatti, la necessità di quantificare sempre e comunque la pena nei pressi del suo massimo edittale comporta, all’evidenza, l’impossibilità di far emergere sul piano sanzionatorio il diverso disvalore dei casi concreti riconducibili alla stessa fattispecie astratta.

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, *sub* par. 5, nt. 41.

¹⁰⁸ Ad esempio, come già ricordato *supra*, *sub* par. 3 *in fine*, di una norma esimente o di una causa estintiva della punibilità.

¹⁰⁹ Cfr. V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio pen.*, 2012, p. 18, nt. 60.

¹¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, causa 105/03, *Pupino*, punto 47: “(...) il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale”.

¹¹¹ Cfr., in particolare, Corte di giustizia, sent. 7 gennaio 2004, causa C-58/02, *Commissione c. Spagna*, par. 28: “Ne consegue che la normativa spagnola non vieta tutte le attività illecite menzionate dalla direttiva e che le disposizioni richiamate dal governo spagnolo sono inadeguate ai fini di un recepimento corretto e completo degli artt. 4 e 5 di essa nell’ordinamento giuridico spagnolo. 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

La Corte di giustizia ha poi sancito il divieto che dall'interpretazione conforme discendano effetti di sfavore laddove le norme-parametro UE siano *not self-executing*. Al riguardo, in numerose sentenze la Corte di giustizia ha affermato che "la possibilità di far valere dinanzi a un giudice nazionale la disposizione incondizionata e sufficientemente precisa di una direttiva non trasposta esiste solo a favore dei singoli e nei confronti dello 'Stato membro cui è rivolta'. Ne consegue che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso"¹¹². Più esplicitamente, sempre secondo la Corte di giustizia, "una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni"¹¹³. La Corte di giustizia ha precisato che tali affermazioni, effettuate con riferimento alle direttive, mantengono tutta la loro validità anche in relazione alle decisioni quadro di "terzo pilastro"¹¹⁴ (e dunque anche in relazione alle convenzioni di terzo pilastro, accomunate alle decisioni quadro dal fatto di essere *not self-executing*)¹¹⁵.

Appare chiaro che, attraverso queste sentenze, la Corte di giustizia ha inteso porre degli argini all'obbligo di interpretazione conforme; obbligo, questo, peraltro da essa pacificamente riconosciuto ove non produttivo di effetti di sfavore. Si tratta di argini eretti, come si è visto, con riferimento alle fonti UE *not self-executing*, anche se una prima lettura di talune sentenze della Corte qui di seguito menzionate potrebbe indurre a ritenere che essi riguardino ogni tipo di fonte UE.

In una occasione, ad esempio, i giudici di Lussemburgo hanno fatto una affermazione che, presa isolatamente, sembrerebbe suggerire una loro generalizzata

dal codice penale".

¹¹² Per tutte, Corte di giustizia, sent. 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, punto 48; ID., sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 9; ID., sent. 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, punto 36; ID., sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, punto 23.

¹¹³ Per tutte, Corte di giustizia, sent. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*; sent. 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, punto 13; sent. 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*, punto 37; ID., sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, punto 24; ID., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punto 74.

¹¹⁴ Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, causa 105/03, *Pupino*, cit., punti 44-45.

¹¹⁵ Ovviamente, il divieto di determinare o di aggravare per via interpretativa la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle disposizioni di direttive nonché di decisioni quadro e convenzioni di terzo pilastro, mantiene tutta la loro validità anche rispetto alle raccomandazioni e ai pareri formulati dal Consiglio e dalla Commissione UE ai sensi dell'art. 288 TFUE, dato che anche tali fonti UE sono prive di effetto diretto. Riguardo all'interpretazione conforme *in malam partem* risulta dunque irrilevante quanto affermato dalla Corte di giustizia in materia di raccomandazioni. I giudici di Lussemburgo hanno infatti chiarito che tali atti di *soft law*, pur non essendo vincolanti, "non possono essere considerati per questo privi di qualsiasi effetto giuridico. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante": Corte di giustizia, sent. 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi*, punto 18; sent. 11 settembre 2003, causa C-207/01, *Altair Chimica*.

contrarietà all'interpretazione estensiva delle fattispecie penale su impulso UE. Secondo questi giudici, dunque, "il principio che ordina di 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 di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge"¹¹⁶. Tuttavia, questa affermazione – che, oltretutto, sembra confondere l'interpretazione estensiva con l'interpretazione analogica o comunque "creativa"¹¹⁷ – è preceduta da una frase che ne ridimensiona la portata, riconducendola, appunto, entro gli argini da essa in precedenza eretti e poi più volte ribaditi. La Corte, infatti, afferma che il divieto in questione è da intendersi operante "Per quanto riguarda più in particolare un caso come quello in esame nel procedimento a quo, che verte sull'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva"¹¹⁸. Dal combinato disposto di queste due affermazioni può agevolmente dedursi cosa la Corte di giustizia abbia effettivamente inteso dire: in ragione del fatto che una direttiva in sé e per sé considerata non può creare obblighi a carico dei singoli, e dunque non può produrre negative conseguenze penali nei loro confronti, una norma penale contenuta in una legge adottata per trasporre una direttiva non può essere interpretata alla luce della direttiva in questione per dilatare gli ambiti della responsabilità previsti dalla suddetta norma penale, stante che la direttiva è, appunto, *not self-executing*¹¹⁹.

Vero è che in un'altra occasione la Corte di giustizia ha riproposto *con riferimento a un regolamento UE* la sua ricorrente affermazione secondo la quale "una direttiva non può, di per sé e indipendentemente da una legge nazionale adottata da uno Stato membro per la sua attuazione, avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale di chi agisce in violazione delle disposizioni di tale direttiva"¹²⁰. Di primo acchito, sembrerebbe allora che in questa pronuncia la Corte si sia decisa a estendere il divieto di interpretazione conforme *in malam partem* anche alle ipotesi in cui la norma-parametro europea cui conformare la norma penale interna sia *self-executing*¹²¹. Sennonché nel caso in oggetto la Corte si è affrettata a precisare che "Anche se nella

¹¹⁶ Corte di giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, punto 25.

¹¹⁷ Data l'ambiguità della formula "un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge".

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ L'esattezza di tale conclusione sembra confermata da quanto precisato dalla Corte di giustizia al punto 22 della sentenza in oggetto: "Emerge tuttavia dall'ordinanza di rinvio che, nella fattispecie, il giudice a quo non esclude che la presa in considerazione delle disposizioni della direttiva possa aver direttamente l'effetto di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione di tali disposizioni, mentre una siffatta responsabilità non deriverebbe dall'interpretazione della normativa adottata in particolare per dare attuazione alla direttiva".

¹²⁰ Corte di giustizia, sent. 7 gennaio 2004, caso C-60/02, Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal *Landesgericht Eisenstadt* (Austria) nel procedimento penale dinanzi ad esso pendente contro X, punto 61.

¹²¹ Questa, in effetti, è la lettura data alla sentenza in questione da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 65-66. Peraltro, in altre sue pubblicazioni l'A. sembra circoscrivere il divieto di interpretazione conforme *in malam partem* alle fonti UE *not self-executing*.

causa principale la norma comunitaria in questione è un regolamento, che per sua natura non richiede misure nazionali di attuazione, e non una direttiva, l'art. 11 del regolamento n. 3295/94 autorizza gli Stati membri ad adottare sanzioni per le violazioni dell'art. 2 di tale regolamento, consentendo così di trasporre al caso di specie il ragionamento della Corte in materia di direttive". Nel caso in questione, in sostanza, il regolamento non presentava "completezza di contenuto dispositivo" risultando quindi, per certi aspetti, una fonte *not self-executing*. Oltretutto, quello che in questo caso la Corte di giustizia vuole evitare è qualcosa di più di una mera interpretazione estensiva; vuole evitare, cioè, che qualcuno venga punito *in assenza della norma sanzionatoria nazionale che il regolamento prevede venga introdotta dal legislatore nazionale per colpire le violazioni dell'art. 2 di tale regolamento*¹²². Il Tribunale che aveva effettuato il rinvio pregiudiziale chiedeva infatti se fosse possibile utilizzare una serie di norme del regolamento n. 3295/94 (rispetto al quale, va ripetuto, il legislatore nazionale¹²³ non aveva ancora adottato le necessarie norme di attuazione sanzionatoria) come norme-parametro tali da consentire che una preesistente fattispecie penale nazionale, volta a punire "l'importazione e l'esportazione di prodotti contraffatti, e non il loro semplice transito sul territorio nazionale" potesse essere applicata "anche a situazioni in cui merci importate da un paese terzo sono esportate verso un altro paese terzo"¹²⁴, vale a dire anche a ipotesi di mero transito delle merci. La lettura per esteso della sentenza rende quindi evidente che, nel caso di specie, l'interpretazione conforme *in malam partem* della norma penale nazionale sarebbe stata, in realtà, non una mera interpretazione estensiva, ma una interpretazione palesemente analogica. Anche questa volta la Corte di giustizia si è dunque limitata ad affermare un dato da sempre indiscusso, quantomeno a livello teorico: che cioè, in assenza di una apposita norma penale adottata per dare attuazione sanzionatoria a precetti di fonte europea, non è consentito forzare in chiave analogica la preesistente normativa penale nazionale per colmare un siffatto vuoto di tutela.

¹²² Nello stesso senso cfr. Corte di giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, X, cit., punto 63: "Qualora il giudice nazionale giunga alla conclusione che il diritto nazionale non vieta il transito di merci contraffatte sul territorio austriaco, il principio di irretroattività delle pene, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale di diritto comunitario comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe l'imposizione di sanzioni penali per tale condotta, anche se la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario".

¹²³ Nel caso di specie, austriaco.

¹²⁴ Corte di giustizia, sent. 7 gennaio 2004, caso C-60/02, X, cit., punto 20: "Secondo la MSchG, solo l'importazione e l'esportazione di prodotti contraffatti, e non il loro semplice transito sul territorio nazionale, costituisce un uso illegale di un marchio. Inoltre, il diritto penale austriaco traccia una chiara distinzione tra i concetti di importazione ed esportazione da un lato, e quello di transito di merci dall'altro. 21. Il giudice a quo fa riferimento alla causa C-383/98, *Polo/Lauren*, in cui la Corte ha dichiarato che il regolamento n. 3295/94 si applica anche a situazioni in cui merci importate da un paese terzo sono esportate verso un altro paese terzo, il che implica che tale regolamento si applica anche al semplice transito di merci. Tuttavia, poiché tale sentenza è stata pronunciata in una causa civile, il giudice nazionale non è sicuro che lo stesso ragionamento sia applicabile a livello penale quando non è stato commesso alcun reato secondo il diritto nazionale".

