

## IL RINVIO PREGIUDIZIALE IN AMBITO PENALE E I PROBLEMI POSTI DALLE SENTENZE INTERPRETATIVE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (\*)

di Alessandro Bernardi

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva. – 2. Tre precisazioni. – 3. Le ragioni del progressivo incremento dei rinvii pregiudiziali in materia penale. – 4. Rinvio pregiudiziale e sentenze interpretative problematiche. – 4.1. Sentenze interpretative sibilline, vaghe, contraddittorie. – 4.2. Sentenze interpretative con effetti *in malam partem* sulla norma penale nazionale. – 4.2.1. Norme penali interne in tema di rifiuti e sentenze interpretative con effetti di sfavore. – 4.3. Sentenze interpretative in tendenziale conflitto con principi/diritti costituzionali. – 4.3.1. Il caso *Taricco*. – 4.3.1.1. (segue). Il rinvio pregiudiziale che ha innescato il caso, l’obbligo di disapplicazione della prescrizione sancito dalla Corte di giustizia e i problemi di legalità connessi a tale obbligo. – 4.3.1.2. (segue). Le differenti reazioni dei giudici nazionali alla sentenza *Taricco*, il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, la sentenza *M.A.S.* della Corte di giustizia, la definitiva risposta della Corte costituzionale. – 4.3.1.3. Brevi osservazioni in margine alla saga *Taricco*. 4.3.2. Il recentissimo caso *NE*. – 4.3.2.1. La sentenza *NE* e la problematica incidenza del principio europeo di proporzionalità sulle sanzioni applicabili nei Paesi membri. – 4.3.2.2. A monte della sentenza *NE*: l’evoluzione dei vincoli posti dal diritto UE alle scelte sanzionatorie nazionali attuative della normativa europea. – 4.3.2.3. Sempre a monte della sentenza *NE*: i persistenti dubbi in merito alle soluzioni per porre rimedio alle scelte sanzionatorie nazionali contrarie al principio di proporzionalità. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Nota introduttiva.

L’argomento affidatomi – il rinvio pregiudiziale “in materia penale”<sup>1</sup> e le relative sentenze interpretative della Corte di giustizia – è per me sempre stato assai ostico; e tale è rimasto, nonostante il non poco tempo ad esso dedicato. Negli anni in cui coordinavo il dottorato di ricerca nel cui ambito si iscrive l’attuale convegno, proprio per la collana del dottorato ho curato tre raccolte di atti congressuali – una del 2015 sull’interpretazione conforme al diritto UE<sup>2</sup>, una del 2017 sui controlimiti<sup>3</sup> e una sempre del 2017 sul caso *Taricco*<sup>4</sup>. Orbene, tutte e tre queste raccolte hanno chiaramente a che fare col grande tema del rinvio pregiudiziale in ambito penale e del relativo dialogo tra giudici nazionali e giudici europei: tema che i molteplici scritti rinvenibili in quelle raccolte – pur spesso

(\*) Testo, aggiornato e integrato di note, della relazione svolta nell’ambito del convegno “Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti” (Università di Ferrara, 13-14 ottobre 2022).

<sup>1</sup> Materia, questa, che come noto si estende ben al di là del diritto *stricto sensu* penale, in quanto capace di abbracciare tutti gli ambiti punitivi “sostanzialmente penali”: cfr. per tutti, *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. DONINI, L. FOFANI, Torino, 2018.

<sup>2</sup> *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, Jovene, 2015.

<sup>3</sup> *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017.

<sup>4</sup> *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. BERNARDI e C. CUPELLI, Napoli, Jovene, 2017.

assai approfonditi e articolati – non sono certo riusciti a esaurire, non foss’altro che per i continui colpi di scena cui ormai tale dialogo ci ha abituato.

Nello spazio di tempo concessomi per questa relazione dovrò dunque necessariamente limitarmi ad affrontare solo taluni profili del tema in oggetto, sorvolando su molti altri nient’affatto marginali e in particolare glissando sul versante processuale del rinvio pregiudiziale, che del resto so già essere stati trattati. Mi limiterò dunque a pochi aspetti e pochi esempi del succitato dialogo tratti da una casistica ormai vastissima. Esempi, a onor del vero, relativi a questioni particolarmente controverse e proprio per questo atte a rendere assai difficile il confronto tra giudici nazionali e giudici europei e a disvelare una realtà inquietante: che cioè – al di là della indubbia utilità del rinvio pregiudiziale, in ambito penale come in qualsiasi altro ambito – a volte manca ogni certezza in merito ai risultati di questo confronto; che le risposte offerte dalla Corte di giustizia nelle sue sentenze interpretative possono non essere risolutive; che gli equilibri raggiunti possono essere sofferti e precari.

Sottolineare questa realtà non significa negare che la risposta della Corte di giustizia alla richiesta di interpretazione di una data norma UE risulti il più delle volte preziosa e non problematica, così da consentire al giudice interno di sciogliere i suoi dubbi circa la conformità o meno del primo al secondo, ovvero circa il modo più corretto di interpretare la norma nazionale per porla in sintonia con il sistema giuridico dell’Unione. Significa solo prendere coscienza del fatto che in altri casi non è così e che il ponte tra diritto nazionale e diritto UE costruito dai giudici si rivela talora fragile.

Per prepararmi a questo incontro sono andato a rileggere una serie di risalenti lavori sul caso Taricco. Uno di questi, scritto da me, si chiudeva ricordando che i rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo assomigliano a tutto meno che a una partita di scacchi, essendo privi di regole esatte; che dunque il dialogo tra i relativi giudici dà luogo a ‘partite’ ricche di componenti emotive e dagli esiti a volte imprevedibili<sup>5</sup>. Questa conclusione cui pervenivo cinque anni fa mi sento di ribadirla ancora adesso, dato che nell’ultimo lustro molte sentenze della Corte di giustizia innescate da un rinvio pregiudiziale hanno suscitato e continuano a suscitare polemiche di ogni tipo, confermando che le tensioni di cui il rinvio pregiudiziale è espressione solo in alcuni casi vengono risolte grazie a questo strumento e alle relative sentenze interpretative della Corte di giustizia. In altri casi, infatti, queste sentenze si limitano a sopire momentaneamente i contrasti, mentre in altri casi ancora finiscono con l’amplificarli, col comportare l’entrata in campo delle Corti costituzionali, il cui dialogo con la Corte di giustizia può anche tramutarsi in qualcosa di molto simile a un duello.

---

<sup>5</sup> A. BERNARDI, *L’ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, n. 1, p. 84-85.

## 2. Tre precisazioni.

A questo punto, dopo aver anticipato e un po' semplicizzato le mie conclusioni, desidero fare tre precisazioni:

a) sempre in ragione dei limiti di ampiezza connaturati a ogni relazione congressuale, tratterò solo del rinvio pregiudiziale d'interpretazione del diritto europeo, tralasciando il rinvio pregiudiziale di validità degli atti compiuti dagli organi dell'Unione, che presenta proprie peculiarità<sup>6</sup>;

b) in materia penale il rinvio pregiudiziale diventa particolarmente delicato per la vistosa interrelazione tra questa materia e i principi/diritti fondamentali, i quali si sono progressivamente affermati anche nel diritto UE. Tuttavia, come si sa, in questa sede essi possono finire con l'assumere contenuti almeno parzialmente diversi da quelli propri dei paralleli principi/diritti rinvenibili nelle Costituzioni dei singoli Paesi membri, così da creare conflitti al più alto livello dei relativi ordinamenti (avrò modo di portare alcuni esempi in proposito). Riguardo ai principi/diritti fondamentali UE, ricordo che nella prima fase della costruzione europea essi si limitavano a quei pochi che si rinvenivano nel Trattato CEE<sup>7</sup>. A questi si sono poi aggiunti i principi/diritti fondamentali c.d. "impliciti" o "di diritto non scritto", in quanto non rintracciabili all'interno delle fonti giuridiche varate a Bruxelles, ma ricavati dalla Corte di giustizia a partire dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle convenzioni ratificate da tutti i Paesi membri<sup>8</sup>. A completare l'attuale panorama dei principi/diritti fondamentali UE ha poi provveduto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), i cui principi/diritti hanno ora inglobato ora affiancato i primi due insiemi di principi/diritti.

c) Sebbene abbia appena affermato che i casi di cui intendo parlare concernono sentenze interpretative della Corte di giustizia che, per varie ragioni, non hanno risolto soddisfacentemente le tensioni da cui originavano i relativi rinvii pregiudiziali, voglio qui ribadire l'assoluta indispensabilità del rinvio pregiudiziale in ambito penale. Al riguardo, basti pensare che – nonostante il testo della Costituzione consti di soli 139 articoli – è già difficile per il giudice comune fornire, rispetto a una data norma penale, la sua interpretazione conforme a Costituzione, ovvero sancire la eventuale incostituzionalità della norma in oggetto: tant'è che quest'ultima delicatissima decisione

---

<sup>6</sup> Basti pensare che "la Corte [di giustizia] detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione definitiva di detto diritto [UE], il che significa che i giudici non di ultima istanza non sono tenuti ad effettuare il rinvio alla Corte di giustizia. Viceversa, per quanto riguarda l'accertamento dell'invalidità, la Corte, ha chiarito sin dalla sentenza *Fotofrost* che tutti i giudici – e non solo quelli di ultima istanza – sono tenuti ad effettuare un rinvio pregiudiziale quando ritengano che le disposizioni di un atto dell'Unione applicabili al caso in esame presentino profili di invalidità": L.S. ROSSI, "Un dialogo da giudice a giudice". Rinvio pregiudiziale e ruolo dei giudici nazionali nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Quaderni AISDUE*, 2022, n. 4, p. 52.

<sup>7</sup> Penso innanzitutto ai diritti di voto, eleggibilità, libera circolazione e stabilimento di cui agli artt. 18, 19, 43, 48 e 52 ss. Tr. CEE.

<sup>8</sup> Con specifico riferimento alla materia penale 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. 156 ss.

è riservata alla Corte costituzionale. È agevole allora immaginare quanto possa essere problematico per il giudice comune fornire l'interpretazione conforme al diritto UE di una data norma penale ovvero stabilire la sua eventuale incompatibilità con il diritto UE, considerato che tutte le norme UE di diritto primario e derivato, essendo in posizione di primato rispetto alla norma penale interna, possono assurgere al ruolo di norme-parametro alla cui luce effettuare l'interpretazione conforme della suddetta norma penale, ovvero fondare la disapplicazione di quest'ultima<sup>9</sup> (o, in alternativa, sollevare questione di costituzionalità per contrasto con gli artt. 11 e 117 della nostra Costituzione)<sup>10</sup> nel caso in cui il testo della norma in questione renda impossibile adeguarla in via interpretativa al diritto UE. In sede di valutazione della conformità o meno della norma penale interna al diritto UE, insomma, il numero delle potenziali norme-parametro può essere pressoché sterminato, così da rendere non di rado assai difficile già appurare il dato prodromico a tale valutazione: se cioè la suddetta norma penale sia o no da ritenersi "attuativa del diritto UE"<sup>11</sup>. Per non parlare poi della difficoltà che il giudice interno può incontrare in sede di interpretazione di norme "esterne" all'ordinamento giuridico del proprio Paese; norme la quali, peraltro, postulano uno sviluppo omogeneo in seno all'Unione, dunque uno sviluppo improntato a metodi interpretativi uniformi<sup>12</sup>.

Proprio alla luce della difficoltà incontrate dal giudice interno in sede di valutazione dell'incidenza del diritto UE sulla norma interna, del resto, la Corte di giustizia si dimostra molto generosa nell'accogliere i rinvii pregiudiziali anche nei casi in cui la questione sollevata sia formulata in modo impreciso<sup>13</sup>, se del caso riconfigurandola e risolvendola alla luce di norme-parametro UE diverse da quelle considerate dal giudice del rinvio.

### 3. Le ragioni del progressivo incremento dei rinvii pregiudiziali in materia penale.

Il lavoro di catalogazione di tutti i rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona a tutto il 2021, svolto dagli attuali iscritti al Dottorato "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" dell'Università di Ferrara, ha confermato un dato già noto: il numero di rinvii pregiudiziali in materia penale è senz'altro inferiore a quello riscontrato in altre materie, quali innanzitutto il diritto amministrativo e il diritto civile. Anche se occorre considerare che un ricorso

---

<sup>9</sup> Nel caso in cui essa contrasti con norme UE direttamente applicabili.

<sup>10</sup> Nel caso in cui essa contrasti con norme UE non direttamente applicabili.

<sup>11</sup> Difficoltà, questa, per altro verso ulteriormente incrementata dalle incertezze relative a quali siano i presupposti sulla cui base considerare una norma penale nazionali "attuativa" o "non attuativa" del diritto UE. In merito all'evoluzione che ha caratterizzato il concetto di "norma attuativa del diritto UE" cfr., *infra*, sub par. 3, lett. b).

<sup>12</sup> In merito ai quali cfr., fondamentalmente, K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020.

<sup>13</sup> Cfr. C. IANNONE, *Le ordinanze di irricevibilità dei rinvii pregiudiziali dei giudici italiani*, in <http://www.dirittounioneuropea.eu/ordinanze-irricevibilita-rinvii-pregiudiziali-giudici-italiani>, 2019, par. II.

concernente questioni a carattere non direttamente penale può avere ricadute significative anche in questo ambito.

In ogni caso, col passare dei decenni è avvertibile un incremento nella frequenza dei rinvii pregiudiziali in materia penale, concernenti il più delle volte specifici ambiti, quali il doppio binario sanzionatorio (penale e amministrativo) e il principio *ne bis in idem*; la natura della confisca; la tutela della vittima nel processo penale; le misure afflittive prese nei confronti dei migranti; le immunità parlamentari.

Tale incremento sembrerebbe ascrivibile a diversi motivi, tre dei quali meritano qui di essere messi in vetrina:

a) *Il primo motivo, a carattere legislativo*, risiede nella vertiginosa moltiplicazione delle norme UE dotate di possibili ricadute in ambito penale.

Al riguardo, va ricordato innanzitutto che a partire dal Trattato di Maastricht del 1992 l'UE ha acquisito una competenza penale indiretta. Questa competenza era rinvenibile dapprima nel c.d. terzo pilastro UE previsto da tale Trattato, concernente la "Cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni" (GAI) in vista della costruzione di uno "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" atto a contrastare la [criminalità](#) a livello sovranazionale. All'interno di tale pilastro il Titolo VI TUE in tema di "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" prevedeva che fossero varate fonti normative di armonizzazione penale improntate al metodo intergovernativo, denominate prima convenzioni e azioni comuni, poi decisioni-quadro. Successivamente, col Trattato di Lisbona del 2007-2009, è venuta meno la struttura a pilastri dell'Unione europea, cosicché quest'ultima ha semplificato la sua configurazione. Nel TFUE anche la competenza penale si è dunque informata al c.d. metodo comunitario, radicandosi nel titolo V TFUE, (concernente lo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia") capo IV (relativo alla "Cooperazione giudiziaria in materia penale", artt. 82-86) e trovando attuazione attraverso le direttive d'armonizzazione penale<sup>14</sup>. Come si sa, a seguito del riconoscimento in capo all'Unione europea di questa competenza penale indiretta è stato varato un gran numero di direttive ricche di ricadute sulle norme penali nazionali.

Va peraltro sottolineato che anche moltissime delle norme di diritto derivato UE a carattere non penale varate a ritmo incessante nel corso degli anni possono incidere sulle norme di diritto penale interno, condizionando l'interpretazione di queste ultime, ovvero determinando la loro disapplicazione, o la loro incostituzionalità, totale o parziale nei casi in cui esse si rivelino in tutto o in parte in insanabile contrasto col diritto UE.

È dunque di tutta evidenza che questa moltiplicazione delle norme UE atte a condizionare l'interpretazione conforme o la disapplicazione/incostituzionalità di norme penali interne abbia come conseguenza una parallela moltiplicazione dei rinvii pregiudiziali<sup>15</sup> finalizzati ad ottenere dalla Corte di giustizia l'esatta interpretazione delle norme parametro-UE.

---

<sup>14</sup> Va peraltro ricordato che la prima direttiva penale è stata varata nel 2008, dunque un anno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

<sup>15</sup> Effettuati essenzialmente dai giudici comuni, ma ormai sempre più di frequente anche dalle Corti costituzionali. Al riguardo cfr. già *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P.

b) Il secondo motivo, di natura giurisprudenziale, risiede nella dilatazione del concetto di “norma attuativa del diritto UE”, con conseguente ulteriore moltiplicazione delle norme interne considerate da questa Corte “attuative del diritto UE” e in quanto tali scrutinabili alla luce di tale diritto. Da un lato, infatti, la Corte di giustizia ricorda che il diritto UE, ivi compresa la CDFUE, incide sull’ordinamento giuridico degli Stati membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”<sup>16</sup>. Dall’altro lato, però, in base alla giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia, sono ormai da considerarsi attuative del diritto UE anche le norme interne a qualunque titolo “interferenti col diritto UE”<sup>17</sup>. Certo, questa giurisprudenza a carattere estensivo non riguarda solo le norme interne di natura penale, ma tutte le norme interne di qualsiasi tipo; resta però il fatto che tale effetto estensivo si manifesta con grande evidenza in ambito penale, dato che sono davvero innumerevoli le norme penali che possono appunto risultare, a vario titolo, “interferenti col diritto UE”.

c) Il terzo motivo, di natura sia legislativa sia giurisprudenziale, consiste nella progressiva emersione e valorizzazione dei principi/diritti UE (come già accennato<sup>18</sup>, contenuti volta a volta nei Trattati, ovvero ricavati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ovvero ancora previsti dalla CDFUE) destinati a entrare in relazione con le norme penali nazionali.

Questi principi/diritti, oltretutto, sono sempre più spesso considerati dotati di effetto diretto dalla Corte di giustizia, cosicché – per quanto riguarda l’Italia – altrettanto spesso i giudici comuni non sarebbero tenuti a interpellare in prima battuta la Corte costituzionale<sup>19</sup>. Ad esempio, come ricordato dall’Avvocato generale Michal Bobek nelle sue *Conclusioni* presentate il 23 settembre 2021 nell’ambito della causa C 205/20, *NE*, “il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, il principio di non discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, il principio di *ne bis in idem* o il diritto a ferie retribuite, sono stati recentemente dichiarati direttamente efficaci”<sup>20</sup>. Inoltre, nella

PASSAGLIA, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_Corti\\_costituzionali\\_rinvio\\_pregiudiziale\\_12012010.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf). Cfr. altresì, per tutti, P. MENGOZZI, *A European Partnership of Courts. Judicial Dialogue between the EU Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 707 ss.

<sup>16</sup> Con specifico riferimento alla CDFUE cfr., testualmente, Corte di giustizia, *Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*, 2019/C 380/01, punto 10, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC\\_2019\\_380\\_R\\_0001](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2019_380_R_0001).

<sup>17</sup> In merito al processo di progressiva dilatazione del concetto di “attuazione del diritto dell’Unione” di cui all’art. 51.1 CDFUE – processo che ha portato a considerare espressiva di tale “attuazione” ogni normativa nazionale volta anche semplicemente a incidere su ambiti regolati dalle suddette fonti UE – cfr., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 59 ss.

<sup>18</sup> Cfr. *supra*, sub par. 2.

<sup>19</sup> Cfr., ad esempio, A. RUGGERI, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [https://www.movimentoeuropeo.it/images/documenti/RUGGERI\\_-Immordino\\_PA-15-16-sett\\_-2022\\_Nuove\\_aut\\_.pdf](https://www.movimentoeuropeo.it/images/documenti/RUGGERI_-Immordino_PA-15-16-sett_-2022_Nuove_aut_.pdf), 16 settembre 2022. In argomento cfr. altresì, per tutti e con varietà di accenti, S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, 2022; G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 21 novembre 2022, p. 128 ss.; A. RUGGERI, *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi.it*, 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.

<sup>20</sup> *Ivi*, punto 48, con puntuali riferimenti alle sentenze della Corte di giustizia che hanno riconosciuto

recente sentenza della Grande camera relativa alla medesima causa<sup>21</sup> è stato dichiarato direttamente efficace anche il principio di proporzionalità della sanzione sancito dall'art. 49.3 CDFUE, ma rinvenibile anche in numerosissimi testi normativi UE che obbligano gli Stati a prevedere, in caso di violazione delle norme in essi contenute, sanzioni non solo "efficaci" e "dissuasive" ma anche, per l'appunto, "proporzionate" e dunque non più severe dello stretto necessario<sup>22</sup>. Cosicché il giudice comune, per rendere tali sanzioni rispettose del principio di proporzionalità UE, sembrerebbe potere e dovere conformare in via interpretativa la sanzione applicabile all'interno del compasso edittale previsto dalla norma penale nazionale, di fatto escludendo il ricorso a sanzioni collocate nei pressi del massimo edittale, se appunto sproporzionate rispetto all'illecito commesso; ovvero sembrerebbe addirittura potere e dovere effettuare l'eventuale disapplicazione del minimo edittale, così da irrogare una sanzione anche al di sotto di quest'ultimo; ovvero ancora sembrerebbe poter decidere la disapplicazione della norma penale interna che preveda una misura punitiva per sua stessa natura (per esempio una misura detentiva anziché pecuniaria, oppure una misura penale anziché amministrativa) intrinsecamente sproporzionata, senza necessariamente rimettere il caso alla Corte costituzionale<sup>23</sup>.

#### 4. Rinvio pregiudiziale e sentenze interpretative problematiche.

Già si è accennato al fatto che il rinvio pregiudiziale debba ritenersi uno strumento indispensabile e prezioso<sup>24</sup>, tanto più prezioso quanto più, con la vertiginosa moltiplicazione delle fonti UE, risulti per i giudici nazionali vieppiù difficile valutare il loro impatto sul diritto interno. Resta il fatto che il rinvio pregiudiziale a volte non innesca, quantomeno nell'immediato, un percorso capace di risolvere i problemi che gravano sulle spalle del giudice nazionale, così da consentire l'adeguamento per via interpretativa della norma penale (o penal-amministrativa) interna al diritto UE, ovvero da permettere la disapplicazione di tale norma, ovvero ancora da porre la Corte costituzionale in condizione di sancirne l'incostituzionalità<sup>25</sup>. Ciò accade, in estrema

---

l'efficacia diretta dei suddetti principi.

<sup>21</sup> Sent. Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 marzo 2022, Causa C-205/20, NE.

<sup>22</sup> In merito all'art. 49.3 CDFUE cfr., per tutti, M. GAMBARDELLA, *Il primato del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali: il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria*, in *Cass. pen.*, 2021, fasc. 1, p. 26 ss.; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in [https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC\\_Trim\\_1\\_2012-117-128.pdf](https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_1_2012-117-128.pdf), con ulteriori riferimenti bibliografici; *amplius* N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e diritti fondamentali*, Torino, 2020, *passim*; nonché, da ultimo, *Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek* presentate il 23 settembre 202, cit., punto 37.

<sup>23</sup> Cfr., ancora, A. Ruggeri, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, cit.

<sup>24</sup> Cfr. *supra*, sub par. 2, in *fine*.

<sup>25</sup> Come noto, il rifiuto della Corte costituzionale di considerarsi "giudice nazionale" legittimato a effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è venuto meno con l'ordinanza n. 103 del 2008 per quanto riguarda i giudizi di costituzionalità in via principale, e con l'ordinanza n. 207 del 2013 per quanto riguarda i giudizi di costituzionalità in via incidentale.

sintesi, in relazione a tre diverse ipotesi di risposta della Corte di giustizia. La prima ipotesi si verifica quando la Corte di giustizia offre al giudice *a quo* una risposta che non risulta chiarificatrice, ma che al contrario si rivela, sibillina, vaga o contraddittoria (par. 4.1). La seconda ipotesi si registra quando la Corte di giustizia dà un responso che conferisce alla norma UE interpretata un significato produttivo di effetti sfavorevoli: vale a dire un significato tale da suggerire al giudice interno di interpretare estensivamente un elemento costitutivo della norma penale per conformarlo alle esigenze del diritto UE; ovvero un significato tale da suggerire a questo giudice di disapplicare norme di favore restrittive della punibilità, con conseguente dilatazione, anche in questo caso, dell'ambito applicativo della fattispecie penale (par. 4.2 s.). La terza ipotesi si riscontra quando la risposta della Corte di giustizia postula in capo al giudice interno "obblighi di conformazione" del diritto punitivo interno al diritto UE che risultano in contrasto più o meno evidente coi supremi principi e/o coi diritti fondamentali iscritti nelle Costituzioni nazionali (par. 4.3 ss.).

#### 4.1. Sentenze interpretative sibilline, vaghe, contraddittorie.

Veniamo dunque alla prima ipotesi, concernente i casi in cui la Corte di giustizia dà risposte *sibilline, vaghe o contraddittorie*. Al riguardo, va ricordato che la tale Corte non deve né fornire l'interpretazione comunitariamente conforme della norma nazionale, né valutare essa stessa la sussistenza o meno di un contrasto tra tale norma e il diritto UE<sup>26</sup> (anche se spesso fa capire benissimo il suo punto di vista al riguardo)<sup>27</sup>. Deve solo limitarsi a fornire chiarificazioni in merito all'esatto significato delle fonti UE in rapporto di sospetta tensione con la norma nazionale *sub iudice*, in modo da facilitare la decisione del giudice interno circa la sussistenza o meno di tale stato di tensione e, se del caso, circa il possibile superamento di quest'ultimo per via interpretativa.

Ancora, va ricordato che nelle sue sentenze la Corte di giustizia si sforza di regala di essere comprensibile a operatori del diritto appartenenti a culture giuridiche e a ceppi linguistici alquanto differenti, e a tal fine evita processi argomentativi particolarmente elaborati privilegiando testi assertivi scarni ed essenziali, privi di orpelli eccessivamente dogmatici e delle forme di dialettica interna propria delle sentenze che accolgono le *dissenting opinions*<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> L'incompetenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale con quella UE è infatti pacifica.

<sup>27</sup> In effetti, la Corte di giustizia ha presto dimostrato di voler frequentemente fornire al giudice *a quo* risposte così articolate da evidenziare il proprio convincimento in merito alla questione che tale giudice è chiamato a risolvere, e pertanto da limitare grandemente il potere discrezionale di quest'ultimo. Ad esempio, cfr. già Corte di giustizia, sent. 29 giugno 1978, causa 154/77, *Deckman*; sent. 12 ottobre 1978, causa 13/78, *Eggers*.

<sup>28</sup> Ricorda che la questione dell'introduzione delle opinioni dissenzianti nelle sentenze della Corte di giustizia fu da quest'ultima rigettata innanzitutto per "la necessità di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte degli stati membri e dei giudici nazionali" A. VESPAZIANI, *Quaeta non movere? Recensione a "Le opinioni dissenzianti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo" di Alessandra Di Martino, Napoli, 2016, in Diritti comparati, 27 luglio 2017.*

Malgrado ciò, i fraintendimenti sono sempre dietro l'angolo, stante la difficoltà per la Corte di giustizia di sintonizzarsi con le diverse forme di sensibilità giuridica proprie dei Paesi membri<sup>29</sup>. In ogni caso, va tenuto presente che a volte i giudici di Lussemburgo non riescono ad offrire al giudice nazionale una chiara interpretazione della normativa europea pertinente al caso in esame, così da consentirgli di effettuare con sufficiente consapevolezza la suddetta valutazione<sup>30</sup>.

a) Esempi più o meno risalenti di sentenze interpretative della Corte di giustizia *sibilline* o comunque tali da risultare di difficile comprensione per il giudice interno si rinvengono, ad esempio, nel campo del diritto penale agro-alimentare. Emblematiche, al riguardo, le sentenze relative ai casi *Tasca*<sup>31</sup>, *Smanor*<sup>32</sup> e *Pontini*<sup>33</sup> nelle quali il giudizio sulla legittimità o meno della normativa sanzionatoria interna rispetto al diritto UE è stato fatto dipendere dalla sussistenza di elementi fattuali di assai difficile valutazione, ovvero è stato incentrato su criteri oltremodo elastici, se non addirittura inafferrabili; con il risultato di lasciare il giudice nazionale in una condizione di persistente dubbio sul da farsi. Ma la dottrina non ha mancato di segnalare anche ulteriori e più recenti sentenze

---

<sup>29</sup> Cfr., al riguardo, gli interessanti spunti di C. SCHÖNBERGER, "Mi attendu, mi dissertation". *Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Droit et société*, 2015/3, p. 508 ss.

<sup>30</sup> In merito al problema della certezza sollevato da talune sentenze interpretative della Corte di giustizia in ambito penale cfr. già G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989, p. 276 ss., e bibliografia ivi riportata.

<sup>31</sup> Sent. 26 febbraio 1976, causa 65/75, *Tasca*. In questa sentenza la Corte di giustizia evidenzia appunto l'incompatibilità col diritto CEE della normativa sanzionatoria italiana in tema di zuccheri "qualora [detta normativa] metta in pericolo gli obiettivi ed il funzionamento di tale organizzazione [vale a dire della "organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero"], ed in specie del suo regime di prezzi" (corsivo non testuale). La legittimità della normativa in questione viene dunque fatta dipendere da valutazioni macroeconomiche che tendono a esulare dalla competenza del giudice del rinvio.

<sup>32</sup> Sent. 14 luglio 1988, causa 298/87, *Smanor*, punto 25: "La prima parte della questione pregiudiziale sollevata dal tribunal de commerce di l'Aigle va quindi risolta nel senso che l'art. 30 del trattato osta a che uno Stato membro applichi ai prodotti importati da un altro Stato membro, ove essi sono legalmente prodotti e messi in commercio, una normativa nazionale che riserva il diritto di usare la denominazione "yogurt" solo allo yogurt fresco e non allo yogurt surgelato, qualora le caratteristiche di quest'ultimo prodotto non siano sostanzialmente diverse da quelle del prodotto fresco e un'adeguata etichettatura, con l'indicazione della data limite per la vendita o per il consumo, basti a garantire al consumatore una corretta informazione" (corsivo non testuale). In dottrina cfr. F. CAPELLI, "Yogourt francese e pasta italiana" (due sentenze e una proposta di soluzione), in *Dir. com. scambi intern.*, 1988, p. 391 ss.