9. Ancora sull'inammissibilità dell'interpretazione conforme *in malam partem* riguardo alle norme UE *not self-executing*.

Stante la genericità delle formule utilizzate dalla Corte di giustizia per circoscrivere gli ambiti di operatività dell'interpretazione conforme *in malam partem* e stante anche la non coincidenza dei significati assunti da tali formule nei casi concreti in merito ai quali la Corte era chiamata a pronunciarsi, non esiste un punto di vista generalmente condiviso sull'esatto significato di esse. Ciò contribuisce indubbiamente a spiegare le divergenze riscontrabili tanto in giurisprudenza quanto in dottrina circa la legittimità, ovvero circa gli ambiti di operatività, degli effetti di sfavore correlati a tale criterio interpretativo; divergenze sulle quali si avrà modo di ritornare nel prosieguo della trattazione.

È tuttavia chiaro che nelle succitate sentenze i giudici di Lussemburgo si ponevano il problema della ammissibilità delle conseguenze negative per l'imputato connesse a una lettura delle norme penali nazionali tesa ad adeguare queste ultime alle esigenze di tutela di fonti UE *not self-executing* (vale a dire, come già ricordato, di direttive ovvero di decisioni quadro o convenzioni di "terzo pilastro"), ovvero – in casi limite – di fonti regolamentari UE rispetto alle quali lo Stato non ha saputo predisporre una adeguata disciplina sanzionatoria. Su tale questione merita qui di essere spesa qualche parola finalizzata a porre le premesse concettuali alle tesi che verranno avanzate a conclusione di questo lavoro.

Occorre partire da lontano. Sono evidenti le ragioni che hanno portato la Corte di giustizia a sostenere che le situazioni giuridiche soggettive *di favore* previste da fonti UE *not self-executing* scadute, dettagliate e incondizionate vanno riconosciute in capo ai singoli a prescindere dal recepimento o meno di tali fonti da parte dello Stato: i cittadini europei devono poter contare sul fatto che anche una fonte UE che non abbia trovato adeguata attuazione in ambito nazionale produrrà ugualmente effetti diretti verticali a favore dei destinatari dei diritti in essa previsti¹²⁵. In caso contrario, infatti, tali soggetti subirebbero ingiustamente le conseguenze negative dovute al mancato rispetto, da parte dello Stato di appartenenza, dei vincoli di derivazione europea gravanti su di esso.

Per contro, appare discutibile il fatto che una fonte UE priva di immediata efficacia possa produrre per via interpretativa effetti diretti verticali *in malam partem*. Da un lato, infatti, sembra lecito ritenere che, nei limiti dei significati legittimamente attribuibili alla norma penale¹²⁶, il giudice resti sempre libero di utilizzare qualsivoglia canone ermeneutico, ivi compreso quello dell'interpretazione conforme al diritto UE, non solo *in bonam*, ma anche *in malam partem*, riplasmando quindi in via interpretativa la suddetta norma in chiave non solo restrittiva, ma anche estensiva. Dall'altro lato si potrebbe però considerare inappropriato che il giudice effettui una interpretazione di sfavore della norma penale ricorrendo a una forma di interpretazione sistematica –

¹²⁵ Cfr. Corte di giustizia, sent. 5 aprile 1975, causa 148/78, *Ratti*. In sostanza all'obbligo gravante sullo Stato di dare attuazione alle direttive corrisponde il diritto dei singoli di godere dei benefici previsti dalle norme in esse contenute, anche se ancora colpevolmente non trasposte (o non adeguatamente trasposte) dallo Stato.

¹²⁶ Vale a dire nei limiti segnati dal divieto di analogia e di *interpretatio contra legem*.

perché, come sopra sottolineato, tale è appunto l'interpretazione conforme¹²⁷ – nella quale venga utilizzata come norma-parametro non già una norma UE dotata di effetto diretto (e pertanto equiparabile a una qualsiasi norma di diritto interno sotto il profilo della sua vigenza all'interno dell'ordinamento nazionale e della presunzione di sua conoscenza gravante sui cittadini), ma una norma UE priva di effetto diretto (dunque una norma indirizzata allo Stato e non ai suoi cittadini, e pertanto legittimamente ignorabile da questi ultimi). Su tale questione si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo della trattazione. Qui basti accennare al fatto che una forma di interpretazione sistematica di questo tipo potrebbe risultare – almeno in linea tendenziale – priva di base giuridica e imprevedibile per l'imputato, dunque in contrasto col principio di legalità accolto dalla giurisprudenza della Corte EDU¹²⁸.

10. Le oscillazioni della giurisprudenza di legittimità in ordine all'ammissibilità delle forme di incidenza *in malam partem* del diritto UE sulla fattispecie penale.

Si è già segnalato che le formule adoperate dalla Corte di giustizia per circoscrivere gli ambiti di operatività dell'interpretazione conforme *in malam partem* risultano assai generiche. Di conseguenza esse mal si prestano a evitare che non solo dall'una all'altra delle giurisprudenze nazionali¹²⁹, ma anche in seno a ognuna di esse – e, per quello che qui interessa, in seno alla giurisprudenza italiana – si manifestino vistose discrasie; discrasie che appaiono indubbiamente favorite dalla estrema complessità e opinabilità delle questioni correlate agli effetti, agli ambiti e ai limiti dell'interpretazione conforme al diritto UE¹³⁰, e che peraltro – a volte – sembrano ignorare financo i limiti in ambito penale abbozzati in relazione ad essa dai giudici di Lussemburgo.

In particolare, il panorama in materia di interpretazione conforme con effetti di sfavore appare confuso persino circoscrivendo l'indagine alle sole pronunce della nostra Corte di cassazione; pronunce che mettono in piena luce la ben nota crisi della funzione nomofilattica di tale Corte, stante la incapacità di quest'ultima di fornire, in tale materia, indirizzi interpretativi uniformi e dotati di quella persuasività necessaria a favorire l'omogeneità della giurisprudenza di merito.

¹²⁷ Cfr. *supra*, sub par. 4.

¹²⁸ Cfr., *infra*, sub par. 14.

¹²⁹ L'importanza che la Corte di Lussemburgo assolva ai suoi compiti interpretativi, “anche con riferimento ai limiti sull'interpretazione delle disposizioni interne dei singoli Stati-membri” è evidenziata, tra gli altri, da T. EPIDENDIO, [Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, p. 40.

¹³⁰ Circa i problematici effetti e ambiti applicativi di tale interpretazione conforme cfr., volendo, A. BERNARDI, Presentazione. *Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., p. XIV ss. Circa i limiti logici e assiologici dell'interpretazione conforme cfr., con varietà di accenti, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 17 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., parr. 5 ss.

In proposito, va innanzitutto osservato che nelle pronunce della Cassazione non appare adeguatamente esplicitato il problema delle eventuali, diverse ricadute sul piano ermeneutico connesse al carattere *self* o *not self-executing* delle norme UE; problema, questo, che risulta viceversa centrale negli arresti della Corte di giustizia. Va poi aggiunto che, come già si è rilevato¹³¹, in alcune sentenze della nostra Suprema Corte non solo è stata ammessa l'interpretazione estensiva di sfavore fondata su esigenze di conformità a norme UE prive di effetto diretto, ma addirittura alla luce di queste esigenze sono state adottate soluzioni *in malam partem* a carattere anche scopertamente analogico¹³², come tali inammissibili a prescindere dall'effetto diretto o meno delle norme europee di riferimento. Esiste dunque un filone della giurisprudenza di legittimità incline a operare scelte interpretative di sfavore indubbiamente criticabili.

Vero è che, col passare degli anni e col venir meno della tendenza – propria della fase storica dell'“euroentusiasmo” – a voler conformare a ogni costo il diritto interno al diritto UE, sembra riscontarsi da parte della Corte di cassazione una sempre maggiore attenzione ai limiti insiti nel vincolo dell'interpretazione conforme *reum*; ma si tratta, come vedremo tra poco, di una tendenza non priva di eccezioni.

Esemplificativa del filone giurisprudenziale garantista della Suprema Corte è una sentenza del 1997, la quale – in piena sintonia con quanto sostenuto dalla Corte di giustizia – si premurava di ricordare che “per il rispetto dovuto ai valori fondamentali dell'ordinamento e prima di tutto al principio di stretta legalità che è un principio fondamentale riconosciuto anche in diritto comunitario (...) il giudice non deve invadere il campo della produzione normativa tramite la considerazione di una direttiva non trasposta, punendo un fatto non ‘espressamente’ previsto dalla legge come reato, ma deve applicare le norme incriminatrici così come sono”¹³³. Con tale formula la nostra Suprema Corte ha comunque verosimilmente inteso stigmatizzare non tanto gli effetti puramente estensivi dell'interpretazione conforme, quanto le derive a carattere analogico di tale canone ermeneutico. Resta il fatto che alla luce di queste considerazioni all'inizio degli anni 2000 la nostra suprema Corte aveva a più riprese negato che, al fine di adeguare la normativa penale italiana alle esigenze del diritto europeo, la confisca per equivalente potesse applicarsi, oltre che al “prezzo”, anche al “profitto” derivante dei reati di frode richiamati dall'art. 640 *quater* c.p.¹³⁴, in quanto rispetto a tali reati era espressamente prevista solo la confisca del “prezzo” del reato. Si trattava, a ben vedere, di una decisione assolutamente doverosa, dato che il netto *distinguo* esistente tra i due succitati termini¹³⁵ impediva di “estendere” il significato del primo sino a consentirgli di ricomprendere anche il secondo; a meno, appunto, di non effettuare una interpretazione analogica *in malam partem*.

¹³¹ Cfr. *supra*, *sub par.* 6.

¹³² Cfr., ancora, Cass. pen., sent. 13 ottobre 1969, cit.; Id., 28 settembre 1988, cit.; Id., 13 maggio 1992, cit.

¹³³ Cass., sez. pen., 28 ottobre 1997, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 545, con commento di S. RIONDATO.

¹³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 28 maggio 2003, RV. 226137; Cass. pen., Sez. II, sent. 28 aprile 2004, nn. 4852 e 4853; Cass. pen., Sez. II, sent. 15 febbraio 2005, nn. 8717 e 8718; Cass. pen., Sez. II, sent. 1° marzo 2005, n. 10875.