<sup>33</sup> Corte di giustizia, sent. 24 giugno 2010, causa C-375/08, *Pontini e a.*, nel cui dispositivo si afferma: "La normativa comunitaria, ed in particolare il regolamento (CE) del Consiglio 17 maggio 1999, n. 1254, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore delle carni bovine, non subordina l'ammissibilità di una domanda di premi speciali ai bovini maschi e di pagamento per l'estensivizzazione alla produzione di un titolo giuridico valido che giustifichi il diritto del richiedente di utilizzare le superfici foraggere oggetto di tale domanda di aiuti. Tuttavia, la normativa comunitaria non osta a che gli Stati membri impongano nella loro normativa nazionale l'obbligo di produrre un titolo siffatto, a condizione che siano rispettati gli obiettivi perseguiti dalla normativa comunitaria e i principi generali del diritto comunitario, in particolare il principio di proporzionalità" (corsivo non testuale)". In argomento cfr. W. VISCARDINI DONÀ, *Riflessioni sull'efficacia diretta della normativa dell'Unione europea e sull'effetto utile della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Scritti in onore di Luigi Costato*, vol. II, Napoli, 2014, p. 816 ss.

interpretative della Corte di giustizia caratterizzate da un forte coefficiente di ambiguità<sup>34</sup> sulle quali è qui impossibile soffermarsi adeguatamente.

b) Quanto poi alle sentenze interpretative *vaghe*, esse si riscontrano soprattutto quando l'attività chiarificatrice della Corte di giustizia ha ad oggetto norme connotate da un intrinseco livello di elasticità che tale Corte non sempre riesce/vuole/può ridurre significativamente per via ermeneutica<sup>35</sup>. Un esempio in tal senso ci è offerto dalla sentenza del 2 marzo 2021, causa C 746/18, *H.K.*, concernente l'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE *relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche*; concernente, cioè, l'interpretazione di una norma in base alla quale gli Stati membri possano limitare i diritti dei cittadini qualora tale limitazione costituisca, all'interno di una società democratica, una misura necessaria, opportuna e proporzionata per la salvaguardia della sicurezza nazionale, della difesa, della sicurezza pubblica, e per la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica<sup>36</sup>. A seguito di un rinvio pregiudiziale della Corte Suprema dell'Estonia effettuato al fine di sapere sino a che punto possano giustificarsi, rispetto al diritto UE, limitazioni di fonte interna ai citati diritti in vista della "prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati"<sup>37</sup>, la Corte di giustizia afferma che la norma in questione, letta "alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"<sup>38</sup>, deve essere interpretat[a] nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni

---

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., in particolare p. 320 ss.

<sup>35</sup> Salvo sostituirsi di fatto al giudice del rinvio nel valutare la conformità al diritto UE della normativa nazionale *sub iudice*.

<sup>36</sup> Più specificamente, in base a tale norma "1. Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 ["Riservatezza delle comunicazioni"] e 6 ["dati sul traffico"], all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4 ["Presentazione e restrizione dell'identificazione della linea chiamante e collegata"], e all'articolo 9 ["Dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico"] della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica. A tal fine gli Stati membri possono tra l'altro adottare misure legislative le quali prevedano che i dati siano conservati per un periodo di tempo limitato per i motivi enunciati nel presente paragrafo. Tutte le misure di cui al presente paragrafo sono conformi ai principi generali del diritto comunitario, compresi quelli di cui all'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea".

<sup>37</sup> Cfr. Sent. *H.K.*, cit., punto 26.

<sup>38</sup> Articoli, questi, concernenti: il *rispetto della vita privata e della vita familiare*; la *protezione dei dati di carattere personale*; la *libertà di espressione e d'informazione*; la *portata e interpretazione dei diritti e dei principi*.

sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro *le forme gravi di criminalità* o la prevenzione di *gravi minacce alla sicurezza pubblica (...)*<sup>39</sup>.

Ora, se da un lato risulta indubbia la carente determinatezza delle due formule or ora riportate in corsivo, dall'altro lato appare discutibile che la Corte di giustizia potesse offrire al giudice del rinvio una risposta più circostanziata e vincolante di quella sopra testualmente riportata senza invadere gli spazi di discrezionalità valutativa in linea di principio a lui riservati. Resta il fatto che questa carente determinatezza sembra fatta apposta per supportare le ben note resistenze a conformare in via interpretativa le fonti nazionali a quelle UE<sup>40</sup>. E infatti, chiamata a prendere posizione sulle ricadute nel nostro ordinamento della sentenza in esame<sup>41</sup>, la Corte di cassazione<sup>42</sup> non ha mancato di affermare: “non pare che la decisione della Corte di giustizia del 2 marzo 2021 sia idonea ad escludere la sussistenza di residui profili di incertezza interpretativa e discrezionalità applicativa in capo alla normativa interna; in sostanza la richiamata pronuncia europea sembra incapace di produrre effetti applicativi immediati e diretti a causa dell'indeterminatezza delle espressioni ivi utilizzate al fine di legittimare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata dei cittadini<sup>43</sup>. Nell'impossibilità di dibattere in questa sede i profili di criticità di questa presa di posizione della nostra Suprema Corte<sup>44</sup>, resta l'amarrezza nel constatare le persistenti difficoltà che caratterizzano il dialogo tra i giudici nazionali ed europei.

---

<sup>39</sup> Corsivo non testuale.

<sup>40</sup> Resistenze in merito alle quali cfr., per tutti, E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., p. 91 ss.

<sup>41</sup> Come noto, infatti, le sentenze interpretative della Corte non rilevano solo in relazione al caso pendente davanti al giudice del rinvio, ma spiegano i loro effetti rispetto ad ogni caso analogo riscontrabile in qualsivoglia Paese UE. Cfr., per tutti, E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, p. 41 ss; nonché, più recentemente e anche per ulteriori amplissimi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, M. POSTIGLIONE, *Il valore del “precedente” nella giurisprudenza del giudice dell'Unione europea*, Tesi dottorale, Milano, anno accademico 2018-2019.

<sup>42</sup> Sez. 2, sent. 22 luglio 2021, n. 28532.

<sup>43</sup> La stessa sentenza si cura di precisare che “infatti, il riferimento alle ‘forme gravi di criminalità’ ed alla funzione di ‘prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica’, sembra necessariamente implicare un intervento legislativo volto ad individuare, sulla base di ‘criteri oggettivi’, così come richiesto dalla stessa pronuncia della Corte europea, le categorie di reati per i quali possa ritenersi legittima l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico”. In una sua successiva pronuncia (sent. 7 settembre 2021 n. 33116) sempre la Sez. II della Cassazione ha ribadito quanto da lei precedentemente affermato in merito alla genericità della sentenza H.K. rispetto ai casi in cui “i dati di traffico telematico e telefonico possono essere acquisiti”; cosicché, in barba all'efficacia *erga omnes* degli arresti della Corte di Lussemburgo, tale sentenza “non può trovare diretta applicazione in Italia fino a quando non interverrà il legislatore italiano ed europeo.

<sup>44</sup> In merito ai quali cfr. G. PETRONI, *Il caso Prokuratuur: il difficile dialogo tra le Corti e le conseguenze della sentenza della Corte di giustizia nell'ordinamento nazionale*, in *Giustizia insieme*, 24 novembre 2021, par. 5. L'a. ipotizza “la sollecitazione di un intervento della Corte costituzionale, al fine di valutare la compatibilità tra l'articolo 132 del d.lgs. 196/2003 e la direttiva in questione, quale normativa interposta dall'articolo 117 Cost”, peraltro esposto alle perplessità che tendono ad accompagnare gli interventi additivi del giudice delle leggi. Per una energica sottolineatura del “contrasto della disciplina interna con gli standard garantistici enucleati dalla Corte di giustizia” nella sentenza H.K. cfr. E. ANDOLINA, *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso H.K. c.*

Un esempio abbastanza recente di sentenza interpretativa *contraddittoria* che merita di essere ricordata – anche se innescata dal rinvio pregiudiziale di un giudice non italiano – si rinviene nella sentenza *Link Logistic*<sup>45</sup>. Come puntualmente segnalato dalla dottrina, questa sentenza da un lato “esclude l’effetto diretto di una direttiva che imponeva allo Stato membro di stabilire sanzioni ‘proporzionate’, oltre che efficaci e dissuasive, nel caso di violazioni della disciplina sancita dalla stessa direttiva”<sup>46</sup>, ma dall’altro lato afferma che “Il giudice nazionale, in virtù del proprio obbligo di adottare tutte le misure appropriate, di carattere generale o particolare, per garantire il rispetto di tale disposizione, deve interpretare il diritto nazionale conformemente alla disposizione medesima, o, qualora tale interpretazione conforme non risulti possibile, disapplicare ogni disposizione nazionale laddove, nelle circostanze del caso di specie, l’applicazione di tale disposizione conduca ad un risultato contrario al diritto dell’Unione”<sup>47</sup>. Ora – come noto e come ribadito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Popławski II*<sup>48</sup> – solo rispetto alle norme UE dotate di effetto diretto sussiste in capo al giudice interno l’obbligo di disapplicazione della normativa nazionale contraria al diritto UE<sup>49</sup>. Rispetto alle norme UE prive di effetto diretto il giudice nazionale è tenuto solo a effettuare l’interpretazione conforme della norma interna<sup>50</sup>: sempreché – come si vedrà in seguito – non si tratti di interpretazione conforme *in malam partem*, la quale è ammissibile solo rispetto alle norme UE dotate di effetto diretto. È dunque lecito considerare la sentenza *Link Logistic* alla stregua di un vero e proprio incidente di percorso nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>51</sup>, reso più problematico dalla

---

Prokuratuur: un punto di non ritorno nella lunga querelle in materia di data retention?, in *Processo penale e giustizia*, n. 5/2021, p. 1204 ss.; F. RINALDINI, *Data retention e procedimento penale. Gli effetti della sentenza della Corte di giustizia nel caso H.K. sul regime di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici: urge l’intervento del legislatore*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 5.

<sup>45</sup> Corte di giustizia, Quinta Sezione, sent. 4 ottobre 2018, *Link Logistic*.

<sup>46</sup> Così, con specifico riferimento al paragrafo 53 della sentenza in oggetto, F. VIGANÒ, [La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia](#). Nota a Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/20, NE, in *questa Rivista*, 8 marzo 2022, p. 9.

<sup>47</sup> Sentenza *Link Logistic*, cit., punto 62.

<sup>48</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 24 giugno 2019, causa C-573/17 *Popławski*.

<sup>49</sup> Sent. *Popławski*, cit., punto 109: “Il principio del primato del diritto dell’Unione dev’essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare una disposizione del diritto nazionale incompatibile con le disposizioni di una decisione quadro, (...) non avendo tali disposizioni effetto diretto”.

<sup>50</sup> *Ivi*, punto 109 “(...) Le autorità degli Stati membri, compresi i giudici, sono tuttavia tenute a procedere, quanto più possibile, a un’interpretazione conforme del loro diritto nazionale che consenta loro di garantire un risultato compatibile con la finalità perseguita dalla decisione quadro di cui trattasi”.

<sup>51</sup> Cfr., da ultimo e per tutti, D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open* (2022), 1, p. 591; X.GROSSOT, A. LOXA, “Of The Practicability of Direct Effect and the ‘Doctrine of Change’”, in <https://eulawlive.com/op-ed-of-the-practicability-of-direct-effect-and-the-doctrine-of-change-by-xavier-grossot-and-alezini-loxa/>, 29 marzo 2022; O. TSOLKA, *Direct Effect of the “Proportionality Requirement of [Criminal] Sanctions”: Considerations on the European Court of Justice Overruling in the Case “NE II” (C-205/20)*, in *EuCLR European Criminal Law Review*, 12 (2022), fasc. 2, p. 135; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit., p. 9.

generalizzata vincolatività di tale giurisprudenza<sup>52</sup>. Del resto, non è certo un caso se la sentenza *Link Logistic* sia stata una delle poche rispetto alle quali la Corte di giustizia si è sentita in dovere di effettuare un esplicito *overruling* ad opera della sentenza *NE* (a volte citata anche come *NE II*), sulla quale avremo in seguito modo di soffermarci.

#### 4.2. Sentenze interpretative con effetti in malam partem sulla norma penale nazionale.

Veniamo ora alla seconda ipotesi di sentenze interpretative problematiche: quella che si verifica nei casi in cui la Corte di giustizia dà risposte che conferiscono alla norma UE un significato tale da implicare una dilatazione dell'ambito applicativo della fattispecie penale. Ciò accade – come già ricordato – quando la sentenza della Corte di giustizia richiede implicitamente al giudice nazionale di interpretare estensivamente un elemento costitutivo della fattispecie per conformarlo alle esigenze del diritto UE, ovvero quando la suddetta sentenza vuole portare il giudice in questione a disapplicare tutto o in parte (o a investire il Giudice delle leggi del compito di dichiarare totalmente o parzialmente incostituzionale) una norma esimente o una causa estintiva della punibilità. Si tratta, in sostanza, delle ipotesi in cui la pronuncia della Corte di giustizia si prefigge d'indurre il giudice nazionale ad adottare provvedimenti dotati di effetti penali *in malam partem*<sup>53</sup>.

Al riguardo, va subito detto che in un primo tempo gli effetti *in malam partem* del diritto UE sul diritto penale interno non erano stati oggetto di particolari contestazioni in ambito nazionale. Anzi – a seguito delle risalenti sentenze della Corte di giustizia che, dopo aver sancito i principi dell'effetto diretto<sup>54</sup> e del primato<sup>55</sup>, segnalavano l'obbligo di conformare il diritto nazionale al diritto (allora) comunitario<sup>56</sup> – i giudici italiani avevano da subito preso l'abitudine di riconoscere l'incidenza non solo *in bonam partem*, ma anche *in malam partem* del diritto UE sul diritto penale nazionale. Talora addirittura, nella consapevolezza di tale obbligo, i nostri giudici avevano ecceduto nel loro “zelo comunitario” effettuando interpretazioni conformi con effetti di sfavore che erano di

---

<sup>52</sup> Anche se, come si sa, il giudice nazionale ha la possibilità di disattendere le statuizioni della Corte di giustizia volte alla disapplicazione della norma interna contrastante col diritto UE attraverso il ricorso diretto ai controlimiti, ovvero invocando attraverso un apposito rinvio pregiudiziale la clausola di identità nazionale prevista dall'articolo 4, par.2, TUE, e così ventilando il rischio di ricorrere ai controlimiti e in tal modo convincendo la Corte di giustizia a ridimensionare le sue pretese. Al riguardo cfr., *infra*, sub par. parr. 4.3 ss.

<sup>53</sup> Per completezza, va detto che un ulteriore effetto *in malam partem* suggerito dalla sentenza interpretativa potrebbe essere quello di orientare la discrezionalità del giudice in sede di commisurazione della pena verso il massimo edittale. Sul punto cfr., volendo, A. BERNARDI, [Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti in malam partem](#), in *questa Rivista*, 3 febbraio 2023, p. 10-11 nt. 41.

<sup>54</sup> Corte di giustizia, sent. 5 febbraio 1963, 5 febbraio 1963, causa 24/62, *van Gend & Loos*.

<sup>55</sup> Corte di giustizia, Sent. 15 luglio 1964, causa C 6/64, *Costa c. Enel*.

<sup>56</sup> 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 Dori/Recreb*; sent. 12 settembre 1996, causa 168/95, *Arcaro*; sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, *Procedimenti penali c. X*.

fatto forme deprecabili di analogia *in malam partem*<sup>57</sup>, come tali destinate a essere stigmatizzate dalla dottrina, in quanto appunto esorbitanti il limite dell'interpretazione estensiva imposto dal principio di legalità<sup>58</sup>.

Tuttavia, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, era stata la stessa Corte di giustizia a porre un freno alle forme di incidenza *in malam partem* del diritto europeo innescate da una direttiva inattuata. In relazione a tali ipotesi i giudici di Lussemburgo avevano infatti avuto modo di precisare: "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"<sup>59</sup>.

Questa precisazione – che peraltro, va ribadito, riguardava solo le direttive inattuate – era stata accolta con grande soddisfazione dalla dottrina; e addirittura la parte più garantista di quest'ultima si era convinta che la Corte di giustizia avesse avallato la tesi secondo cui dall'interazione tra norme penali nazionali e norme UE non possano mai conseguire effetti *in malam partem*, a prescindere da ogni considerazione in merito al fatto che le norme UE siano prive o no di effetto diretto. Di qui il fuoco di sbarramento ancor oggi (anzi, oggi più che mai) opposto a ogni effetto di sfavore in materia penale derivante dal diritto UE e dalla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia<sup>60</sup>.

Tuttavia, per contestare la fondatezza di quest'ultima tesi dottrinarica a carattere particolarmente garantista, basti qui sottolineare come non esista nessun motivo plausibile per ammettere – come pacificamente si ammette – che l'interazione tra una norma penale nazionale e un'altra norma nazionale possa determinare, in sede di interpretazione sistematica, un effetto *in malam partem*, e contestualmente negare che un analogo effetto *in malam partem* possa discendere dall'interazione tra una norma penale interna e una norma UE *con efficacia diretta*.

Le norme UE di questo tipo, infatti, da un lato sono gerarchicamente sovraordinate alle norme interne e dall'altro lato non sono certo meno democraticamente legittimate delle norme nazionali a carattere sublegislativo o addirittura delle norme di *soft law* varate da enti privati o da autorità amministrative, laddove è unanimemente ammesso che questi due ultimi tipi di norme possano avere

---

<sup>57</sup> Cfr. ad esempio, all'interno di una vasta casistica, Cass. pen., sent. 13 ottobre 1969, in *Foro it.*, 1970, II, c. 57; Trib. Viterbo, 1° dicembre 1981, in *Giur. agr. it.*, 1984, p. 39 ss.; Cass., 6 novembre 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 103; Pret. Terni, 7 gennaio 1993, in *Dir. com. scambi intern.*, 1994, p. 381.

<sup>58</sup> Cfr., esemplificativamente, E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padova, 1994, p. 25; A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, par. 3.1., lett. a).

<sup>59</sup> Corte di giustizia, sent. 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25.

<sup>60</sup> Tra gli studiosi radicalmente contrari ai suddetti effetti di sfavore cfr., in particolare, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio pen.*, 2012, p. 21; Id., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 64; 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.

effetti *in malam partem* in sede di interpretazione sistematica della (o di integrazione con la) norma penale<sup>61</sup>.

Inoltre, al pari delle norme interne sublegislative o di *soft law*, anche le norme UE sono conoscibili dai singoli soggetti, per cui sembra non pertinente l'accusa di imprevedibilità delle interazioni con effetti di sfavore prodotte dalle seconde, ove la stessa accusa non venga mossa anche alle analoghe interazioni prodotte dalle prime.

Infine, altrettanto poco convincente appare la tesi volta a ricondurre il divieto di incidenza *in malam partem* delle fonti UE alla carenza di competenza penale diretta dell'Unione, stante che – per limitarsi a un solo esempio – anche le regioni sono prive di competenza penale, ma ciononostante è pacificamente ammesso che le fonti giuridiche da esse varate possono incidere sfavorevolmente in ambito penale<sup>62</sup>.

#### 4.2.1. Norme penali interne in tema di rifiuti e sentenze interpretative con effetti di sfavore.

In ogni modo, non mancano certo casi di rinvii pregiudiziali cui hanno fatto seguito sentenze della Corte di giustizia atte a evidenziare obblighi di interpretazione conforme e disapplicazione *in malam partem*. Essi si rinvencono, ad esempio, nel molto discusso settore dei rifiuti, a sua volta riconducibile al più ampio settore ambientale, che è poi quello maggiormente interessato dalle procedure di infrazione nei confronti dell'Italia<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Per quanto concerne le norme sublegislative interne, 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). Per quanto invece concerne le norme di *soft law*, basti pensare all'art. 9 codice etico dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, all'art. 6 codice etico dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, all'art. 9 codice etico dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'art. 7 codice di comportamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. È infatti pacificamente ammesso che tutte queste norme – 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., 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".

<sup>62</sup> Per più ampi sviluppi in merito sia alle tesi volte a negare la possibilità che il vincolo dell'interpretazione conforme al diritto UE possa implicare effetti di sfavore, sia agli argomenti atti a contrastare le tesi in questione cfr. A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti in malam partem*, cit., p. 40 ss.

<sup>63</sup> In questo senso cfr., ad esempio, *Le procedure di infrazione rientranti nella competenza del Ministero della transizione ecologica - Gli strumenti per la prevenzione e la riduzione*, in [https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload\\_file\\_doc\\_acquisiti/pdfs/000/005/962/Ministro\\_Cingolani.pdf](https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/005/962/Ministro_Cingolani.pdf). Cfr. altresì, da ultimo, Dipartimento per le politiche europee, *Infrazioni, Commissione europea archivia cinque procedure*, in <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/comunicazione/notizie/infrazioni-29-settembre-2022/>, 5 ottobre 2022, ove si ricorda che "L'ambiente con 16 procedure aperte resta il settore dove più alta è l'incidenza delle infrazioni (il 19% sul totale)".

In particolare, numerose pronunce della Corte di giustizia in materia di rifiuti – a cominciare dalla sentenza *Vessoso e Zanetti*<sup>64</sup> – hanno sancito l’obbligo di dilatare la nozione di rifiuto per effetto della normativa (allora) comunitaria, con conseguente estensione delle ipotesi penalmente sanzionate di mancato rispetto delle regole relative allo smaltimento dei rifiuti.

La capacità del diritto europeo di ampliare l’ambito del penalmente rilevante indipendentemente dal volere del legislatore nazionale divenne ancora più evidente con le sentenze *Tombesi*<sup>65</sup> e *Niselli*<sup>66</sup>, anch’esse in materia di rifiuti. In entrambe le sentenze, tra loro assai simili, la Corte ebbe modo di affermare che la illegittima modifica in senso restrittivo, da parte del diritto nazionale, di un elemento normativo della fattispecie di cui una fonte UE forniva una puntuale definizione poteva implicare la disapplicazione della norma interna di favore responsabile di tale modifica, con conseguente riespansione della norma generale indebitamente compressa. La Corte di giustizia ebbe modo altresì di precisare che, in ragione della sua disapplicazione, quest’ultima norma non poteva inibire la condanna di quanti avessero commesso il fatto in un momento precedente alla sua entrata in vigore, tale condanna non ponendosi in contrasto col principio di legalità penale.

Le succitate sentenze, invero, furono accolte con perplessità da una parte dei commentatori; tant’è che proprio in relazione ad esse la dottrina italiana incominciò per la prima volta a ipotizzare il ricorso ai controlimiti costituzionali rispetto al diritto UE<sup>67</sup>. Peraltro, come ammesso da quella stessa dottrina, si sarebbe trattato di un uso dei controlimiti non solo disinvolto, ma addirittura del tutto infondato, visto che le fonti europee incidenti *in malam partem* sulla disciplina penale italiana in materia di rifiuti si limitavano a paralizzare il principio di *retroattività favorevole* nel caso in cui le norme nazionali di favore incompatibili con la normativa UE fossero state disapplicate; laddove va ricordato che all’epoca dei fatti tale principio, diversamente dal principio di *irretroattività della norma di sfavore*, non era affatto di rango costituzionale<sup>68</sup>, e men che

---

<sup>64</sup> Corte di giustizia, Prima Sezione, sent. 28 marzo 1990, cause riunite C-206/88 e C-207/88, *procedimento penale contro G. Vessoso e G. Zanetti*. A giudizio della Corte “La nozione di rifiuto, ai sensi dell’art. 1 delle direttive del Consiglio 75/442/CEE e 78/319/CEE, non dev’essere intesa nel senso che esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica. Tale nozione non presuppone che il detentore che si disfa di una sostanza o di un oggetto abbia l’intenzione di escluderne ogni riutilizzazione economica da parte di altre persone”.

<sup>65</sup> Corte di giustizia, Sesta Sezione, sent. 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Procedimenti penali a carico di Euro Tombesi e Adino Tombesi (C-304/94), Roberto Santella (C-330/94), Giovanni Muzi e altri (C-342/94) e Anselmo Savini (C-224/95)*.

<sup>66</sup> Corte di giustizia, Seconda Sezione, sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Procedimento penale a carico di Antonio Niselli*.

<sup>67</sup> Cfr. A. BORZÌ, *Interpretazione autentica, disapplicazione e giudizio di costituzionalità in una vicenda di contrasto tra diritto interno e ordinamento comunitario. A proposito della sentenza della Corte di giustizia, 11 novembre 2004, causa c-457/02*, Niselli, in *Federalismi.it – Rivista telematica*, 16 giugno 2005, p. 26.

<sup>68</sup> Sulla problematica evoluzione nella giurisprudenza costituzionale italiana del principio di retroattività favorevole “sotto l’influsso di (...) fonti pattizie e arresti di corti internazionali” cfr. F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011. In argomento cfr. altresì, per tutti, F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella*

meno faceva parte del nucleo intangibile della nostra Suprema Carta cui rimanda la teoria dei controlimiti<sup>69</sup>.

Ovviamente, è impossibile in questa sede approfondire tutte le tematiche penalistiche poste dalla saga relativa ai rapporti tra normativa penale italiana e diritto UE in tema di rifiuti. Anche perché questa saga si arricchisce di continuo di ulteriori capitoli, quasi sempre poco lusinghieri per il nostro Paese. Basti ricordare, cursoriamente, che l'Italia è stata a più riprese condannata dalla Corte di giustizia per violazione degli obblighi UE in tema di rifiuti<sup>70</sup>; che ciclicamente – nel tentativo di colmare per via interpretativa le lacune legislative in materia – la nostra Corte di Cassazione prende posizione in merito alla corretta individuazione dei confini della nozione di “rifiuto”, estendendone la portata alla luce del diritto UE<sup>71</sup>; che a seguito di rinvii pregiudiziali la Corte di giustizia continua a pronunciare sentenze che invitano i giudici nazionali a interpretare con estremo rigore le norme penali vigenti in tema di rifiuti<sup>72</sup>; che, nonostante tutto, le procedure di infrazione in materia a carico del nostro Stato si susseguono<sup>73</sup>.

La prima, banale conclusione che si può trarre da una generalissima panoramica della lontananza esistente tra le aspettative europee in tema di rifiuti e lo stato della

*giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista AIC*, 31 luglio 2012; A. MARTUFI, *Eccezioni alla retroattività favorevole e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 488 ss.; F. MAZZACUVA, *Art. 7. Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS, F. VIGANÒ, Torino, 2016, p. 244 ss.

<sup>69</sup> A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, p. LXXXIV-LXXXVI.

<sup>70</sup> Cfr., ad esempio, Sez. Grande, sent. 2 dicembre 2014, causa C-196/13. In tale sentenza l'Italia è stata condannata a una somma forfettaria di 40 milioni di euro per non avere dato esecuzione a una precedente sentenza di condanna nei suoi confronti (Corte di giustizia, terza sez., sentenza 26 aprile 2007, causa C-135/05) causata dall'inadempimento delle direttive europee sui rifiuti. Alla succitata somma vanno aggiunti 42,8 milioni di euro per ogni semestre di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie a dare piena esecuzione alla sentenza del 2007 ora citata. In argomento cfr. F. CROCI, *Quanto ci costa la violazione degli obblighi “comunitari”? La recente “condanna” dell'Italia ex art. 260, par. 2, TFUE in materia di rifiuti e il mancato versamento di fondi strutturali*, in <https://rivista.eurojus.it/quanto-ci-costa-la-violazione-degli-obblighi-comunitari-la-recente-condanna-dellitalia-ex-art-260-par-2-tfue-in-materia-di-rifiuti-e-il-mancato-versam/>.

<sup>71</sup> Cfr., per tutte, Terza sezione penale, sent. 16 novembre 2016, n. 48316, in merito alla quale cfr., ad esempio, G. GUAGNINI, *La Cassazione ritorna sulla nozione “oggettiva” di rifiuto*, in <https://www.tuttoambiente.it/commenti-premium/la-cassazione-ritorna-sulla-nozione-oggettiva-rifiuto/>.

<sup>72</sup> Al riguardo cfr., emblematicamente, Corte di giustizia, Decima Sezione, sent. 28 marzo 2019, Cause riunite [C-487/17](#) – C-489/17, *Procedimento penale a carico di Alfonso Verlezza e altri*. In tale sentenza, infatti, la Corte ha affermato che “(2) Il principio di precauzione deve essere interpretato nel senso che, qualora, dopo una valutazione dei rischi quanto più possibile completa tenuto conto delle circostanze specifiche del caso di specie, il detentore di un rifiuto che può essere classificato sia con codici corrispondenti a rifiuti pericolosi sia con codici corrispondenti a rifiuti non pericolosi si trovi nell'impossibilità pratica di determinare la presenza di sostanze pericolose o di valutare le caratteristiche di pericolo che detto rifiuto presenta, quest'ultimo deve essere classificato come rifiuto pericoloso”.

<sup>73</sup> Per un desolante elenco, aggiornato al dicembre 2020, delle procedure pendenti contro l'Italia per mancato recepimento o sbagliata applicazione della normativa UE in tema di rifiuti cfr. M. BAVAZZANO, *Le procedure di infrazione europea a carico dell'Italia in materia di rifiuti*, in <https://www.arpat.toscana.it/notizie/arpatnews/2020/194-20/le-procedure-di-infrazione-europea-a-carico-dellitalia-in-materia-di-rifiuti>.

normativa penale e della prassi italiana di settore è che i molti rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici italiani in questa tormentata materia e le conseguenti sentenze interpretative della Corte di giustizia da un lato hanno consentito di prendere contezza del “diritto vivente UE”<sup>74</sup> e, in taluni casi, di sanzionare condotte la cui illiceità discende dall’interazione tra norme nazionali e norme europee in materia; ma dall’altro lato non possono consentire al giudice interno di interpretare estensivamente le norme penali di settore al di là di quanto ammesso dal principio di legalità<sup>75</sup>. Ovviamente, poi, tali rinvii pregiudiziali e tali sentenze nemmeno possono ambire a colmare del tutto certi divari “culturali” di cui è espressione la nostra legislazione e le nostre abitudini nel settore ambientale; settore nel quale, invero, è stata accertata dalla Corte di giustizia l’esistenza in Italia di un problema strutturale. Espressioni di questo problema sono: la tendenza a disattendere in modo generalizzato e persistente gli obblighi concernenti lo smaltimento dei rifiuti di ogni tipo e la gestione delle discariche<sup>76</sup>; la propensione a persistere negli inadempimenti anche dopo le sentenze di condanna della Corte di giustizia<sup>77</sup>; l’attitudine a incorrere in nuove procedure di infrazione per il mancato recepimento di recenti direttive in tema di rifiuti<sup>78</sup>.