¹³⁵ Al riguardo cfr., molto chiaramente, V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 103.

Eppure, negli stessi anni, questo approccio ermeneutico pressoché scontato veniva smentito dalla stessa Corte di cassazione, la quale riconosceva l'applicabilità della suddetta confisca anche al profitto derivante dai suddetti reati di frode sulla base di una interpretazione "creativa" formalmente motivata da argomenti di ordine sia testuale che teleologico non convincenti¹³⁶. Ma, soprattutto, il medesimo approccio estensivo in forte odore di analogia veniva successivamente ribadito nel 2005 dalle Sezioni Unite¹³⁷, le quali, nemmeno troppo velatamente, basavano tale discutibilissima opzione interpretativa sulla esigenza di "allinearsi" a quanto previsto da una serie di fonti europee senz'altro di grande importanza, ma prive di effetto diretto¹³⁸. E lo stesso percorso ermeneutico veniva riproposto due anni più tardi sempre dalle Sezioni Unite, le quali nel confermare la concezione allargata del "prezzo del reato", hanno voluto ancora una volta porsi in linea "con la normativa internazionale che come oggetto della confisca ha sempre considerato il provento illecito, ovvero ogni vantaggio economico derivato dal reato"¹³⁹.

Come noto, nel 2009 le Sezioni Unite hanno rinnegato la legittimità di un siffatto esito interpretativo¹⁴⁰ (ovvero di un siffatto processo di integrazione di elementi normativi) richiamando sia i summenzionati principi sanciti dalla Corte di giustizia in tema di interpretazione conforme, sia la costante giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale. In tal modo le Sezioni Unite – col plauso della migliore dottrina¹⁴¹, ma al contempo rivelando in relazione al tema considerato una preoccupante tendenza ad assumere di

¹³⁶ Cass. pen., Sez. I, 12 gennaio 2005, n. 9395, RV. 231063. Con ogni probabilità, invece, una siffatta forzatura interpretativa era indotta dal desiderio di porre in qualche modo rimedio a un evidente infortunio del legislatore nazionale, "al quale è sfuggito che la somma di cui il soggetto attivo del peculato si appropria è qualificabile come 'profitto', e non già come 'prezzo' del reato": F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., par. 6.1.

¹³⁷ Sent. 25 ottobre 2005, n. 41936.

¹³⁸ Si allude a "La Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997, e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997": così Sez. Un., sent. 25 ottobre 2005, n. 41936, cit.

¹³⁹ Così Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2007, n. 10280, le quali così proseguivano: "è sufficiente ricordare la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 in materia di traffico illecito di stupefacenti che prevede la confisca per i proventi da reato definiti come qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente attraverso la commissione di un reato. Gli stessi concetti sono espressi dalla Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Parigi, OCSE del 17 dicembre 1997). Infine, anche con la decisione-quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato del 24 febbraio 2005 della UE per provento del reato si è ritenuto ogni vantaggio economico derivato da reato".

¹⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691.

¹⁴¹ Cfr. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, cit., par. 6.1. L'a., nel caso di specie, plaude non già al rifiuto di una interpretazione estensiva conforme al diritto UE, ma al disconoscimento di una abusiva "integrazione dell'ordinamento *praeter legem*" traducendosi in una "analogia sfavorevole al reo" in stridente contrasto col principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

volta in volta posizioni quantomeno “non simmetriche”¹⁴² – sono giunte a concludere “che l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi va escluso allorquando – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in *malam partem* della fattispecie penale nazionale”. Questa affermazione delle Sezioni Unite, comunque, da un lato giunge all'esito di tutta una serie di argomentazioni incentrate esclusivamente sui limiti degli effetti prodotti, in sede di interpretazione e integrazione di norme penali, da fonti UE *not self-executing*, dall'altro lato viene effettuata in relazione ad un caso non tanto di interpretazione estensiva quanto di analogia con effetti di sfavore. Non va pertanto scartata l'ipotesi che, nel pensiero delle Sezioni Unite, l'esclusione dell'“utilizzo della normativa sovranazionale” a fini di interpretazione conforme *in malam partem* sia da intendere con esclusivo riferimento alle fonti UE bisognose di trasposizione (e dunque non concerna i regolamenti); ovvero, e più ancora, sia da intendere rispetto non tanto all'interpretazione estensiva, quanto all'interpretazione *praeter legem*, dunque analogica.

Un argomento a favore della fondatezza di questa ipotesi sembra offerto dall'esame di talune pronunce della Corte di cassazione in tema di interpretazione conforme successive all'ultima delle succitate sentenze delle Sezioni Unite. Infatti, anche dopo il 2009 “non è infrequente imbattersi in pronunce [della Suprema Corte] che teorizzano un'interpretazione programmaticamente estensiva di taluni requisiti di fattispecie penali (es. rifiuto), ancorate alla ritenuta esigenza di non pregiudicare l'efficacia del diritto comunitario”¹⁴³. Un'interpretazioni, quindi, palesemente finalizzata ad assicurare il rispetto degli impegni assunti in seno all'Unione europea, ma che comunque ha sollevato perplessità in taluni commentatori¹⁴⁴.

11. Tra garantismo, nazionalismo ed europeismo: le diverse posizioni dottrinarie in merito alla liceità della interpretazione conforme *in malam partem* della fattispecie penale.

Passando infine all'esame delle posizioni assunte dalla dottrina nel dibattito relativo alla possibilità che dall'interpretazione conforme delle norme UE discendano effetti *in malam partem*¹⁴⁵, occorre premettere che questo esame appare meno agevole di

¹⁴² Per riprendere il termine utilizzato da P. SILVESTRI, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*. Roma, 17 giugno 2014, p. 27, in https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_pen_41_14.pdf.

¹⁴³ C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2021, p. 25. L'a. cita, in particolare, Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2010, n. 13493, secondo la quale rispetto alla nozione di rifiuto “è pur sempre necessaria, comunque, un'interpretazione estensiva in ragione dei principi di precauzione e prevenzione espressi dalla normativa comunitaria in materia”. Analogamente Cass. pen., Sez. III, 13 apr. 2011, n. 16727; Cass. pen., sez. III, 25 maggio 2011, n. 34753.

¹⁴⁴ Cfr., con specifico riferimento a Cass. pen., Sez. III, 13 apr. 2011, n. 16727, cit., C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1092.

¹⁴⁵ In argomento cfr., per tutti, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007.

quanto in genere si pensi. Al riguardo, è infatti opinione diffusa che nell'attuale momento storico esistano due schieramenti nettamente contrapposti, l'uno contrario e l'altro favorevole all'eventualità che la normativa europea possa incidere, anche in modo sfavorevole all'imputato, sull'ambito applicativo delle fattispecie penali e sul trattamento sanzionatorio dei relativi autori.

In realtà, le cose non stanno esattamente così, stante che in merito all'ammissibilità o meno dei succitati effetti *in malam partem* non di rado risulta tutt'altro che facile cogliere l'esatto pensiero dei singoli autori, in quanto non compiutamente espresso, ovvero volutamente vago, ovvero ancora in via di evoluzione.

Oltretutto, quanti ammettono che dall'interpretazione conforme al diritto UE della fattispecie penale (così come dall'integrazione degli elementi normativi di quest'ultima ad opera del diritto UE) possano discendere effetti di sfavore¹⁴⁶ tendono non di rado a focalizzare la loro attenzione su casi concernenti norme UE contenute in regolamenti, norme dunque direttamente applicabili. All'opposto, quanti negano l'ammissibilità di tali effetti lo fanno spesso riferendosi essenzialmente a norme UE *not self-executing*. Così, ormai molti anni orsono¹⁴⁷, per sostenere la prima di queste due tesi, mi sono soffermato sugli effetti estensivi¹⁴⁸ prodotti sulle fattispecie codicistiche in tema di segreto d'ufficio dall'art. 19, par. 1, comma 1, del regolamento 1468/81¹⁴⁹, nonché dall'art. 10, comma 4, del regolamento 1681/94¹⁵⁰ e dall'art. 10, comma 4, del regolamento 1831/94¹⁵¹.

Quanto poi all'integrazione degli elementi normativi della fattispecie penale con effetti estensivi di quest'ultima, Rosaria Sicurella ed io stesso, nel sostenere l'ammissibilità di una siffatta integrazione, abbiamo più volte preso ad esempio l'art. 516 c.p., che punisce la vendita di sostanze alimentari non genuine; sostanze la cui non-genuinità discende non di rado dalla violazione di norme tecniche inscritte in regolamenti UE; norme, queste, non di rado più rigorose (e dunque produttive di effetti sfavorevoli) rispetto alle norme tecniche nazionali cui sono subentrate¹⁵². Un altro

¹⁴⁶ Sempreché, beninteso, tali effetti non conseguano a interpretazioni analogiche o *contra legem*.

¹⁴⁷ Cfr. A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario*, Ferrara, 1996, p. 49 ss.

¹⁴⁸ Effetti, per la precisione, sia di "estensione diretta" (che si realizza nei casi in cui il diritto UE primario e secondario dispone che taluni beni delle Comunità vengano tutelati dalle norme penali interne destinate a proteggere i corrispondenti beni nazionali: in merito a tale forma di estensione della fattispecie penale cfr., ancora, A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario*, cit., p. 44 ss.) sia di estensione per via interpretativa.

¹⁴⁹ Reg. del Consiglio 1468/81 CEE del 19 maggio 1981, *relativo alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione della regolamentazione doganale e agricola*.

¹⁵⁰ Reg. (CE) 1681/94 della Commissione dell'11 luglio 1994 *relativo alle irregolarità e al recupero delle somme indebitamente pagate nell'ambito del finanziamento delle politiche strutturali nonché all'organizzazione di un sistema d'informazione in questo settore*.

¹⁵¹ Reg. (CE) 1831/94 della Commissione del 26 luglio 1994 *relativo alle irregolarità e al recupero delle somme indebitamente pagate nell'ambito del finanziamento del Fondo di coesione nonché all'instaurazione di un sistema d'informazione in questo settore*.