La scarsa sensibilità dell’Italia al problema ambientale potrebbe indurre ad auspicare la previsione anche in ambito UE un qualcosa di simile alla “procedura di sentenza pilota”. Procedura attraverso la quale – come noto – la Corte EDU può accertare non solo l’inadempimento nel caso concreto sottoposto al suo esame, ma anche il “problema strutturale sottostante”, vale a dire la l’esistenza nell’ordinamento dello Stato membro di una legislazione e/o di una prassi amministrativa o giudiziaria tali da comportare una violazione sistemica e continuativa della CEDU. Trapiantata in ambito UE questa procedura potrebbe servire a far meglio interagire tra loro Corte di giustizia e Stato inadempiente, in vista di una soluzione del problema sistemico individuato dalla Corte.

---

<sup>74</sup> Sia pure con le precisazioni di cui *supra*, sub par. 4.1, lett. a) e b).

<sup>75</sup> Come ovvio, infatti, riconoscere la possibilità per le norme UE con effetto diretto di incidere sfavorevolmente sull’interpretazione delle norme penali nazionali non significa affatto legittimare il giudice nazionale a effettuare operazioni più o meno mascherate di analogia *in malam partem*. Operazioni, queste, peraltro effettuate a più riprese. In merito agli eccessi giurisprudenziali dell’interpretazione conforme *in malam partem* per ragioni di “fedeltà comunitaria” e dei relativi scivolamenti nell’analogia effettuati dai giudici italiani e avallati da una parte della dottrina nei primi decenni della costruzione europea cfr. A. BERNARDI, *Sull’interpretazione conforme al diritto UE con effetti in malam partem*, cit., p. 13 ss.

<sup>76</sup> Cfr. *Le procedure di infrazione europea a carico dell’Italia in materia di rifiuti*, in <https://www.arpat.toscana.it/notizie/arpatnews/2020/194-20/le-procedure-di-infrazione-europea-a-carico-dellitalia-in-materia-di-rifiuti>.

<sup>77</sup> Cfr., *supra*, sub nt. 70.

<sup>78</sup> Cfr. le procedure di infrazione 2020/0209 e 2020/0210 dovute al mancato recepimento della direttiva 2020/362 e della direttiva 2020/363, entrambe concernenti i veicoli fuori uso. Fortunatamente, almeno queste procedure sono state infine archiviate: cfr. *Procedure di infrazione archiviate nel 2021*, in <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/procedure-di-infrazione/procedure-archivate/archiviazioni-2021/>, 22 novembre 2021.

#### 4.3. Sentenze interpretative in tendenziale conflitto con principi/diritti costituzionali.

Passo infine alla terza ipotesi di sentenze interpretative problematiche: quella in cui, a seguito di un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia dà risposte che conferiscono alla norma UE di cui viene chiesta l'interpretazione un significato tale da far sì che l'eventuale adeguamento ad essa della norma penale nazionale per via interpretativa, ovvero la disapplicazione totale o parziale della stessa norma da parte del giudice interno, potrebbe contrastare con i dettami della Costituzione nazionale. Donde la necessità di vagliare se questo eventuale contrasto concerna i principi supremi e i diritti fondamentali sanciti dalla Suprema Carta, e se dunque sussistano le condizioni per le quali il suddetto contrasto possa implicare il ricorso ai controlimiti<sup>79</sup>.

Specialmente in materia penale sentenze interpretative siffatte stanno divenendo meno infrequenti, essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, come in precedenza sottolineato, col succedersi dei Trattati sono aumentati gli ambiti di competenza del diritto UE ricchi di ricadute sul diritto penale interno, e di conseguenza si sono moltiplicate le norme penali nazionali considerate attuative del diritto UE, dunque obbligate a conformarvisi. In secondo luogo, la Corte di giustizia ha assunto sempre più un ruolo protagonista nel potenziare gli effetti della normativa europea in ambito penale, estendendo per via pretoria le competenze attribuite prima alla Comunità e poi all'Unione<sup>80</sup>.

Ovviamente, con l'aumento delle interrelazioni tra diritto penale nazionale e diritto UE, sono destinati ad aumentare anche i contrasti tra di essi ricchi di ricadute in ambito costituzionale. A ciò si aggiunga che, con la crescita un po' ovunque delle formazioni politiche di impronta sovranista, i Paesi membri appaiono sempre meno inclini a sottomettersi all'Unione, e sempre più gelosi delle proprie prerogative sovrane e della loro identità costituzionale<sup>81</sup>; di conseguenza le Corti costituzionali nazionali

---

<sup>79</sup> Si allude, essenzialmente, a casi in cui tale contrasto investa settori normativi "non integralmente armonizzati" dalla normativa UE. Infatti, come affermato dalla Corte di giustizia ([sent. 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, Fransson, punto 29](#); [sent. 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni, punto 60](#)) e come riconosciuto anche dalla nostra Corte costituzionale nella ordinanza n. 216 del 2021, punto 7.3, "è (...) precluso agli Stati membri condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione, nei settori oggetto di integrale armonizzazione, al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". In questi ultimi settori, dunque, "I diritti fondamentali al cui rispetto la [normativa UE è vincolata (...)], sono, piuttosto, quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione europea, e conseguentemente da tutti gli Stati membri allorché attuano il diritto dell'Unione: diritti fondamentali alla cui definizione, peraltro, concorrono in maniera eminente le stesse tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (artt. 6, par. 3, TUE e 52, par. 4, CDFUE)".

<sup>80</sup> Sul punto cfr. A. BERNARDI, Presentazione. *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli, 2017, p. LXVI ss.

<sup>81</sup> In argomento cfr. già, esemplificativamente e con varietà di accenti, O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? la recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'Est vis à vis il processo di integrazione europea*, in <https://www.diritticomparati.it/qualcosa-e-cambiato-la-recente-giurisprudenza-delle-corti-costituzionali-dellest-vis-a-vis-il-proces/?print-posts=print>, 15 novembre 2012; M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", (Roma, 4 ottobre 2016), in [www.rivistaic.it/](http://www.rivistaic.it/), p. 72 ss.; più recentemente J. SCHOLTES, *Abusing Constitutional*

sembrano vieppiù propense a impadronirsi dello strumento del rinvio pregiudiziale per ventilare il ricorso ai controlimiti o addirittura per brandirli risolutamente al fine di bloccare le pretese della Corte di giustizia in merito all'adeguamento del diritto penale interno al diritto UE.

Qui mi limiterò a ricordare due casi concernenti rinvii pregiudiziali cui hanno fatto seguito sentenze interpretative alquanto problematiche sotto il profilo dei principi/diritti previsti dalle Costituzioni nazionali: il primo caso (*Taricco*) riguarda una eclatante ipotesi di incidenza disapplicativa *in malam partem*; il secondo (*NE*) attiene a una recentissima ipotesi di incidenza disapplicativa *in bonam partem*.

#### 4.3.1. Il caso *Taricco*.

Passo dunque al caso *Taricco* e al tanto discusso “dialogo” intercorso tra la Corte di giustizia e la nostra Corte costituzionale dopo che, in risposta ad un ricorso pregiudiziale, la prima aveva chiesto al giudice nazionale la disapplicazione *in malam partem* della normativa italiana in tema di prescrizione.

Questo caso giurisprudenziale è stato senza alcun dubbio, tra quelli italiani, il più commentato di sempre, risultando per alcuni anni al centro del dibattito penalistico, europeistico e costituzionalistico. Del resto, anche nel nostro Dipartimento il caso *Taricco* è stato a più riprese analizzato in appositi seminari e incontri<sup>82</sup>; peraltro, queste occasioni di dibattito rimontano ormai ad alcuni anni fa, cosicché sembra opportuno riassumere qui per sommi capi il caso in questione, per poi provare a trarre da esso alcune conclusioni a carattere generale.

4.3.1.1. (segue). Il rinvio pregiudiziale che ha innescato il caso, l'obbligo di disapplicazione della prescrizione sancito dalla Corte di giustizia e i problemi di legalità connessi a tale obbligo.

Il caso *Taricco* nasce all'inizio del 2014 su iniziativa del GUP presso il Tribunale di Cuneo<sup>83</sup>. Nel corso di un processo per reati rientranti nel novero delle c.d. frodi comunitarie, questo giudice acquisisce la consapevolezza che il processo in questione non potrà concludersi prima del decorso dei termini di prescrizione. Nel dubbio che

---

*Identity*, in *German Law Journal* (2021), 22, p. 534 ss. Cfr. altresì, da ultimo, P. FARAGUNA, *L'Unione rispetta le identità nazionali incostituzionali? Considerazioni sui più recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e delle corti costituzionali nazionali in materia di identità costituzionale*, in *We, the People of the United Europe: Reflections on the European State of Mind*, a cura di L. MONTANARI, A.O. COZZI, M. MILENKOVIĆ, I. RISTIĆ, Napoli, 2023, in corso di pubblicazione, p. 65 ss.

<sup>82</sup> Il più importante dei quali è stato senz'altro il convegno “Il caso *Taricco* e il dialogo tra le Corti” del 24 febbraio 2017.

<sup>83</sup> GUP Tribunale di Cuneo, *Ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, 17 gennaio 2014, in [https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio\\_pregiudiziale\\_Cuneo.pdf](https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1391714331rinvio_pregiudiziale_Cuneo.pdf).

talune norme del TFUE<sup>84</sup>, unitamente a una fonte di diritto derivato<sup>85</sup>, inibiscono “ad uno Stato di mantenere una norma che consenta di prosciogliere i presunti autori dei suddetti reati nonostante l’azione penale sia stata tempestivamente esercitata”<sup>86</sup>, il GUP effettua dunque un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia concernente la conformità o meno al diritto UE della disciplina italiana della prescrizione.

Anche se sulla base di altre e più pertinenti norme UE di diritto primario e derivato che obbligano gli Stati membri a prevedere sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”<sup>87</sup>, l’Avvocato generale si convince della fondatezza dei dubbi del GUP di Cuneo, ritenendo che “una normativa nazionale sulla prescrizione dei reati la quale, per motivi sistemici, comporta in numerosi casi la non punibilità dei responsabili” delle suddette frodi “deve essere disapplicata dai giudici nazionali in procedimenti penali pendenti”<sup>88</sup>.

Il punto di vista dell’Avvocato generale viene accolto dalla Corte di giustizia, la quale nella ormai celeberrima sentenza *Taricco*<sup>89</sup> ritiene che la disciplina italiana della prescrizione si ponga in insanabile contrasto con l’art. 325 parr. 1 e 2 TFUE<sup>90</sup> “nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea”<sup>91</sup>. La Corte riconosce l’effetto diretto della norma in questione e – in ragione del primato di quest’ultima sul diritto interno – afferma che “Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”<sup>92</sup>.

---

<sup>84</sup> Per la precisione, gli artt. 101, 107 e 119 TFUE.

<sup>85</sup> Per la precisione, la direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, *relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto*.

<sup>86</sup> GUP Tribunale di Cuneo, *Ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit.

<sup>87</sup> Per una elencazione di tali norme cfr. *Conclusioni dell’avvocato generale Juliane Kokott* presentate il 30 aprile 2015, in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164056&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=802673>, punto 36.

<sup>88</sup> *Ivi*, punto 128.3.

<sup>89</sup> Grande sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*.

<sup>90</sup> In base a tale norma “1. L’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”.

<sup>91</sup> Sent. *Taricco*, punto 66.1 (corsivo non testuale). Nello stesso paragrafo la Corte di giustizia afferma la sussistenza di un insanabile contrasto con diritto UE della suddetta normativa nazionale anche nell’ipotesi “in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare”.

<sup>92</sup> *Ibidem*. In base all’art. 325 TFUE “1. L’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle

All'evidenza, la sentenza *Taricco* della Corte di giustizia poneva enormi problemi al giudice nazionale. E questo non tanto e non solo perché secondo una parte della dottrina – come in precedenza ricordato – una norma UE, anche se dotata effetto diretto, non potrebbe mai produrre effetti penali *in malam partem*: si è infatti già avuto modo di prendere posizione contro questa tesi, certo suggestiva ma priva di solide basi argomentative<sup>93</sup>. In realtà, i problemi più gravi posti dalla pronuncia dei giudici del Kirchberg erano legati al fatto che essa veniva a vulnerare il principio di legalità penale in tutti i suoi corollari “astorici” e “storici”<sup>94</sup>, e giungeva financo ad intaccare lo stesso principio di separazione dei poteri. In ogni caso, i fondamentali problemi sollevati dalla sentenza in esame riguardavano innanzitutto il principio di legalità nei suoi corollari di determinatezza e irretroattività sfavorevole.

In particolare, quanto al primo di questi corollari, risultavano vaghe e imprecise le espressioni “frode grave” e “numero considerevole di casi”, con conseguente impossibilità per il giudice interno di ben focalizzare le ipotesi in cui dover disapplicare la prescrizione. Quanto poi al principio di irretroattività sfavorevole, agli occhi del giurista italiano esso appariva macroscopicamente vulnerato da una disapplicazione della prescrizione da effettuarsi anche nei casi di frode commessi in un momento precedente al deposito della sentenza *Taricco*.

Nonostante questo, è verosimile ritenere che la Corte di giustizia non immaginasse che la disapplicazione della prescrizione da lei imposta potesse comportare significativi problemi sul piano della legalità penale. E ciò in quanto, di regola, nei Paesi europei la disciplina della prescrizione afferisce al diritto penale processuale, nel quale i corollari del principio di legalità assumono profili diversi da quelli propri del diritto penale sostanziale, specie per quanto concerne il corollario della irretroattività sfavorevole. Stante però che nell'ordinamento italiano la prescrizione afferisce diritto penale sostanziale, nel nostro Paese la sentenza *Taricco* ha comprensibilmente creato un grande sconcerto e dato la stura a una valanga di commenti dottrinali variamente orientati circa l'opportunità o meno di ricorrere ai controlimiti per paralizzare gli effetti di questa pronuncia.

---

istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari”.

<sup>93</sup> Al riguardo cfr. *supra*, *sub* par. 4.2.

<sup>94</sup> Come noto, i corollari “storici” del principio di legalità sono quelli – variabili da un Paese all'altro e da un'epoca all'altra – deputati a stabilire quali siano gli organi legittimati a produrre norme penali; i corollari “astorici” sono invece quelli – almeno tendenzialmente accolti ovunque e in tutte le epoche – di determinatezza, accessibilità, prevedibilità, irretroattività della norma penale (e dello stesso diritto penale vivente di fonte giurisprudenziale). In argomento cfr., in particolare, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*. Torino, 1999, p. 205.

4.3.1.2. (segue). Le differenti reazioni dei giudici nazionali alla sentenza *Taricco*, il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, la sentenza *M.A.S.* della Corte di giustizia, la definitiva risposta della Corte costituzionale.

Anche le prime reazioni dei giudici italiani alla presa di posizione della Corte di giustizia sono state di segno diverso. Così, mentre in relazione a un caso di frodi comunitarie la terza sezione della Corte di cassazione<sup>95</sup> decideva di disapplicare la prescrizione, rispetto a casi analoghi la Corte di appello di Milano<sup>96</sup> e successivamente la stessa terza sezione della Corte di cassazione<sup>97</sup> ritenevano che la sentenza *Taricco* entrasse in conflitto coi tutta una serie di articoli della nostra Costituzione<sup>98</sup> concernenti taluni principi supremi e diritti fondamentali; di conseguenza, queste ultime due Corti sospendevano i relativi processi e sollevavano dinanzi al giudice delle leggi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 relativo alla *Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona*<sup>99</sup>.

Dal canto suo la Corte costituzionale, invece di decidere in merito a tale questione, sospendeva il giudizio e – ribadendo la sua natura di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell'art. 267 TFUE anche per quanto concerne i giudizi instaurati in via incidentale<sup>100</sup> – effettuava un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'interpretazione dell'articolo 325 TFUE<sup>101</sup>. In questo rinvio il nostro giudice delle leggi si riagganciava ad alcuni passaggi della sentenza *Taricco* per adombrare il rischio (peraltro diplomaticamente definito “sommamente improbabile”) di dover ricorrere all'estremo rimedio dei controlimiti laddove e gli effetti sul diritto interno derivanti da tale articolo risultassero in insanabile contrasto coi principi supremi e i diritti fondamentali della nostra Costituzione<sup>102</sup>. Con l'evidente intento di favorire un ripensamento della Corte di giustizia, la Corte costituzionale ricordava innanzitutto che nell'ordinamento italiano l'istituto della prescrizione afferisce al diritto penale sostanziale e sottolineava che nel sistema costituzionale del nostro Paese il principio di legalità penale ha un coefficiente garantistico più elevato di quello proprio del corrispondente principio inscritto nell'art. 49.1 CDFUE. Richiamava poi l'attenzione

<sup>95</sup> Sent. n. 2210 del 17 settembre 2015, *Pennacchini*, Rv. 266121.

<sup>96</sup> App. Milano, Sez. II, ord. n. 339 del 18 settembre 2015, *De Bortoli e altri*.

<sup>97</sup> Sez. 3, ord. n. 28346 del 30 marzo 2016, *Cestari*, Rv. 267259.

<sup>98</sup> Artt. 3, 11, 25 comma secondo, 27, comma terzo, 101, comma secondo, Cost.

<sup>99</sup> Per la precisione, l'incidente di legittimità costituzionale concerneva l'articolo in oggetto “nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957 (Testo consolidato con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona 13 dicembre 2007), come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*”.

<sup>100</sup> Cfr. *supra*, sub par. 4, nt. 25.

<sup>101</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, reperibile in <https://www.giurcost.org/decisioni/2017/0024o-17.html#:~:text=La%20sentenza%20resa%20in%20causa,compromette%20l'effettivit%C3%A0%20della%20sanzione>.

<sup>102</sup> *Ivi*, punto 2: “Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo”.

della Corte di giustizia sull'art. 53 CDFUE, in base al quale “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti (...) dalle costituzioni degli Stati membri”. Ancora, la Corte costituzionale ipotizzava che l'art. 325 TFUE sarebbe contrario all'art. 49.1 CDFUE laddove imponesse al giudice nazionale un obbligo di disapplicazione della prescrizione in casi tutt'altro che “chiari e precisi”.

Nonostante una certa raffinatezza argomentativa assai lodate da larga parte della dottrina, l'ordinanza in questione non risultava a mio giudizio esente da critiche qui impossibili da riproporre per esteso. Mi limito quindi a ricordare che a più riprese non ho apprezzato alcuni passaggi di questa ordinanza<sup>103</sup>; passaggi rivelatori – sempre a mio giudizio – di un approccio “sovranista” ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento UE che nel caso di specie si è tradotto in una difesa a spada tratta della disciplina italiana della prescrizione, viceversa bisognosa di una integrale riforma. In particolare, lungi dall'“aprire” alla natura – se non esclusivamente processuale – quantomeno “mista” o “ibrida” della prescrizione<sup>104</sup>, la Corte costituzionale ha insistito nell'affermare la natura esclusivamente sostanziale di tale istituto, e dunque l'ineludibile riconducibilità di quest'ultimo all'interno del principio di legalità penale<sup>105</sup>. In tal modo l'obbligo di disapplicare la prescrizione, derivante dal contrasto della disciplina italiana di quest'ultima col diritto UE, sarebbe stato paralizzato grazie alla teoria dei controlimiti, dal giudice delle leggi mai esplicitamente menzionata, ma nel rinvio pregiudiziale insistentemente sottintesa e valorizzata nella sua tradizionale configurazione<sup>106</sup>. In

<sup>103</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni cost.*, 2017, p. 109 ss.; Id. *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 48 ss.; Id. *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. BERNARDI e C. CUPELLI, Napoli, 2017, p. 17 ss.

<sup>104</sup> Tesi, questa, rilanciata da una parte della dottrina italiana proprio a seguito della sentenza *Taricco* e della attitudine del diritto UE a favorire processi di armonizzazione financo in relazione alla parte generale del diritto penale: cfr., per tutti, G. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in <http://www.archiviopenale.it>, p. 10 ss.; P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2016, p. 15 s.; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, cit., p. 266 ss.; S. SILVANI, *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, *passim*.

<sup>105</sup> Così M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 38 ss. Cfr. altresì, più o meno esplicitamente, G. RICCARDI, “Patti chiari, amicizia lunga”. *La Corte costituzionale tenta il ‘dialogo’ nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 369 ss.; C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 446 ss.; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 475 ss.

<sup>106</sup> Nell'ordinanza in esame la Consulta, invero, fa chiaramente intendere che a suo giudizio i controlimiti non sono stati affatto “europeizzati” dal Trattato di Lisbona, e dunque non sono stati affidati esclusivamente alla Corte di giustizia, ma restano nelle sue mani. Pertanto, sempre a giudizio della Consulta, è “ragionevole attendersi che (...) il giudice europeo provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale” (par. 6, ultimo comma).

sostanza, quindi, il “dialogo” imbastito dalla Corte costituzionale solo a prima vista sembrava collocarsi in un contesto di “costituzionalismo cooperativo”, assumendo in effetti un accento spiccatamente “nazionalista” che sovrastava ogni prospettiva europeista.

Avvertendo il concreto pericolo del ricorso ai controlimiti da parte della Corte costituzionale, la Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S* (spesso ribattezzata “*Taricco 2*”)<sup>107</sup> decideva di non seguire la posizione intransigente suggerita dall’avvocato generale, volta a ribadire il primato del diritto UE anche a discapito della identità costituzionale del nostro Stato. I giudici di Lussemburgo riconoscevano dunque, con fare conciliante, che “i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell’ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA”<sup>108</sup> attuativi del diritto UE; di conseguenza essi giungevano ad ammettere che tali requisiti “ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichì le disposizioni del codice penale in questione”<sup>109</sup>.

La Corte di giustizia, comunque, non si limitava a concessioni circoscritte alla questione della irretroattività. Essa infatti riconosceva che, nel caso in cui la sentenza *Taricco* “conduca a una situazione di incertezza nell’ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile (...), il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale”<sup>110</sup>.

In sostanza, dunque, preso atto che nell’ordinamento italiano la disciplina della prescrizione deve rispettare tutti i corollari della legalità penale sostanziale, la Corte di giustizia faceva retromarcia rispetto alla sentenza *Taricco*<sup>111</sup>, consentendo ai giudici italiani di non disapplicare la prescrizione nell’ambito dei processi concernenti “frodi comunitarie”.

L’ultima tappa della saga *Taricco* si è comunque avuta con la sentenza 115/2018 della Corte costituzionale, chiamata a giudicare in merito alla questione di legittimità

---

<sup>107</sup> Grande camera, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S.*, *M.B.*

<sup>108</sup> Punto 58.

<sup>109</sup> Punto 60. In questo stesso paragrafo della sentenza la Corte di giustizia prosegue affermando che “Infatti, la Corte ha già sottolineato, al paragrafo 53 di tale sentenza, che a dette persone potrebbero, a causa della disapplicazione di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assoggettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

<sup>110</sup> Punto 59.

<sup>111</sup> Ma, inverò, in nome del rispetto dell’identità costituzionale nazionale qualcosa la Corte di giustizia sembrava essere disposta a concedere già in occasione della sentenza *Taricco*, quando al punto 53 affermava che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale”. Anche se poi, a dire il vero, sosteneva che quanto da lei richiesto non implicasse una violazione dei diritti in questione (cfr. punto 58).

costituzionale<sup>112</sup> del già ricordato art. 2 della Legge 2 agosto 2008, n. 130, concernente la *Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona*. In questa sentenza veniva ribadito che la situazione in presenza della quale – a giudizio della Corte di giustizia – i giudici interni dovrebbero disapplicare la prescrizione risulta in insanabile contrasto col fondamentale principio di legalità nei suoi corollari di irretroattività sfavorevole e determinatezza. In definitiva, per la Corte costituzionale, la “regola *Taricco*” fissata dalla Corte di giustizia (la regola, cioè, secondo cui la prescrizione deve essere disapplicata laddove essa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave di rilievo UE) confligge irrimediabilmente con un principio supremo del nostro sistema costituzionale e deve dunque essere ignorata dal giudice interno<sup>113</sup>.

Di più: secondo il nostro giudice delle leggi la “regola *Taricco*” renderebbe l’art. 325 TFUE incapace di offrire ai singoli soggetti “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei casi di inapplicabilità della prescrizione, cosicché nemmeno una ulteriore precisazione per via giurisprudenziale della *regola* in questione riuscirebbe a sanare “l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”<sup>114</sup>. Infine, rincarando la dose, la Corte costituzionale è giunta ad affermare che la “regola *Taricco*” si pone in contrasto non solo con principi supremi iscritti nella nostra Suprema Carta, ma anche con “lo stesso diritto dell’Unione”<sup>115</sup>, cosicché l’inapplicabilità della “regola” in oggetto discenderebbe, oltretutto dalla Costituzione italiana, persino dal diritto UE.

#### 4.3.1.3. Brevi osservazioni in margine alla saga *Taricco*.

Cosa ha insegnato la saga *Taricco*, ormai da tempo conclusa? Certamente, dovrebbe aver insegnato alla Corte di giustizia maggiore attenzione e cautela, stante la constatazione che le argomentazioni contenute nella sua prima sentenza sono apparse particolarmente fragili<sup>116</sup>, e che tutto fuorché felice è stata la sua presa di posizione circa l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la prescrizione in casi non ben precisati, senza porsi troppo il problema del devastante impatto di tale obbligo sul nostro ordinamento.

<sup>112</sup> In riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25 comma 2, 27 comma 3 e 101 comma 2, Cost.

<sup>113</sup> Come conseguenza dell’inapplicabilità della “regola *Taricco*”, la Corte costituzionale “dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d’appello di Milano, in riferimento all’art. 25, secondo comma, Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe”.

<sup>114</sup> Punto 11.

<sup>115</sup> “(...) in quanto rispettoso dell’identità costituzionale degli Stati membri” (punto 11). Ai sensi dell’art. 4, secondo comma, TUE, infatti, “l’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (...)”.

<sup>116</sup> Cfr., esemplificativamente, D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell’effetto diretto*, in *European Papers*, 1° luglio 2018.

E ancora, dato che l'obbligo in questione veniva a porsi in conflitto quantomeno con un principio supremo della nostra Costituzione nelle sue diverse articolazioni, la saga sembra aver confermato che bene ha fatto la Corte costituzionale a (non *opporre*, ma) *esporre* i controlimiti, così da indurre i giudici di Lussemburgo a correggere il tiro nella sentenza *M.A.S.* per rispettare la nostra identità costituzionale.

Tuttavia, se il "dialogo" non è certo mancato ed è servito a evitare gli effetti perversi di una disapplicazione della prescrizione nelle intenzioni dei giudici di Lussemburgo destinata ad operare addirittura in relazione a casi concernenti illeciti penali realizzati prima della sentenza *Taricco*<sup>117</sup>, il "tono" utilizzato dal nostro giudice delle leggi avrebbe potuto, a mio giudizio, essere diverso; così come diversi avrebbero potuto essere alcuni passaggi dell'ordinanza n. 24 del 2017 e della sentenza n. 115 del 2018 caratterizzati da una "attitudine oppositiva e non cooperativa"<sup>118</sup> e, sempre a mio giudizio, marcatamente connotati in chiave sovranista.

La Corte costituzionale si è infatti dimostrata inflessibile nello stigmatizzare i cedimenti palesati dalla Corte di giustizia rispetto al corollario legalista della determinatezza, ma ha mostrato questa inflessibilità solo con i giudici europei, data la sua tradizionale tendenza a chiudere un occhio sulle carenze di chiarezza e precisione delle norme penali varate dal legislatore italiano<sup>119</sup>.

Lo stesso dicasi per quanto concerne l'atteggiamento di chiusura mostrato in occasione del caso *Taricco* dalla Corte costituzionale rispetto a ogni eventuale attribuzione di profili processuali alla disciplina italiana della prescrizione. E, invero, la costituzionalizzazione della natura sostanziale della prescrizione operata dalla succitata sentenza 115/2018<sup>120</sup> appare espressiva di un irrigidimento indotto o almeno favorito

---

<sup>117</sup> In effetti, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale della prescrizione, è evidente che consentire la retroattività degli effetti sfavorevoli per il reo derivanti dalla disapplicazione dei limiti temporali della prescrizione potrebbe irrimediabilmente penalizzare ogni legittima strategia difensiva tesa a rinunciare ai benefici dei riti alternativi per lucrare una imminente prescrizione. Al riguardo cfr., anche in relazione al contrasto della "regola *Taricco*" col principio di legalità penale previsto dall'art. 7 CEDU e 49 CDFUE, A. BERNARDI, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, cit., p. 58 s.

<sup>118</sup> Così, con specifico riferimento alla sent. 115 del 2018, 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.

<sup>119</sup> Cfr. M. DONINI, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/6160-lettura-critica-di-corte-costituzionale-n-1152018>: "La Corte (e se non la Consulta, la Corte di Cassazione) ha salvato – e male ha fatto – le norme più indeterminate, dal "vecchio" art. 323 c.p. all'ingente quantità degli stupefacenti, al disastro innominato, a tutti i casi delle aggravanti indefinite. Che ora la Corte rinneghi (solo implicitamente, si comprende) decenni di decisioni di inammissibilità per essere le norme reinterpretabili in chiave più tassativa, non ci delude. Ne siamo lieti" (par. 10). Nel prosieguo del suo scritto l'a. dimostra peraltro di dubitare del fatto che l'intransigente in tema di determinatezza palesata dalla Corte costituzionale in occasione del caso *Taricco* sia destinata a perdurare: "Il fatto è che non crediamo davvero che si pensi di mettere in discussione la prassi e la teoria per cui è solo la "norma" a risultare indeterminata, non la "disposizione" in sé, salvo casi appunto più estremi. Pensiamo invece che si volesse – giustamente – contrastare il "governo dei giudici di Lussemburgo" e che per farlo si sia scelta una strada non ben percorribile nella normalità dei casi" (*ivi*).