¹⁵² Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Milano, 2005, cap. I, par. 4.; A. BERNARDI, *La tutela penale dell'ambiente in Italia: prospettive nazionali e comunitarie*, cit., p. 84 ss.; ID., *profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale*

esempio da me frequentemente utilizzato a sostegno della tesi favorevole al riconoscimento degli esiti estensivi del diritto UE sul diritto penale interno è stato quello dell'art. 5 l. 283/1962, le cui lettere e) e f), ormai abrogate, vietavano la preparazione e la vendita di sostanze alimentari adulterate o colorate con coloranti non autorizzati; vietavano, quindi, condotte tanto più a largo spettro quanto più nel corso degli anni vengano adottati regolamenti UE che contengano norme tecniche volte a incrementare il numero di componenti vietate nella preparazione o colorazione delle sostanze in questione.

Per converso, la stigmatizzazione dell'interpretazione *in malam partem* delle fattispecie penali su impulso UE effettuata da Gaetano Insolera e soprattutto, a più riprese, da Vittorio Manes ha di solito avuto ad oggetto norme europee *not self-executing*¹⁵³; in particolare norme contenute in decisioni quadro, vale a dire in quegli atti di diritto derivato rispetto ai quali solo nel 2005, a seguito della celebre sentenza *Pupino* della Corte di giustizia, si è riconosciuto l'obbligo di interpretazione conforme¹⁵⁴, peraltro in materia penale sottoposto ai consueti limiti sanciti da questa Corte. Appare quindi abbastanza naturale che gli autori di contributi dottrinali incentrati su testi normativi UE di tipo profondamente diverso possano maturare conclusioni opposte in merito al problema dell'ammissibilità o meno degli eventuali effetti *in malam partem* derivanti dall'interpretazione o integrazione di norme penali nazionali conformemente ai testi in questione. Conclusioni opposte che peraltro, in un secondo, momento i rispettivi sostenitori potrebbero essere portati a generalizzare, dunque a riproporre anche in relazione ai casi di interpretazione conforme basati su testi normativi UE diversi da quelli in precedenza privilegiati.

Ancora, la difficoltà di cogliere con esattezza il pensiero dei singoli autori in tema di interpretazione conforme con effetti di sfavore deriva da certi silenzi non si sa esattamente quanto casuali, ovvero dai dubbi o ripensamenti di taluni di essi, in certi

agroalimentare, cit., p. 149 ss.

¹⁵³ Cfr. G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2775; nonché, pur con diverse sfumature rinvenibili nei singoli lavori, V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006/3, par. 3.2; ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, cit., p. 101 ss.; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 26 ss.; ID., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 63 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Corte di giustizia, sent. 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, cit., punti 44-45.

casi esplicitati¹⁵⁵, in altri ricavabili solo dalla lettura in parallelo dei loro lavori in argomento¹⁵⁶.

In ogni caso, un esame delle posizioni assunte dalla dottrina italiana in merito alla possibilità che dall'interpretazione conforme delle norme UE così come dall'incidenza di queste ultime sugli elementi normativi delle fattispecie penali discendano effetti *in malam partem* rivela una realtà più articolata di quella in genere ipotizzata. Al riguardo, rinunciando a un meticoloso resoconto di tutte le variabili rincontrabili nel pensiero dei singoli autori¹⁵⁷, ci si limiterà qui a sottolineare che al momento attuale tre sono essenzialmente i punti di vista sui quali si incentra l'attuale dibattito dottrinale, vale a dire: quello che esclude in radice, rispetto a ogni fonte UE, l'interpretazione conforme della fattispecie penale e l'implementazione dei suoi elementi normativi con effetti di sfavore (a); quello che ammette l'interpretazione conforme con effetti *in malam partem* con riferimento a qualsiasi fonte UE, sempreché appunto tali effetti non siano dovuti ad operazioni a carattere più o meno larvamente analogico (b); quello che, nei limiti appena ricordati, accetta l'interpretazione conforme della fattispecie penale e/o l'implementazione dei suoi elementi normativi con effetti di sfavore solo relativamente alle fonti UE *self-executing* (c).

a) Il primo di questi tre punti di vista – di impronta al contempo ultra-garantista e nazionalista¹⁵⁸, come meglio si avrà modo di evidenziare di qui a poco – è abbracciato, per esempio da Vittorio Manes quando afferma che il divieto di interpretazione

¹⁵⁵ Emblematico, al riguardo, il *revirement* di C. SOTIS, il quale dopo aver negato risolutamente in un suo lavoro monografico del 2007 (*Il diritto senza codice* cit., p. 220 ss.) “la legittimità delle ipotesi ad effetti espansivi nelle quali la normativa comunitaria integratrice della norma incriminatrice nazionale si sostituisca alla precedente disciplina (nazionale o comunitaria)”, in un successivo lavoro a quattro mani del 2011 (C. SOTIS, M. BOSI, *Il bizzarro caso dei pesci “in malam partem”. Osservazioni in tema di pesca del novellame sui rapporti tra disapplicazione dell’atto amministrativo (di favore) contrario alla legge e non applicazione della norma nazionale (di favore) contrastante con il diritto comunitario*, cit., p. 8, nt. 23), si cura di evidenziare il suo mutato punto di vista: “affiniamo quindi in questo scritto un’affermazione troppo netta che uno di noi due aveva fatto in quella sua pubblicazione, da cui emergeva che in caso di sostituzione della normativa comunitaria a quella nazionale sublegislativa nessuno spazio di manovra fosse concesso in chiave espansiva. Quell’affermazione ad una più meditata lettura ci sembra vada chiarita e stemperata, infatti sia in caso di sostituzione di normativa (tecnica) comunitaria a precedente normativa comunitaria sia in caso di sostituzione di normativa (tecnica) comunitaria a precedente normativa nazionale deve concedersi un margine di ammissibilità per le ipotesi in cui siano (...) perduranti il criterio e gli obiettivi di tipo tecnico posti”.

¹⁵⁶ Per esempio, in taluni suoi lavori (citati *supra*, sub nt. 151) Vittorio Manes sembra oscillare tra due possibilità: quella di escludere la possibilità di interpretazione conforme *in malam partem* solo rispetto alle fonti normative UE bisognose di trasposizione; quella di generalizzare tale esclusione a ogni tipo di fonte UE.

¹⁵⁷ Esemplificativamente, in merito ai limiti di ammissibilità dell’integrazione della norma penale ad opera del diritto UE, cfr. l’articolato pensiero di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., p. 214 ss.; nonché l’altrettanto articolato pensiero di A. MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, cit., p. 702 ss.

¹⁵⁸ In quanto volto a far prevalere sempre e comunque il principio del *favor rei*; principio il quale, come si sa, attribuisce maggiore rilievo all’interesse dell’imputato rispetto a qualsiasi altro interesse rinvenibile in sede processuale (nel caso di specie all’interesse alla leale cooperazione degli Stati membri con l’Unione europea per garantire l’effettività del diritto UE).

conforme *in malam partem* delle fattispecie penali opera non solo in relazione alle norme contenute in fonti UE destinate a essere trasposte nel diritto interno, ma anche in relazione alle norme UE di fonte regolamentare¹⁵⁹; ovvero quando – con diversa formula ma con identità di contenuti – nega (e fa negare alla Corte di giustizia) che tutte “le fonti ‘eurounitarie’ possano produrre *effetti di incriminazione o di aggravamento* in materia penale”¹⁶⁰. Il medesimo punto di vista è condiviso da Vico Valentini, il quale esclude l’operatività della prevalenza e diretta efficacia del diritto comunitario, anche rispetto alle fonti auto-applicative e alla relativa interpretazione “autentica”, nei casi in cui “la *primauté* ridondi a sfavore del reo”¹⁶¹. Sulla stessa linea d’onda si colloca Elio Belfiore quando, in netto disaccordo con una pronuncia della Corte di cassazione su questioni non coincidenti ma assai vicine alle nostre¹⁶², ironizza sul fatto che, a suo dire, “la pratica dell’“interpretazione conforme” è permessa esclusivamente laddove serve a conseguire effetti punitivi”¹⁶³, lasciando intendere che la legittimità di tale pratica dovrebbe, all’opposto, essere correlata solo al perseguimento del prevalente interesse dell’imputato. Gli esempi relativi agli autori volti a negare qualsiasi apporto di sfavore del diritto UE in ambito penale potrebbero continuare. Basti qui ricordare, per tutti, Caterina Paonessa, la quale sposa incondizionatamente la tesi giurisprudenziale secondo cui “l’utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi, va escluso allorquando [...] gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale”¹⁶⁴.

b) Il secondo punto di vista – in base al quale, giova ripeterlo, l’interpretazione conforme della fattispecie penale con effetti *in malam partem*, se rispettosa degli argini segnati dalla lettera della norma penale, risulta ammissibile con riferimento a qualsiasi norma UE, e dunque non solo quando la norma-parametro UE sia autoapplicativa, ma anche quando non lo sia – sembra essere tuttora ampiamente condiviso. Infatti, sebbene patisca i progressivi consensi raccolti dalla tesi diametralmente opposta sopra riportata, questo punto di vista viene tuttora sposato da molti studiosi del diritto penale europeo, i quali ritengono che non vi siano motivi sufficienti per negare che il vincolo dell’interpretazione conforme possa includere, rispetto a tutte le fonti di diritto UE, quegli effetti di sfavore potenzialmente correlati a ogni tipo di interpretazione

¹⁵⁹ V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 21.

¹⁶⁰ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 64.

¹⁶¹ V. VALENTINI, [Legalità penale convenzionale e obbligo d’interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2012, p. 169.

¹⁶² Cass., sez. III pen., 7 maggio 2009. Si tratta, infatti, della sentenza in cui viene imposta la disapplicazione, per contrasto col diritto UE, della normativa nazionale di favore in relazione alla più volte ricordata questione dei pesci *in malam partem*.

¹⁶³ E.R. BELFIORE, [Giudice nazionale e Corti europee: disapplicazioni illiberali e conformazioni in malam partem](#), in *DisCrimen*, 1° settembre 2021, p. 18.

¹⁶⁴ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 263. La citazione è tratta da Cass. pen., Sez. Un., 25 giugno-6 ottobre 2009, n. 38691, cit.

sistematica e, più in generale, alla generalità dei criteri interpretativi (letterale e logico, storico ed evolutivo, sistematico e teleologico, estensivo e restrittivo¹⁶⁵).