<sup>120</sup> Cfr., per tutti, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*,

dalla volontà di “prevalere” sulla Corte di giustizia più ancora che da convinzioni di natura dogmatica. Questo sospetto parrebbe confermato dalla “flessibilizzazione dello “statuto costituzionale” della prescrizione”<sup>121</sup> successivamente effettuata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 278 del 2020; sentenza nella quale il nostro giudice delle leggi, esauritasi la tenzone coi giudici di Lussemburgo, “sembra riconoscere un fondamento (anche) processuale alla prescrizione, pur mantenendone ferma la qualificazione formale in termini sostanzialistici”<sup>122</sup>.

In definitiva, sembra possibile affermare che nel caso *Taricco* il “dialogo” tra le Corti si sia trasformato in un vero e proprio “duello”<sup>123</sup> o quantomeno in una “lotta” nella quale le due protagoniste, al pari dei lottatori di sumo, hanno dato vita a uno scontro incruento ma accanito<sup>124</sup> in merito alle reciproche competenze<sup>125</sup>; scontro finalizzato al riconoscimento del primato assoluto del diritto UE ovvero dell’identità costituzionale nazionale, e dunque alla verifica di chi fra le due contendenti fosse legittimata ad avere l’ “ultima parola”; uno scontro che ha visto la Corte costituzionale prevalere, e nella sentenza 115 del 2018 persino maramaldeggiare, evidenziando la carenza di “cultura penalistica” dei giudici di Lussemburgo e arrogandosi prerogative destinate a svilire il ruolo della Corte di giustizia e della sua giurisprudenza<sup>126</sup>. Al

---

in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2018.

<sup>121</sup> Per usare le parole di L. SIRACUSA, *Oblío e memoria del reato nel sistema penale*, Torino, 2023, p. 225. Cfr. altresì, tra gli altri, D. MARTIRE, T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/2021, in particolare p. 176.

<sup>122</sup> L. SIRACUSA, *Oblío e memoria del reato nel sistema penale*, cit., p. 225. A giudizio dell’a. “Soltanto in apparenza dunque la decisione in commento si uniforma pienamente alla pronuncia sul caso *Taricco*. Di fatto, la valorizzazione delle istanze di carattere processuale che concorrono a determinare la durata “non-tabellare” della prescrizione costituisce un’implicita presa d’atto dell’insostenibilità a lungo termine di una lettura in senso forte della natura sostanziale della prescrizione, che sia in grado di sbarrare la strada alla considerazione degli indiscutibili riflessi processuali dell’istituto. Più in generale poi, i punti citati ampliano sul piano dogmatico la ratio costituzionale della prescrizione del reato a profili di natura processuale” (p. 235).

<sup>123</sup> Termine, questo, non a caso ricorrente tra i commentatori del caso in questione. Cfr., ad esempio, P. FARAGUNA, *Diritto UE e principio di legalità penale: il “caso Taricco” ritorna alla Corte di Giustizia*, in *Studiom iuris*, 2017, p. 532; F. VENTURI, *Le ordinanze n. 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale: il rinvio pregiudiziale come calumet della pace nell’ordinamento (penale) multilivello*, in *Diritti comparati*, 20 gennaio 2022, in una prospettiva ancora più sconsolata.

<sup>124</sup> A dire il vero, non è la prima volta che rispetto al “dialogo tra le Corti” ricorro alla metafora dei “lottatori giapponesi di sumo”: cfr. A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, cit., p. 18 e p. 90); ma è un fatto che questa metafora si attaglia perfettamente a quanto accaduto nell’ambito del caso *Taricco*.

<sup>125</sup> Sul punto cfr., puntualmente, E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 57.

<sup>126</sup> Emblematica, in tal senso, la “pretesa della Consulta di stabilire in modo autentico ed insindacabile se le norme sovranazionali siano, o no, ‘determinate’”: A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine*, 2018, fasc. III, 3 settembre 2018, p. 498 s., in particolare nt. 36. Sul punto cfr. altresì, per tutti, C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *LP*, 4 febbraio 2019, p. 8 ss.; 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*,

contempo, tuttavia, la Corte costituzionale ha accuratamente evitato di prendere in considerazione il problema dell'impunità che da tempo preoccupa l'Unione europea<sup>127</sup> e dunque ha ignorato certe criticità del nostro sistema penale: un sistema nel quale i procedimenti che si concludono con una dichiarazione di avvenuta prescrizione, lungi dall'essere l'eccezione, divengono, quantomeno in relazione a certi tipi di reato, quasi la regola<sup>128</sup>; un sistema penale pertanto caratterizzato, specie in taluni settori ricchi di ricadute in sede eurounitaria, da un tasso di ineffettività talmente elevato<sup>129</sup> da indurre la Corte di giustizia a una reazione scomposta rivelatasi, come si è visto, infelicissima.

Ora, è proprio questo atteggiamento sovranista della Corte costituzionale a rendere non del tutto soddisfacente l'uso da essa fatto del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia: perché il "dialogo tra le Corti" dovrebbe servire non solo a impedire indebite "invasioni di campo" della Corte di giustizia, ma anche a prendere coscienza delle storture dell'ordinamento nazionale in prospettiva europea e a porvi rimedio; anche se non necessariamente ricorrendo alle cure suggerite dai giudici del Kirchberg<sup>130</sup>.

Eppure, nonostante quanto appena detto, è possibile concordare con quella dottrina – non solo costituzionalistica<sup>131</sup> e penalistica<sup>132</sup>, ma anche europeistica<sup>133</sup> – per la

cit.; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, cit.

<sup>127</sup> Cfr., fondamentalmente, [Hart Studies in European Criminal Law; The Fight Against Impunity in EU Law](#), a cura di L. MARIN, S. MONTALDO, Oxford, 2020.

<sup>128</sup> Cfr., ad esempio, i dati numerici e statistici riportati in Camera dei Deputati, *La riforma della prescrizione nella legge n. 103 del 2017*, in [https://temi.camera.it/leg17/post/il\\_quadro\\_normativo\\_previgente](https://temi.camera.it/leg17/post/il_quadro_normativo_previgente).

<sup>129</sup> In un interessante e provocatorio scritto caratterizzato da un forte scetticismo in merito a un "dialogo tra le Corti" che, a giudizio dell'a., "non c'è mai stato", ricorda come il caso *Taricco* concerna "una lesione degli interessi finanziari dell'Unione, grave, protratta e forse destinata a perpetuarsi" L. GRADONI, *Il dialogo tra Corti, per finta*, in *SIDIBlog*, 8 febbraio 2017.

<sup>130</sup> In merito a quanto ci si sarebbe potuti aspettare dalla Corte costituzionale nell'ambito del caso *Taricco* cfr., ad esempio. R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016. Secondo l'a. "Nel merito la Corte di giustizia ha però ragione. La disciplina italiana della prescrizione in materia penale è inaccettabile e favorisce in modo intollerabile chi compie frodi finanziarie. Questo è l'argomento più forte in mano ai fautori della sent. *Taricco*. Nello stesso giudizio in cui la Corte costituzionale potrebbe ridimensionare la sent. *Taricco* per l'inaccettabile estensione dell'"effetto diretto" e dei conseguenti obblighi dei giudici nazionali, essa potrebbe però accoglierne le giuste censure della legislazione italiana. Lo strumento c'è: la Corte potrebbe sollevare davanti a se stessa la questione di legittimità della legge italiana e risolverla con una sentenza di accoglimento. La "non manifesta infondatezza" della questione è in re ipsa, ben motivata dalla stessa sentenza *Taricco*: ad eventuali parametri sostanziali (artt. 3, 11, 25.2, 27.3, 101.2 ecc.) si può quindi aggiungere anche la violazione degli artt. 11 e 117.1 Cost., avendo la Corte di giustizia abbondantemente motivato a proposito della violazione da parte della legge italiana degli obblighi fissati dal diritto UE".

<sup>131</sup> Cfr., in una prospettiva marcatamente "nazionalista", M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 63 ss.; Id., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. n. 1/2017, 21 aprile 2017.

<sup>132</sup> Cfr., esemplificativamente e all'interno di una vastissima bibliografia, C. CUPELLI, *Aspettando (di nuovo) la Corte costituzionale... sul caso Taricco ritorna la Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 17 aprile 2018.

<sup>133</sup> Cfr., esemplificativamente, C. AMALFITANO, M. ARANCI, [Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia](#), in *questa Rivista*, 1/2022. p. 7.

quale il confronto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia occasionato dal caso *Taricco* sia risultato “proficuo”.

Al riguardo, è innanzitutto auspicabile che la stagione del duro confronto tra le due Corti – testimoniata, oltre che dalla ordinanza n. 24 del 2017 e della sentenza n. 115 del 2018, anche dalla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale sul tema della “doppia pregiudizialità” – sia servita, per così dire, a oliare il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, caratterizzato all’evidenza da significative peculiarità<sup>134</sup> che rendono tale meccanismo particolarmente esposto a tensioni da stemperare piuttosto che esacerbare<sup>135</sup>. Positivi indizi in tal senso sembrerebbero venire sia dalle ordinanze di rinvio n. 117 del 2019 e n. 182 del 2020, nelle quali la Consulta sembra essersi orientata a fare un uso del rinvio pregiudiziale meno antagonistico (tanto da indurre a ritenere tali provvedimenti dei “gesti di riconciliazione”<sup>136</sup> nei confronti della Corte di giustizia), sia dalle ordinanze di rinvio n. 216 e 217 del 2021, non a caso considerate alla stregua di “un calumet della pace” porto alla Corte di Giustizia da una Corte costituzionale peraltro ormai attribuitasi il ruolo di “arbitro degli equilibri dell’ordinamento multilivello”<sup>137</sup>.

Vi è poi un'altra e più specifica ragione per considerare proficuo il dibattito occasionato dal caso *Taricco*. È infatti difficilmente confutabile che il caso in questione abbia portato all’attenzione generale il tema della prescrizione, evidenziando la necessità di una complessiva rivisitazione della sua disciplina. Comunque sia, è un fatto che durante e dopo la saga *Taricco* ci sono state ben tre leggi di riforma della prescrizione, e precisamente: la legge n. 103 del 2017, volta ad ampliare i periodi di sospensione e interruzione del corso della prescrizione; la l. 9 gennaio 2019, n. 3, “c.d. legge Spazzacorrotti” entrata in vigore dall’inizio del 2020, che ha previsto il blocco della prescrizione dopo la pronuncia della sentenza di primo grado (sia di assoluzione che di condanna) o del decreto penale di condanna; la legge 27 settembre 2021, n. 134, la quale ha introdotto alcune modifiche alla disciplina della prescrizione in sostanziale continuità con il regime inaugurato con la l. 3/2019.

A questo punto viene spontaneo domandarsi se, considerate nel loro complesso, queste leggi vadano nel senso di innalzare l’effettività del sistema, e dunque in qualche misura recepiscano le preoccupazioni che avevano indotto la Corte di giustizia a concepire quella “regola *Taricco*” poi massacrata dal nostro giudice delle leggi. Almeno

---

<sup>134</sup> In merito alle quali cfr., ad esempio, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P. PASSAGLIA, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/CC\\_SS\\_Corti\\_costituzionali\\_rinvio\\_pregiudiziale\\_12012010.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf), in particolare p. 27 ss.

<sup>135</sup> Significativa, al riguardo, la tendenza a considerare i controlimiti non tanto come muri, come argini capaci di opporsi alle pretese del diritto UE di snaturare i sistemi costituzionali nazionali, quanto snodi (o – se si preferisce – cerniere, ponti), quanto insomma strumenti di dialogo tra gli ordinamenti nazionali e l’ordinamento europeo. In argomento cfr., ad esempio, F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 277 ss.

<sup>136</sup> F. VENTURI, *Le ordinanze n. 216 e 217 del 2021 della Corte Costituzionale: il rinvio pregiudiziale come calumet della pace nell’ordinamento (penale) multilivello*, cit.

<sup>137</sup> *Ivi*.

in prima battuta verrebbe fatto di rispondere in senso positivo, ove si guardi al processo di riduzione dell'area della prescrizione attuato con queste leggi. Non va però dimenticato che la succitata l. 134 del 2021 ha anche introdotto il nuovo istituto dell'improcedibilità: istituto in base al quale, trascorso un certo lasso di tempo, il processo viene interrotto e cessa di esistere, precludendo al giudice ogni esame del merito della causa, e imponendogli di dichiarare il non doversi procedere<sup>138</sup>. Di qui il rischio che, ove non si riescano a comprimere i tempi processuali, l'improcedibilità diventi una nuova via capace di fare strame dei requisiti di efficacia e dissuasività della risposta sanzionatoria pretesi dall'Unione in relazione ai reati di rilievo UE. Proprio per questo un recente documento della Commissione europea manifesta preoccupazione per l'introduzione in Italia del suddetto istituto<sup>139</sup>.

In definitiva, si può concludere nel senso della persistente problematicità del dialogo tra giudici nazionali e giudici europei quando i rinvii pregiudiziali sollevano questioni relative a contrasti tra il diritto interno e il diritto UE dovuti a problemi strutturali dell'ordinamento nazionale; problemi rispetto ai quali la Corte di giustizia – come dimostrato dal caso *Taricco* e da altri più recenti e ancor più eclatanti casi<sup>140</sup> – risulta indotta a suggerire in via interpretativa soluzioni molto radicali, non di rado in più o

---

<sup>138</sup> Salvo che l'imputato rinunci a tale opportunità.

<sup>139</sup> Commissione europea – Documento di lavoro dei servizi della Commissione – *Relazione sullo Stato di diritto 2022 Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia* che accompagna il documento *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Relazione sullo Stato di diritto 2022 La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, 13 luglio 2022, in [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/30\\_1\\_194038\\_coun\\_chap\\_italy\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/30_1_194038_coun_chap_italy_it.pdf): “Le nuove disposizioni in materia di giustizia penale mirano a migliorare l'efficienza e necessitano di un attento monitoraggio per garantire il mantenimento dell'efficacia del sistema giudiziario. La riforma per l'efficienza del processo penale [si allude alla l. 27 settembre 2021, n. 134, la quale ha introdotto l'articolo 344 *bis* del Codice di procedura penale con effetto dal 19 ottobre 2021] comprende anche alcune disposizioni applicabili ai reati commessi dopo il 1° gennaio 2020, con la fissazione di termini massimi per la conclusione dei procedimenti dinanzi alla Corte d'appello e alla Corte suprema di cassazione, pena l'improcedibilità. Per problemi di efficienza soprattutto a livello delle Corti d'appello, le nuove misure rischiano di incidere negativamente sui processi penali e in particolare su quelli in corso, che potrebbero essere automaticamente resi improcedibili. Sebbene siano previste eccezioni e siano in vigore norme temporanee, l'efficacia del sistema giudiziario penale richiede un attento monitoraggio a livello nazionale per garantire un giusto equilibrio tra l'introduzione delle nuove disposizioni e i diritti di difesa, i diritti delle vittime e l'interesse pubblico all'efficienza del procedimento penale”.

<sup>140</sup> Cfr., in particolare, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2021, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Înalta Curte de Casație și Justiție, Tribunalul Bihor* — Romania, cause riunite C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19. La sentenza in questione affronta la questione relativa al potere di disapplicare le decisioni della Corte costituzionale (nel caso di specie, la *Curtea Constituțională* romena) non conformi al diritto dell'Unione. Al riguardo, la Corte di giustizia è giunta ad affermare che “Il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa o a una prassi nazionale ai sensi della quale i giudici ordinari nazionali sono vincolati dalle decisioni della corte costituzionale nazionale e non possono, a pena di commettere un illecito disciplinare, disapplicare, di propria iniziativa, la giurisprudenza risultante da tali decisioni, laddove ritengano, alla luce di una sentenza della Corte, che tale giurisprudenza sia contraria all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, all'articolo 325, paragrafo 1, TFUE o alla decisione 2006/928”.

meno esplicita tensione coi principi supremi e diritti fondamentali della Costituzione nazionale.