Così Francesco Viganò, dopo aver ribadito ancora una volta che l'esigenza di conformare il diritto penale interno al diritto UE non può spingersi sino al punto di avallare ipotesi di analogia sfavorevole al reo, si dichiara viceversa propenso ad ammettere che in vista di tale esigenza siano ammesse forme di interpretazione estensiva indotte dall'esigenza di rispettare gli obblighi UE in tema di confisca sanciti da una fonte UE *not self-executing*¹⁶⁶, condividendo quindi l'interpretazione ampliativa del concetto di "profitto del reato" accolta dalle Sezioni Unite della cassazione¹⁶⁷ alla luce della definizione di "proventi del reato" contenuta in una decisione quadro del 2005¹⁶⁸. Analogamente, lo stesso autore non esclude la legittimità di una interpretazione estensiva del concetto di *pedopornografia virtuale* indotta da una decisione quadro del 2004¹⁶⁹; una interpretazione, quindi, capace di accogliere al suo interno non solo le "immagini che rappresentino *minori reali*, associate attraverso tecniche di rielaborazione grafica a situazioni (di natura pornografica) *fittizie*, ancorché realistiche", ma anche "immagini che rappresentino *minori inesistenti* in situazioni pornografiche anch'esse fittizie"¹⁷⁰, stante che l'art. 1 della suddetta decisione quadro fa rientrare nel concetto di "pornografia infantile" anche le "immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto" in una condotta sessualmente esplicita¹⁷¹.

Analogamente, in vista di una adeguata tutela del diritto UE, Giandomenico Salcuni ritiene ammissibile una interpretazione conforme con effetti estensivi delle fattispecie codicistiche previste agli artt. 452 *bis*, 640 *bis*, 640 *quater*, nonché una compressione della norma codicistica di cui all'art. 131 *bis* concernente la "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto"¹⁷²: con la precisazione che, in molti casi, le norme UE deputate a innescare forme siffatte di incidenza *in malam partem* sarebbero contenute in fonti *not self-executing*¹⁷³.

¹⁶⁵ Nel caso in cui, ovviamente, l'interpretazione restrittiva riguardi una norma penale appartenente alla eterogenea categoria delle norme di favore.

¹⁶⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme soprannazionali*, cit., par. 6.1.

¹⁶⁷ Cass. pen., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10280.

¹⁶⁸ Si allude alla decisione quadro della UE 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 *relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato*.

¹⁶⁹ Decisione quadro 2004/68/GAI *relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*.

¹⁷⁰ Cfr., ancora, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme soprannazionali*, cit., par. 6.1.

¹⁷¹ Art. 1, *iii*) della decisione quadro in oggetto.

¹⁷² Nel caso di specie, peraltro, più che di una vera e propria interpretazione conforme sembra opportuno parlare di una disapplicazione parziale dell'istituto della "esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto". Parallelamente, sempre G. SALCUNI (in *Culture penalistiche a confronto: diritto penale nazionale vs diritto penale europeo*, in *Arch. giur.*, 2011, p. 37) riporta – con puntuali riferimenti bibliografici – casi di condanna dell'imputato ai sensi degli artt. 15 co. 1 lett. c) e 24 co. 1 della l. 14 luglio 1965 n. 963 in materia di *Disciplina della pesca marittima* derivanti dalla disapplicazione da parte della Corte di cassazione degli "artt. 86-91 D.P.R. 1639/1968, che costituivano – secondo noi – una causa di esclusione del tipo" (*ivi*). In ogni caso, i casi qui riportati sono accomunati ai succitati casi di interpretazione conforme dagli effetti di sfavore prodotti su di essi dalla normativa comunitaria.

¹⁷³ Per esempio, per quanto concerne la disapplicazione dell'art. 131 *bis* c.p., a giudizio di questo autore

Del pari, aderendo a quanto affermato dalla Corte di cassazione in una sua sentenza del 2010¹⁷⁴, Anna Maria Maugeri, ritiene che “al fine di conseguire la diretta armonizzazione della legislazione penale degli Stati membri, si potrebbe ammettere anche un’interpretazione estensiva di un elemento normativo (ancorché con effetti *in malam partem*) in conformità alle fonti europee, nei limiti del rispetto del principio di tassatività e del divieto di analogia in materia penale”¹⁷⁵; fermo restando che, nella succitata sentenza, la fonte europea ritenuta capace di innescare una siffatta interpretazione estensiva è la Convenzione OCSE contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri firmata a Parigi il 17 dicembre 1997; una fonte dunque non direttamente applicabile nel diritto interno in quanto, al pari di ogni altra convenzione in materia penale, bisognosa di fattispecie nazionali di attuazione.

Da ultimo, merita di essere rilevato che questo punto di vista sembra essere accolto anche da parte della migliore manualistica. Così, Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta affermano che “Il giudice (...) ha il dovere di interpretare le leggi nazionali, *anche nella materia penale*, in maniera conforme alla lettera e alla *ratio* degli obblighi internazionali che vincolano lo Stato italiano. Ogniqualvolta ciò sia consentito dal *tenore letterale* della legge italiana, il giudice sarà dunque tenuto ad optare per un’interpretazione delle leggi interne che armonizzi con le fonti internazionali, piuttosto che con interpretazioni che contrastino con gli obblighi da esse scaturenti, anche al fine di evitare di esporre con la propria decisione lo Stato italiano ad una possibile responsabilità sul piano internazionale”¹⁷⁶. In assenza di ogni distinzione tra interpretazione conforme *in bonam* ovvero *in malam partem* e tra fonti internazionali *self* e *not self-executing*, è infatti legittimo ritenere che per questi autori il vincolo di conformità interpretativa sussista sempre e comunque.

c) Il terzo punto di vista – secondo il quale l’interpretazione conforme della fattispecie penale e/o l’implementazione dei suoi elementi normativi con effetti *in malam partem* risultano ammissibili esclusivamente per adeguare il sistema penale nazionale a norme UE *self executing* – sembra acquistare crescenti consensi. Certo è che esso appare in piena sintonia con le summenzionate – ancorché, già lo si è detto, alquanto generiche

norme UE atte a circoscrivere l’operatività dell’istituto della “esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto” si potrebbero rinvenire, oltreché nel regolamento (CE) N. 338/97 del Consiglio del 9 dicembre 1996 *relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio*, nella direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 *relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche*, nella direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2009 *concernente la conservazione degli uccelli selvatici*, nella direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 *relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto* e nella direttiva 2008/99/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 *sulla tutela penale dell’ambiente*.

¹⁷⁴ Cass., 30 settembre 2010, n. 42701, in <http://dejure.giuffre.it>.

¹⁷⁵ 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?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1139. Analogamente cfr. A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 791 ss.

¹⁷⁶ *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2021, p. 60.

– affermazioni della Corte di giustizia relative alle ipotesi di inammissibilità dell'interpretazione conforme *in malam partem*.

Si tratta di un punto di vista condiviso, per esempio, dall'“ultimo” Carlo Sotis, il quale – come già ricordato – in un interessante articolo scritto a quattro mani dichiara di aver abbandonato la concezione volta ad escludere ogni forma di incidenza sulla fattispecie penale con effetti di sfavore da parte di norme UE a carattere tecnico¹⁷⁷. Persino Vittorio Manes, a volte, nello sposare il “principio che, in materia penale, esclude comunque ricadute peggiorative fondate su fonti sovranazionali *non trasposte*”¹⁷⁸, sembra implicitamente ammettere che norme UE autoapplicative possano dare luogo a ricadute di questo tipo.

Ma, indubbiamente, è Giovanni Grasso l'autore italiano che per primo e meglio ha evidenziato come in materia penale “effetti comunitari di sfavore” possano discendere solo da norme UE *self-executing*. Dopo aver chiarito che per quanto concerne il “contributo delle fonti comunitarie alla formazione del precetto penalmente sanzionato (...) alla normativa comunitaria non può essere attribuito in quest'ambito un ruolo più modesto e marginale di quella nazionale”¹⁷⁹, Grasso già negli anni '80 rilevava che l'ambito applicativo di talune fattispecie penali può essere ampliato da norme ‘tecniche’ contenute in regolamenti UE, le quali – come noto – pongono spesso vincoli più stringenti di quelli previsti dalle precedenti norme ‘tecniche’ nazionali cui esse subentrano. Sempre Grasso però ci ricordava anche che nessun “effetto di sfavore” può essere prodotto da norme UE *not self-executing*: il “principio secondo il quale le disposizioni della direttiva dovrebbero servire per interpretare le prescrizioni della pertinente normativa interna incontrerebbe un limite nella materia penale (...) nei principi di certezza del diritto e di non retroattività; in definitiva dovrebbe ugualmente essere escluso che la direttiva non attuata possa comportare una modifica in senso sfavorevole all'individuo dell'interpretazione di preesistenti disposizioni incriminatrici”¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Cfr., *supra*, sub nt. 153.

¹⁷⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., cap. II, par. 4.2.2 (corsivo non testuale).

¹⁷⁹ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 294. Ineccepibile, al riguardo, il richiamo da parte di questo a. alla lett. f) dell'art. 51. 283 del 1962. In base a tale norma, infatti, era vietato vendere sostanze alimentari: f) colorate artificialmente quando la colorazione artificiale non sia autorizzata o, nel caso che sia autorizzata, senza l'osservanza delle norme prescritte. Laddove, appunto, tanto il divieto di utilizzo a fini alimentari di certe sostanze coloranti quanto le prescrizioni in merito all'impiego di queste sostanze ben potevano essere previsti da norme regolamentari UE (eventualmente più rigorose delle norme nazionali cui subentravano).

¹⁸⁰ G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, cit., p. 302.

12. Gli argomenti a sostegno del divieto assoluto di interpretazione conforme al diritto UE con effetti di sfavore.

In linea di massima è possibile affermare che la dottrina italiana non si è molto soffermata a sviscerare gli argomenti atti a supportare i diversi punti di vista esistenti in merito al tema in esame. In ogni modo, quanti sostengono la tesi volta ad escludere che qualsivoglia fonte UE possa supportare forma di interpretazione conforme della fattispecie penale con effetti di sfavore, ovvero possa implementare gli elementi normativi della suddetta fattispecie con analoghi effetti, adducono al riguardo argomenti di varia natura, riconducibili essenzialmente: *a)* all'assenza di una diretta competenza UE in materia penale; *b)* all'esigenza di democraticità delle fonti incidenti in materia penale; *c)* alla necessaria prevedibilità dell'interpretazione delle norme penali.

a) In base al primo argomento, l'inammissibilità di eventuali effetti di sfavore derivanti sia dall'interpretazione "comunitariamente conforme" della fattispecie penale sia dall'implementazione degli elementi normativi della suddetta fattispecie ad opera di norme UE sarebbe dovuta, innanzitutto, al fatto che "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"¹⁸¹. Tale argomento, però, appare tutt'altro che convincente. Basti pensare al fatto che, notoriamente, anche le Regioni del nostro Paese sono prive di competenza penale; ma questo non impedisce affatto alle fonti regionali di incidere, anche sfavorevolmente, in sede di interpretazione o integrazione della fattispecie penale, come ad esempio nel caso in cui esse concorrano a precisare le regole cautelari rilevanti nell'ambito dei reati colposi¹⁸². Se dunque "le leggi regionali sono idonee ad integrare il precetto penale (...) in funzione 'incriminatrice'¹⁸³, non si capisce perché alle fonti UE debba essere negata tale idoneità in ragione della carenza di competenza penale diretta dell'Organizzazione che provvede a vararle.

b) Anche il ricorso al principio di legalità/democraticità delle norme penali per inibire a qualsivoglia fonte UE di produrre forme di incidenza *in malam partem* sulle fattispecie penali appare nient'affatto persuasivo, per ragioni in parte analoghe a quelle riportate *sub a)*. Pare infatti difficile poter invocare il principio di riserva di legge in materia penale per negare in radice ogni tipo di impatto sfavorevole delle norme UE sulle fattispecie penali. E ciò, in primo luogo, perché a seguito del Trattato di Lisbona tanto il Parlamento europeo quanto i parlamenti nazionali hanno visto rafforzato il loro ruolo nell'ambito del procedimento di adozione delle fonti UE¹⁸⁴, sicché appare alquanto

¹⁸¹ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., cap. II, par. 4.2.1.

¹⁸² Sottolinea che il ruolo delle fonti regionali in sede di accertamento della colpa "è tradizionalmente ritenut[o] legittim[o] sia dalla Corte costituzionale che dalla dottrina" C. RUGA RIVA, *Diritto penale, Regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, Milano, 2012, p. 58 ss., e ivi puntuali riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

¹⁸³ V. NAPOLEONI, [Riserva di legge e norme regionali in materia penale](#), in *www.treccani.it*, 2015, par. 2.3.

¹⁸⁴ In merito alla tesi tuttora prevalente secondo cui quantomeno la c.d. procedura legislativa ordinaria, prevista per la massima parte delle fonti normative UE, presenti un carattere sufficientemente "democratico" cfr., volendo, A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e](#)

ingeneroso nei confronti dell'Unione europea negare il processo di democratizzazione di quest'ultima denunciando la carente legittimazione democratica del Parlamento europeo e il marginale ruolo dei parlamenti nazionali per escludere in radice la possibilità che la normativa europea possa implicare effetti ampliativi della responsabilità penale. In secondo luogo, perché, anche ammesso che le norme UE siano prive di una piena legittimità democratica, appare incongruo pretendere che esse non possano incidere con effetti di sfavore sulle fattispecie penali nazionali, quando una siffatta incidenza viene riconosciuta a norme interne sublegislative (queste ultime, ben più delle fonti europee, carenti sotto il profilo della legalità-democraticità)¹⁸⁵. Senza contare che, addirittura, non mancano i casi in cui l'interpretazione *in malam partem* delle fattispecie penali risulta determinata da semplici fonti di *soft law* varate da enti privati o da autorità amministrative¹⁸⁶.

Per altro verso, con specifico riferimento all'interpretazione conforme al diritto UE produttiva di effetti *in malam partem*, merita ancora di essere rilevato che la scarsa persuasività del ricorso al principio di legalità/democraticità per sostenere l'illegittimità di tali effetti discende dal fatto che, diversamente dall'attività legislativa in materia penale, l'attività interpretativa non sottostà a vincoli di democraticità ulteriori a quelli posti dal tenore letterale delle norme penali varate nel rispetto della riserva di legge. In particolare, non sono scelti "democraticamente" i soggetti deputati a tale attività, in quanto in Italia (come nella maggior parte degli Stati europei) i giudici non vengono eletti ma svolgono le loro funzioni dopo aver superato un pubblico concorso; non hanno necessariamente carattere "democratico" i criteri interpretativi utilizzati dal giudice penale, in quanto nell'ambito di questi criteri entrano in gioco fattori "valoriali"¹⁸⁷ che nulla hanno a che fare col principio democratico, quali idee, orientamenti, meri punti di

[prospettive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. 1/2012, p. 58 ss.

¹⁸⁵ Basti pensare al reato di "Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope previsto dall'art. 73 del Testo unico sugli stupefacenti (D.P.R. 309/1990 e successive modificazioni), il quale per la concreta individuazione delle sostanze da considerare stupefacenti rimanda a un decreto del Ministero della Salute che prevede ed aggiorna le tabelle contenenti l'indicazione delle suddette sostanze (cfr. art. 13 del Testo unico).

¹⁸⁶ Così, ad esempio, non si è mancato di sottolineare che le norme di non pochi codici etici in tema di "regali e altre utilità" (cfr. art. 9 codice etico dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas; art. 6 codice etico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; art. 9 codice etico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; art. 7 codice di comportamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici) volte a vietare l'accettazione di regali di non modico valore da parte di soggetti operanti nei settori di competenza di tali Autorità — inducono a interpretare estensivamente gli artt. 318 e 320 c.p. in tema di corruzione per atti d'ufficio; articoli i quali puniscono il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio "che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro od altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa". Cfr., al riguardo, R. BRANDOLIN, *Autorità amministrative indipendenti e codici di comportamento*, in *www.costituzionale.unige.it*. Sull'influenza esercitata da norme di *soft law* in sede di interpretazione delle fattispecie penali cfr., in generale, A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2010, vol. I, p. 31 ss. e p. 40 ss.

¹⁸⁷ Sul punto cfr. già L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, in particolare p. 287 ss.

vista, convinzioni di diversa matrice (etica, politica, sociologica)¹⁸⁸. Infine, come già si è detto, non sono legittimate democraticamente molte norme che in sede di interpretazione sistematica possono incidere sulla interpretazione di norme penali (norme amministrative, norme di *soft law*, ecc.).

c) Assai più significativo appare l'ultimo dei succitati argomenti, teso a negare alle norme UE la possibilità d'innescare una interpretazione conforme delle fattispecie penali produttiva di effetti sfavorevoli all'imputato in nome dei corollari del principio di legalità concernenti tanto l'accessibilità delle fattispecie penali e delle ulteriori norme (nel nostro caso, UE) incidenti su di esse quanto la prevedibilità della giurisprudenza volta a utilizzare tali norme come parametri atti ad ampliare l'ambito applicativo delle suddette fattispecie. Esso muove dal presupposto che le norme UE non siano attingibili dal cittadino, cosicché una eventuale interpretazione estensiva della norma penale basata su di esse risulterebbe imprevedibile per i destinatari di quest'ultima¹⁸⁹, e dunque vietata dallo stesso art. 7 CEDU secondo l'interpretazione costantemente datane dalla Corte EDU¹⁹⁰. Peraltro, l'argomento in esame si rivela convincente – alle condizioni che vedremo¹⁹¹ – solo in relazione alle norme UE contenute in fonti *not self-executing*, le quali pongono obblighi in capo allo Stato e non all'individuo, cosicché quest'ultimo è legittimato a ignorarle, e dunque a non immaginare le conseguenze *in malam partem* da esse prodotte in sede di interpretazione conforme della fattispecie penale. Non sembrerebbe invece seriamente sostenibile la tesi della inaccessibilità delle norme UE *self-executing*, le quali sono indirizzate ai singoli individui al pari delle fonti di diritto interno e vengono pubblicate nella *Gazzetta ufficiale UE*, acquisendo in tal modo un livello di conoscibilità formalmente in tutto e per tutto equiparabile a quello degli strumenti normativi nazionali.

Per quanto sin qui visto, è lecito ritenere che la soluzione volta a negare in radice ogni ipotesi di interpretazione conforme al diritto UE con effetti di sfavore – del resto, come in precedenza si è avuto modo di verificare, frequentemente disattesa anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità¹⁹² – manchi di solidi argomenti e trovi le sue consapevoli o inconsapevoli radici in una concezione autarchica del diritto penale difficilmente conciliabile con l'attuale processo di europeizzazione del diritto.

¹⁸⁸ Cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 299 ss.

¹⁸⁹ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., in particolare p. 69 ss.

¹⁹⁰ Cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Art. 7 (Nessuna pena senza legge)*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2011, p. 249 ss.; V. MANES, *Art. 7/1*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2011, p. 258 ss. e 274 ss.

¹⁹¹ Cfr., *infra*, sub par. 14, lett. b).

¹⁹² Cfr., *supra*, sub par. 10.

13. Gli argomenti favorevoli alla generalizzata ammissibilità della interpretazione conforme *in malam partem* al diritto UE.

In linea di massima, quanti avallano la sussistenza in ambito penale del vincolo dell'interpretazione conforme rispetto a ogni norma UE, anche quando gli esiti di tale interpretazione siano *in malam partem*¹⁹³, non si curano di esporre dettagliatamente le ragioni atte a supportare il loro punto di vista. È verosimile ritenere che questo silenzio derivi dal loro "non sentirsi in obbligo" di motivare un punto di vista ritenuto scontato. Del resto, come si è detto, ogni canone interpretativo può implicare effetti *in malam partem*¹⁹⁴ in materia penale e l'interpretazione sistematica della disposizione penale con effetti di sfavore risulta ammessa rispetto a qualsiasi tipo di norma-parametro di diritto interno, indipendentemente dal fatto che tale norma-parametro sia contenuta in fonti primarie o in fonti secondarie o addirittura in fonti di *soft law*¹⁹⁵. Perché mai, allora, le norme di fonte UE – oltretutto, in posizione di primato rispetto alle norme nazionali – non dovrebbero essere legittimate a fungere da parametro ai fini di quella particolare interpretazione sistematica che è l'interpretazione conforme con effetti di sfavore?

In ogni caso, vale la pena provare ad elencare alcune delle ragioni che potrebbero, appunto, supportare la tesi favorevole alla generalizzata ammissibilità della interpretazione conforme *in malam partem*.

La prima di queste ragioni risiederebbe nello stesso principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE, in base al quale "l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati". È infatti risaputo che tale principio vincola il legislatore così come ogni altra autorità dei singoli Paesi membri ad assicurare la salvaguardia dell'ordinamento UE, e dunque di tutte le norme che concorrono alla sua costruzione. Per quanto concerne i giudici nazionali tale principio si tradurrebbe, appunto, nell'obbligo di interpretazione conforme di tutte le norme di diritto interno, ivi comprese quelle penali, con conseguente necessità di adeguarle – nei limiti consentiti dal principio di legalità¹⁹⁶ – al diritto UE complessivamente inteso.

La tesi favorevole all'ammissibilità della interpretazione conforme *in malam partem* rispetto alla generalità delle fonti UE potrebbe poi risultare supportata da due esigenze a carattere essenzialmente "pratico". La prima sarebbe costituita dall'esigenza

¹⁹³ Quanto invece al fenomeno dell'implementazione con effetti di sfavore degli elementi normativi ad opera di norme UE, va sottolineato che risulta difficile ammettere l'operatività di tale fenomeno anche ad opera di fonti UE *not self-executing*, stante che tali fonti non rientrano tra quelle facenti parte dell'ordinamento nazionale e dunque – a tutto concedere – potrebbero incidere sugli elementi normativi della fattispecie penale solo a livello interpretativo.

¹⁹⁴ Cfr. *supra*, *sub* par. 11, prima della nt. 163.

¹⁹⁵ Cfr., *supra*, *sub* par. 12, nt. 184.

¹⁹⁶ Come si sa, infatti, nel caso in cui la lettera della norma (penale) nazionale renda impossibile una interpretazione di quest'ultima tale da conformarla al diritto UE, il principio del primato comporta l'obbligo per il giudice, a seconda dei casi, di disapplicare la norma nazionale ovvero di sollevare la questione della sua costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

di tutelare i beni/interessi giuridici recepiti dalla normativa europea¹⁹⁷; e a tal riguardo, è noto che i giudici nazionali sono solitamente attenti al problema della difesa dei beni/interessi giuridici indipendentemente dal soggetto o ente titolare degli stessi, a volte anche indipendentemente dal tipo di fonte UE deputata a creare o rafforzare i suddetti beni/interessi.

La seconda motivazione risiederebbe nell'avvertita esigenza di non esporre lo Stato di appartenenza ad una condanna da parte della Corte di giustizia per mancato rispetto del succitato principio di leale cooperazione¹⁹⁸; donde appunto la necessità di garantire l'effettività del diritto UE anche attraverso una interpretazione delle norme penali nazionali che le renda conformi agli obblighi posti a carico dello Stato dalle fonti UE, siano esse *self* ovvero *not self-executing*¹⁹⁹.

Un ulteriore argomento utilizzabile a supporto dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto a ogni norma UE anche in caso di effetti sfavorevoli all'imputato è costituito dal carattere *inderogabile* della interpretazione conforme; carattere, questo, che viceversa risulta del tutto estraneo agli altri criteri interpretativi. È infatti noto che l'interpretazione conferisce ai giudici un ineliminabile "spazio di libertà"; spazio che si esprime anche e soprattutto attraverso la possibilità di privilegiare, di volta in volta, l'uno o l'altro criterio interpretativo. In questo senso i diversi criteri interpretativi non solo sono privi di intrinseca cogenza, ma tendono a porsi in competizione tra loro²⁰⁰ per catturare i favori dell'interprete. Il pluralismo delle opzioni ermeneutiche fa quindi sì che, in linea di massima, i succitati criteri offrano al giudice una gamma di possibilità all'interno della quale operare le scelte più opportune al fine di meglio adeguare la norma alle esigenze di giustizia poste dal caso concreto. Nel corso di tale opera di adeguamento, dunque, è fatale che taluni canoni prevalgano su altri, ovvero si combinino tra loro nel segno di uno spiccato eclettismo. Per contro, l'interpretazione conforme costituisce l'unico criterio che – in ragione del principio gerarchico sottostante alla soluzione dei conflitti fra norme – si impone vincolativamente, conculcando così le scelte ermeneutiche del giudice. Ne consegue che ogni altro criterio interpretativo, se non in sintonia con gli approdi imposti dall'interpretazione conforme, debba cederle il campo. Sotto questo profilo l'interpretazione conforme tende a differenziarsi persino dall'interpretazione sistematica, sebbene l'una e l'altra rientrino nel ceppo delle forme argomentative basate sulle idee di unità e coerenza del sistema giuridico. L'assoluta cogenza dell'interpretazione conforme, insomma, tende a distinguere quest'ultima da tutti gli altri canoni interpretativi liberamente utilizzabili dal giudice e financo dal

¹⁹⁷ Istanza in vista della quale, dunque, si potrebbe essere portati a forme di interpretazione conforme *in malam partem* a prescindere dal tipo di norma UE, *self* o *not self-executing*, elevata a parametro di conformità.

¹⁹⁸ Come si è visto in precedenza (cfr. *supra*, sub par. 11, nt. 174), questa motivazione viene presa seriamente in considerazione da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 60. Cfr. altresì, volendo, A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I – La modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, cit., p. 100 ss.

¹⁹⁹ *Sempreché*, beninteso, in quest'ultimo caso il termine fissato per il recepimento di queste ultime sia già scaduto.

²⁰⁰ Competizione che, invero, non riguarda solo i criteri interpretativi inconciliabilmente opposti (come quelli restrittivo/estensivo ovvero storico/evolutivo), ma coinvolge tutti i criteri.

canone dell'interpretazione sistematica, rendendola piuttosto simile a una "regola". A una regola, *questo è il punto*, priva di eccezioni in quanto destinata a operare rispetto a ogni norma appartenente a un sistema giuridico gerarchicamente sovraordinato a quello nazionale; e ciò perché solo generalizzando all'estremo la vigenza di tale regola può essere soddisfacentemente appianato – nel rispetto appunto del succitato principio gerarchico – il contrasto tra i diversi sistemi giuridici cui appartengono la norma-parametro UE e la norma penale nazionale chiamata a conformarsi ad essa²⁰¹.

14. Gli argomenti a supporto della necessità di consentire l'interpretazione conforme con effetti di sfavore rispetto alle sole norme UE *self-executing*.

Se dunque non mancano gli argomenti a sostegno della sussistenza del vincolo dell'interpretazione conforme in relazione a tutte le norme UE, anche nel caso in cui questo vincolo sia produttivo di conseguenze negative per l'imputato, altri argomenti si prestano a supportare la diversa tesi per la quale l'interpretazione conforme della disposizione penale con effetti *in malam partem* deve considerarsi ammissibile solo se effettuata sulla base di norme UE *self-executing*. Anche in questo caso, peraltro, la dottrina tende a evitare di sviluppare gli argomenti sottostanti alla tesi in questione, che qui di seguito proveranno a essere brevemente riassunti.

a) Il primo argomento si basa su una constatazione difficilmente confutabile: ammettere, una interpretazione conforme della disposizione penale con effetti di sfavore a partire da norme UE *not self-executing* equivale a far discendere dalle suddette norme UE un tipo di effetto diretto verticale in teoria ad esse precluso²⁰². Si tratta, invero, di un argomento che si ricollega a quanto affermato dalla nostra Corte di cassazione in una sentenza del 1997 precedentemente ricordata: alla luce del principio di legalità (così come dello stesso principio di separazione dei poteri) "il giudice non deve invadere il campo della produzione normativa"²⁰³ tramite la considerazione, a detrimento dell'imputato, di fonti UE non direttamente operanti nell'ordinamento dei Paesi membri; fonti, queste ultime, capaci quindi di imporre limiti all'agire individuale solo attraverso le norme nazionali deputate a trasporle. In effetti, se le fonti UE *not self-executing* si rivolgono ai singoli Stati membri²⁰⁴ e non ai singoli individui, ai sensi del

²⁰¹ In questa prospettiva, l'unica eccezione ammessa all'applicazione dell'interpretazione conforme si avrebbe nel caso in cui tale contrasto non debba essere appianato; vale a dire nel caso in cui la norma-parametro UE si ponga in contrasto col nucleo dei principi costituzionali elevati a controlimiti, come tali prevalenti sulla norma-parametro in questione, con conseguente venir meno del principio gerarchico che è alla base dell'obbligo di interpretazione conforme.

²⁰² Per una puntuale, generale sottolineatura di come l'interpretazione conforme costituisca uno strumento eventualmente capace di attribuire alle norme-parametro dell'Unione effetti diretti verticali anche quando tali norme dovrebbero in linea di principio esserne sprovviste cfr. E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., p. 3 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 182.

²⁰³ Cfr. Cass., sez. pen., 28 ottobre 1997, cit. *supra*, sub par. 10, nt. 145.

²⁰⁴ Fissando obiettivi che questi Stati sono chiamati a realizzare.

principio di legalità è lecito ritenere che esse non debbano costituire di per se stesse una base giuridica capace di incidere negativamente sui destini del soggetto incriminato, e dunque debbano rientrare tra le norme deputate a essere prese in considerazione dal giudice solo nei casi in cui la loro ricaduta in sede interpretativa sia *in bonam partem*. Alla luce di queste osservazioni, quindi, una direttiva (al pari di ogni altro strumento normativo UE privo di applicazione diretta), in quanto *fonte esterna all'ordinamento giuridico nazionale*, non può porsi alla base di una interpretazione conforme di sfavore sia delle norme penali di trasposizione, sia (nel caso in cui la direttiva, ancorché scaduta, non sia stata ancora trasposta) delle ulteriori norme penali nazionali che, se interpretate appunto *in malam partem*, potrebbero offrire tutela penale alle norme previste dalla direttiva.

b) Sempre in considerazione del fatto che le norme UE prive di effetto diretto sono indirizzate ai Paesi membri e non ai singoli individui, a sostegno della inutilizzabilità delle norme in questione in vista di una interpretazione conforme di norme penali nazionali produttiva di ricadute negative sull'imputato può essere portato un secondo argomento. Si allude, come sopra accennato²⁰⁵, al fatto che i cittadini non sono tenuti a conoscere le norme UE *not self-executing*, che infatti risultano indirizzate agli Stati membri. Pertanto, nel caso in cui l'interpretazione *in malam partem* della norma penale interna sia la conseguenza dell'esigenza di conformare quest'ultima a tali norme UE, un siffatto approdo ermeneutico tende a porsi in contrasto con l'art. 7 CEDU in tema di legalità penale. In base ai contenuti conferitigli dalla Corte EDU, infatti, tale articolo valorizza aspetti qualitativi della norma penale ulteriori a quello relativo alla sua determinatezza, in quanto concernenti *l'accessibilità-prevedibilità* della norma in questione²⁰⁶. In particolare, per quanto qui interessa, va sottolineato che secondo la giurisprudenza di questa Corte *la prevedibilità* della norma penale presuppone non solo la chiarezza e precisione della formulazione di tale norma, ma anche la possibilità per i suoi destinatari di prefigurarsi gli ambiti applicativi ad essa conferiti in sede d'interpretazione giudiziale; laddove appare quantomeno dubbio che questi soggetti possano precalcolare i profili assunti *in malam partem* da una norma nazionale alla luce della sua interazione con fonti di cui essi ignorano legittimamente l'esistenza.

Se dunque tanto il primo quanto il secondo degli argomenti qui riportati concorrono nel suggerire l'esclusione dell'interpretazione conforme con effetti di sfavore nel caso in cui la norma-parametro UE non sia direttamente applicabile, va comunque rilevato che essi presentano un elemento distintivo tutt'altro che marginale. Il primo argomento – che, come detto, fa leva sulla assenza di effetti diretti verticali di sfavore da parte di norme UE *not self-executing* – porta, infatti, a ritenere sempre e comunque inammissibile il ricorso a tali norme per rimodellare *in malam partem* una disposizione penale nazionale in considerazione del fatto che esse sono 'esterne' all'ordinamento nazionale. Per contro, il secondo argomento – incentrato sul diritto del cittadino a non conoscere le norme UE non direttamente applicabili – ancora l'inammissibilità della

²⁰⁵ Cfr., *supra*, sub par. 9, *in fine*.

²⁰⁶ Cfr., per tutte, Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, cit., rispettivamente par. 35 e 33; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, cit., par. 29.

interpretazione conforme di sfavore a un dato – l'imprevedibilità di quest'ultima – che non può essere considerato scontato. Più precisamente, tale imprevedibilità risulterà condizionata dalla assenza di pregressi, analoghi sviluppi interpretativi *in malam partem* della norma penale in questione, stante la consolidata tendenza della Corte EDU a escludere l'imprevedibilità di esiti interpretativi che, ancorché "creativi" e ostili all'imputato, siano comunque espressivi di un orientamento giurisprudenziale preesistente²⁰⁷.

Da ultimo, merita forse di fare cenno a un'ulteriore considerazione idonea a rafforzare i due succitati argomenti favorevoli all'esclusione dell'interpretazione conforme con effetti di sfavore se determinata da norme UE non autoapplicative; considerazione indotta proprio dal carattere vincolante della interpretazione conforme in precedenza sottolineato²⁰⁸. Questo carattere, già lo si è detto, tende infatti a implicare una perdita di discrezionalità in capo al giudice nazionale, che si trova obbligato a far prevalere l'interpretazione conforme, anche quando *in malam partem*, rispetto a ogni altro criterio interpretativo. La conseguenza di tutto ciò è che proprio quelle fonti UE che l'imputato non è tenuto a conoscere (in quanto, appunto, *not self-executing* e dunque a lui non destinate) diverrebbero ineludibilmente decisive per individuazione degli effettivi contenuti della norma penale. In particolare, i contenuti di questa norma penale non potrebbero quindi essere influenzati da fonti nazionali (queste sì doverosamente attingibili dall'imputato) se destinate, in sede di interpretazione sistematica, a conferire alla disposizione penale interpretanda profili diversi da quelli pretesi dalle fonti UE oggetto di interpretazione conforme; così come non potrebbero essere condizionati da altri canoni interpretativi eventualmente confliggenti con l'interpretazione conforme²⁰⁹. Ad esempio, l'interpretazione "socialmente orientata" – la più in linea con il "sentire sociale" e in quanto tale ben prevedibile dall'imputato perché appunto condizionata da fattori noti ai cittadini – non potrebbe contribuire a circoscrivere gli ambiti applicativi della fattispecie penale in modo disfunzionale alle esigenze di tutela suggerite da una direttiva UE scaduta ma ancora non trasposta o non correttamente trasposta.

In definitiva, sebbene nei limiti consentiti dalla lettera della legge non possa essere in linea di principio preclusa al giudice l'interpretazione estensiva delle fattispecie incriminatrici, così come non possa essere ad esso preclusa l'interpretazione restrittiva delle esimenti penali o delle cause estintive della punibilità, il principio legalità – anche

²⁰⁷ Al riguardo cfr., già, Commissione EDU, dec. 22 luglio 1970, *X c. Austria*; Commissione EDU, dec. 12 marzo 1981, *X. c. Austria*. Del resto, è noto che ormai "la giurisprudenza va conosciuta non meno della legge per apprendere il diritto, che è composto dalla legge unita alla sua applicazione ai casi": M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano 2004, p. 151-152. Sul principio di interpretazione ridondante a sfavore ma ragionevolmente prevedibile nella giurisprudenza della Corte EDU cfr. H. VAN DER WILT, *Nullum Crimen and International Criminal Law: The Relevance of the Foreseeability Test*, in *Nordic Journal of International Law*, 2015, p. 530. Peraltro, per una critica in nome del principio di stretta legalità alla tendenza gli organi di Strasburgo ad avallare soluzioni ermeneutiche a sfondo anche marcatamente "creativo" purché confermate di una progressiva giurisprudenza ugualmente "creativa" cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Testo e diritto, Ars interpretandi*, 1997, n. 2, p. 190.

²⁰⁸ Cfr. *supra*, sub par. 13.

²⁰⁹ Cfr. *supra*, sub par. 13.

attraverso la valorizzazione degli aspetti qualitativi delle norme penali operata dalla Corte EDU – sembra suggerire il rifiuto di attingere tali esiti interpretativi attraverso il vincolo dell’interpretazione conforme a norme UE prive di effetto diretto.

15. Considerazioni conclusive.

Il canone dell’interpretazione conforme al diritto UE – da tempo lo si sa – è un universo costellato di problemi la cui difficile soluzione sconta le incertezze della costruzione europea²¹⁰. I punti di vista in merito ai vantaggi e svantaggi delle cessioni di sovranità sottese alla costruzione europea sono in effetti assai differenti, così come differenti sono le concezioni relative ai rapporti tra fonti UE e fonti nazionali e più in generale al processo di europeizzazione del diritto. Del resto, è inevitabile che questo processo susciti in chi lo osserva reazioni le più eterogenee, correlate alle proprie concezioni socio-politiche e più in generale alla propria visione del mondo. La diversità degli approcci all’idea di Europa, ai profili e ai destini del diritto europeo si riverbera con particolare intensità in ambito penale, dato lo straordinario impatto del giure criminale sui fondamentali diritti dell’uomo.

In questo generale contesto il problema concernente la legittimità o meno degli effetti *in malam partem* eventualmente derivanti dall’interpretazione conforme al diritto UE delle norme penali interne si carica di fattori emotivi e fa emergere in chi lo affronta stati d’animo contrastanti: il desiderio “europeista” di sanare per via interpretativa i ritardi e le imprecisioni del legislatore nazionale in sede di trasposizione delle fonti UE assicurando, per quanto consentito dal principio di legalità, l’effettiva tutela delle norme previste dalle fonti in questione; la paura “nazionalista” di una eccessiva ibridizzazione dell’ordinamento domestico e di una conseguente perdita delle proprie tradizioni giuridiche; il timore “garantista” che l’interpretazione conforme di sfavore – e financo il diritto UE in quanto tale – si prestino a erodere i diritti individuali.

Sotto un diverso profilo a carattere oggettivo, una ulteriore difficoltà a prendere una decisa, ferma posizione in merito alla questione qui trattata discende dalla grande eterogeneità delle interazioni tra norme penali nazionali e norme UE. Eterogeneità correlata alla distinzione (a volte, tutt’altro che netta) tra forme di interpretazione conforme delle norme penali nazionali e forme di integrazione dei loro elementi normativi, tra norme UE *self-executing* e *not self-executing*, tra norme tecniche e norme di principio, tra norme UE a carattere penale e non penale; eterogeneità destinata a rendere la casistica caleidoscopica e a favorire il moltiplicarsi di distinzioni destinate a ostacolare l’enunciazione di regole generali.

In ogni caso, per quanto sin qui visto, non credo occorra essere apoditticamente partigiani del diritto europeo per manifestare forti dubbi in merito alla persuasività degli argomenti portati a sostegno di un assoluto e generalizzato divieto di interpretazione

²¹⁰ Cfr., volendo, A. BERNARDI, Presentazione. *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, cit., p. XXIX ss.

conforme al diritto UE con effetti penali di sfavore. Ma neppure del tutto convincenti appaiono agli argomenti utilizzabili a vantaggio della ammissibilità della interpretazione conforme *in malam partem* rispetto a qualsiasi fonte giuridica UE. Infatti questi argomenti (che oltretutto sembrano contraddetti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale come si è visto ritiene – sia pure con formule non prive di ambiguità – che le norme UE *not self-executing* non possano fondare o aggravare la responsabilità penale) non paiono tali da annichilire le ragioni di chi ritiene che l’interpretazione conforme *in malam partem* delle norme penali nazionali vada circoscritta alle ipotesi in cui le norme UE deputate a fungere da parametro di conformità siano direttamente applicabili.

Certamente, poiché nei (controversi) limiti posti dalla lettera della norma penale e dal principio di ragionevolezza, il giudice resta pur sempre libero di interpretare “rigoristicamente” le norme penali, non può escludersi che le fonti UE prive di effetto diretto possano contribuire a creare un complessivo clima culturale favorevole all’affermarsi di interpretazioni evolutive e teleologiche destinate a favorire una estensione dell’ambito applicativo della fattispecie incriminatrice così come, più in generale, a incoraggiare una lettura della norma penale gravida di ricadute negative nei confronti dell’imputato. In questi casi, peraltro, i criteri interpretativi alla base di questi approdi *in malam partem* nulla avranno a che fare con l’interpretazione conforme in senso stretto, e dunque non si caratterizzeranno per quel “vincolo gerarchico” appannaggio esclusivo di quest’ultimo criterio.

Ciò detto, non penso nemmeno lontanamente che il dibattito sul tema qui preso in esame possa dirsi concluso: in materia d’interpretazione conforme al diritto UE molte questioni restano aperte, destinate a essere prese in esame con approcci che la particolarità dell’attuale momento storico espone a derive di ogni tipo. E tuttavia, in merito a questo come agli altri divisivi temi connessi al ruolo dell’Unione europea in ambito penale, l’esempio offertoci dei lavori in materia di Giovanni Grasso – lucidi, privi di pregiudizi, attenti al rispetto dei principi ma al contempo anche al generale contesto all’interno del quale questi ultimi sono chiamati ad operare – potrà indiscutibilmente continuare a offrirci un prezioso aiuto.