#### 4.3.2. Il recentissimo caso *NE*.

Il secondo e ultimo caso relativo a rinvii pregiudiziali cui hanno fatto seguito sentenze interpretative molto problematiche in ragione del loro rapporto di tensione coi principi supremi previsti dalle Costituzioni nazionali concerne il caso *NE*. Si tratta di un caso abbastanza recente, innescato da due rinvii pregiudiziali effettuati (non da un giudice italiano, ma) da un tribunale amministrativo regionale austriaco giustamente preoccupato del fatto che le sanzioni applicabili al caso in giudizio sulla base della normativa austriaca attuativa di una direttiva UE potessero eccedere il limite imposto dal principio europeo di proporzionalità inscritto nella suddetta direttiva così come in moltissime altre fonti di diritto derivato e financo nel terzo comma dell'art. 49 CDFUE<sup>141</sup>. Al primo di questi due rinvii pregiudiziali la Corte di giustizia rispondeva con una ordinanza<sup>142</sup> che confermava i sospetti del giudice del rinvio, in quanto dichiarava la non conformità al principio di proporzionalità inscritto nella direttiva della disciplina sanzionatoria prevista dalle norme nazionali d'attuazione<sup>143</sup>. Successivamente – preso

---

<sup>141</sup> In base al quale “Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

<sup>142</sup> Ord. 19 dicembre 2019, causa C-645/18, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*.

<sup>143</sup> La Corte ha dichiarato che “l'articolo 20 della direttiva 2014/67 (...) deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che prevede, in caso di inadempimento di obblighi in materia di diritto del lavoro relativi alla dichiarazione di lavoratori e alla conservazione di documenti salariali, l'imposizione di sanzioni pecuniarie di elevato importo che: non possono essere inferiori a un importo predefinito; sono imposte cumulativamente per ogni lavoratore interessato e senza massimale; alle quali si aggiunge un contributo alle spese del procedimento pari al 20% dell'importo delle sanzioni pecuniarie in caso di rigetto del ricorso proposto avverso la decisione che le impone”. Merita di essere sottolineato che l'ordinanza in questione ricalca in larga misura un altro provvedimento della Corte di giustizia immediatamente precedente. Si allude alla sent. della Sesta Sezione 2 settembre 2019, cause riunite C 64/18, C 140/18, C 146/18 e C 148/18, *Maksimovic e altri*, la quale ha dichiarato contraria al diritto UE sanzioni pecuniarie del tutto analoghe a quelle di cui alla sent. *NE* e adottate per il medesimo tipo di violazioni. Peraltro, nella sentenza *Maksimovic e altri* – innescata da una serie di rinvii pregiudiziali relativi all'interpretazione dell'articolo 56 TFUE, degli articoli 47 e 49 CDFUE, della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e della direttiva 2014/67/UE del 15 maggio 2014 di analogo oggetto – la non conformità di tali sanzioni al diritto UE veniva fatta discendere dalla loro incompatibilità (non con il principio di proporzionalità di cui al terzo comma dell'art. 49 CDFUE, ma) con l'art. 56 TFUE sul divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione. Infatti, a giudizio della Corte di giustizia, “l'effettiva attuazione degli obblighi la cui violazione è sanzionata da una normativa siffatta potrebbe essere assicurata da misure meno restrittive, quali la fissazione di ammende con un importo meno elevato o l'introduzione di un massimale per tali sanzioni, senza necessariamente accompagnare queste ultime a pene detentive sostitutive” (punto 47). “Pertanto, si deve ritenere che una normativa come quella di cui al procedimento principale ecceda i limiti di quanto è necessario per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto del lavoro relativi al conseguimento di autorizzazione amministrativa e alla conservazione della documentazione salariale e per assicurare il conseguimento degli obiettivi perseguiti” (punto 48). Va rilevato che né l'ordinanza 19 dicembre 2019, *NE* né la sentenza *Maksimovic e altri* hanno specificato quali conseguenze discendessero dalla contrarietà al diritto UE delle sanzioni *sub iudice*.

atto che il legislatore austriaco non aveva ancora modificato le norme nazionali *sub iudice*, che nel tentativo di ovviare per via giurisprudenziale a questa sproporzione i giudici austriaci di grado superiore avevano adottato provvedimenti tra loro contrastanti e che era assai dubbia la possibilità per i giudici nazionali di applicare tali norme conformemente alla direttiva UE – il giudice del rinvio effettuava un secondo rinvio pregiudiziale nel quale domandava alla Corte di giustizia se e come le suddette norme potessero trovare una applicazione che risultasse rispettosa del diritto UE<sup>144</sup>.

Anche se il caso in esame non riguarda in prima battuta l'Italia, esso appare di estremo interesse in quanto tocca problematiche a carattere generalissimo ricche di implicazioni sul nostro sistema. La peculiarità di questo caso è che, per una volta, i problemi di costituzionalità posti dalla sentenza della Corte di giustizia che qui ci si accinge a illustrare per sommi capi discendono non dai suoi effetti *in malam partem*, ma da quelli *in bonam partem*.

#### 4.3.2.1. La sentenza *NE* e la problematica incidenza del principio europeo di proporzionalità sulle sanzioni applicabili nei Paesi membri.

Tutto ciò premesso veniamo dunque alla sentenza *NE*<sup>145</sup>, che rappresenta, uno degli ultimi capitoli della lunga storia concernente l'incidenza dei principi di diritto UE – e in particolare del principio di proporzionalità – sulle risposte punitive (a carattere sia penale sia amministrativo sia financo civile)<sup>146</sup> previste dal diritto interno per le violazioni di norme attuative del diritto UE.

In questa sentenza la Grande camera chiede al giudice interno di disapplicare in parte la sanzione assai severa (54.000 euro) irrogata a *NE* dall'amministrazione austriaca in base all'altrettanto severa normativa nazionale attuativa della direttiva 2014/67/UE<sup>147</sup> relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. La legislazione austriaca prevede infatti, in caso di "inosservanza di obblighi connessi alla dichiarazione di lavoratori e alla conservazione della documentazione salariale"<sup>148</sup>, sanzioni pecuniarie

---

<sup>144</sup> Cfr., per una più articolata rassegna delle prime fasi del caso *NE*, cfr. le *Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek* presentate il 23 settembre 2021 nell'ambito della Causa C-205/20, *NE*, c. *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*. Cfr. altresì, per tutti, O. TSOLKA, *Direct Effect of the "Proportionality Requirement of [Criminal] Sanctions": Considerations on the European Court of Justice Overruling in the Case "NE II" (C-205/20)*, in *EuCLR European Criminal Law Review*, 12 (2022), fasc. 2, p. 131 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit., p. 6 ss.

<sup>145</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 marzo 2022, causa C-205/20, *NE*.

<sup>146</sup> Alla luce del concetto di "materia penale" accolto dalla Corte di giustizia così come dalla Corte EDU. Cfr., *supra*, sub par. 1, nt. 1. Per un'analoga estensione alle sanzioni amministrative del principio costituzionale di proporzionalità cfr. sent. n. 112 del 2019 nonché, da ultimo, sent. n. 46 del 2023.

<sup>147</sup> Per la precisione, direttiva 2014/67/UE del 15 maggio 2014, *concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI»).*

<sup>148</sup> Cfr. Sent. *NE*, cit., punto 49.

con un minimo edittale elevato e per di più proporzionali al numero di lavoratori coinvolti in tali violazioni<sup>149</sup>. Dette sanzioni sono pertanto destinate a raggiungere, in certi casi, importi molto elevati e comunque eccessivi, mentre l'art. 20 della direttiva stabilisce – al pari di quanto previsto in moltissimi altri atti di diritto derivato – che le misure punitive applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva devono essere, oltre che “effettive e dissuasive”, anche “proporzionate”. Laddove, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, possono dirsi “proporzionate” ai sensi del suddetto articolo<sup>150</sup> – così come ai sensi dell'art. 49, paragrafo 3 CDFUE che la sentenza *NE* ricorda implicitamente richiamato anch'esso dall'art. 20 della direttiva<sup>151</sup> – solo le sanzioni non superiori allo stretto necessario<sup>152</sup>.

La Corte di giustizia motiva la sua presa di posizione affermando che “il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni (...), nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate”<sup>153</sup>. Conformemente al principio di proporzionalità UE e al suo primato sul diritto interno, la Corte chiede dunque che il giudice nazionale prescinda dai limiti minimi di pena previsti in relazione alle violazioni accertate, così da poter irrogare una sanzione inferiore a quella, sproporzionata per eccesso, applicabile in base alla legge austriaca.

Secondo la Corte di giustizia, questa riconfigurazione della sanzione da parte del giudice sarebbe consentita in considerazione del fatto che:

- il principio di proporzionalità è “un principio generale del diritto dell'Unione”, che “si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto, anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili”<sup>154</sup>;
- “Il requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto da detta disposizione [vale a dire dall'art. 20 della direttiva 2014/67] è di carattere incondizionato”<sup>155</sup>, così

---

<sup>149</sup> Per una meticolosa ricostruzione della disciplina sanzionatoria austriaca prevista in relazione alle suddette violazioni cfr. sent. *NE*, cit., punti 4-7.

<sup>150</sup> Che rinvia immediatamente al principio generale di proporzionalità UE (cfr. sent. *NE*, cit., punto 31, prima parte).

<sup>151</sup> Sent. *NE*, cit., punto 31, seconda parte.

<sup>152</sup> Merita di essere ricordato che nel diritto UE il principio di proporzionalità si articola nei tre sottoprincipi di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto (cfr., per tutti, G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo*, II, *L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2006, p. 249 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, cap. IV). Ora, è appunto al secondo di tali sottoprincipi che va ricondotto il principio di sussidiarietà/*extrema ratio* della sanzione penale: cfr., con specifico riferimento al diritto UE dopo il Trattato di Lisbona, M. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, *Garantías penales*, a cura di N. GARCIA RIVAS, M. A. RIQUERT, Buenos Aires, 2011, p. 255 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>153</sup> Sent. *NE*, cit., punto 57.

<sup>154</sup> Sent. *NE*, cit., punto 31.

<sup>155</sup> Sent. *NE*, cit., punto 22.

come “presenta carattere imperativo”<sup>156</sup> il principio di proporzionalità di cui all’art. 49, paragrafo terzo, CDFUE;

- all’opposto di quanto in precedenza affermato nella sentenza *Link Logistic*<sup>157</sup> (ma, come vedremo, in tendenziale sintonia con quanto affermato dalla risalente giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al principio *non scritto* di proporzionalità sanzionatoria) – il principio *scritto* di proporzionalità UE, anche ove contenuto in una direttiva, è dotato di effetto diretto<sup>158</sup> in quanto (non solo, come sopra ricordato, incondizionato, ma anche) preciso, consistendo “nel divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili (...) di prevedere sanzioni sproporzionate”<sup>159</sup>;
- “il principio di irretroattività della legge penale, che è inerente al principio di legalità dei reati e delle pene”, non risulta violato dall’applicazione di una pena inferiore al minimo legale, dato che tale principio “non osta (...) all’applicazione (...) di pene più lievi”<sup>160</sup>;
- “anche a voler supporre che la circostanza che un’autorità nazionale debba disapplicare una parte della medesima normativa nazionale sia tale da generare una certa ambiguità quanto alle norme giuridiche applicabili a detti illeciti, tale circostanza non lede i principi della certezza del diritto e della legalità dei reati e delle pene”<sup>161</sup>;
- per finire, “poiché il requisito di proporzionalità previsto all’articolo 20 della direttiva 2014/67 implica una limitazione delle sanzioni, che deve essere rispettata da tutte le autorità nazionali incaricate di applicare tale requisito nell’ambito delle loro competenze, consentendo nel contempo a dette autorità di irrogare sanzioni diverse in funzione della gravità dell’illecito sulla base della normativa nazionale applicabile, non può ritenersi che un siffatto requisito violi il principio della parità di trattamento”<sup>162</sup> di cui all’art. 20 CDFUE<sup>163</sup>.

È appena il caso di ricordare che la soluzione proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza *NE* (in base alla quale, come detto, occorre “disapplicare le disposizioni

---

<sup>156</sup> Sent. *NE*, cit., punto 31.

<sup>157</sup> Nella quale – come già accennato in precedenza – la Corte sosteneva contraddittoriamente “da un lato, che non si può ritenere che il requisito di proporzionalità (...) possieda effetto diretto e, dall’altro lato, che il giudice nazionale, in virtù del proprio obbligo di adottare tutte le misure appropriate, di carattere generale o particolare, per garantire il rispetto di tale disposizione, deve interpretare il diritto nazionale conformemente alla disposizione medesima, o, qualora tale interpretazione conforme non risulti possibile, disapplicare ogni disposizione nazionale laddove, nelle circostanze del caso di specie, l’applicazione di tale disposizione conduca ad un risultato contrario al diritto dell’Unione” (punto 62).

<sup>158</sup> Sent. *NE*, cit., punto 32.

<sup>159</sup> Sent. *NE*, cit., punto 27. A sua volta, tale divieto tende a configurarsi come un diritto soggettivo “a non subire sanzioni sproporzionate”. Cfr., con specifico riferimento al principio di proporzione della pena di cui all’art. 49 CDFUE, *Conclusioni dell’Avvocato generale Michal Bobek*, cit., punto 48.

<sup>160</sup> Sent. *NE*, cit., punto 48.

<sup>161</sup> Sent. *NE*, cit., punto 53.

<sup>162</sup> Sent. *NE*, cit., punto 56.

<sup>163</sup> In base al quale “Tutte le persone sono uguali davanti alla legge”.

nazionali nei soli limiti in cui esse ostano all'irrogazione di sanzioni proporzionate"<sup>164</sup>) risulta in sintonia con quanto già posto in essere da una parte dei giudici austriaci dopo la succitata ordinanza del 19 dicembre 2019 della medesima Corte. Mentre infatti alcuni giudici si erano conformati al punto di vista della Corte costituzionale austriaca (la quale ha ritenuto, *tout court*, che non poteva essere applicata la vigente disciplina sanzionatoria incompatibile col diritto UE in vigore e che dunque non poteva essere inflitta alcuna sanzione in base alle disposizioni dichiarate sproporzionate dalla Corte di giustizia)<sup>165</sup>, per adeguarsi al diritto dell'Unione la Corte suprema amministrativa austriaca aveva affermato di rinunciare a moltiplicare la pena per il numero di lavoratori coinvolti nell'illecito<sup>166</sup> e su questa scia una parte dei giudici amministrativi si era orientata ad applicare una pena inferiore al minimo legale, anche se con esiti assai variabili da un giudice all'altro<sup>167</sup>.

Nonostante dunque il fatto che, in nome del primato e dell'effetto diretto del principio di proporzione delle sanzioni previsto dal diritto UE, la sentenza *NE* imponga ai giudici austriaci forme di parziale disapplicazione della sanzione già adottate da una parte della magistratura amministrativa austriaca, il tasso di "creatività" di tale soluzione ha sollevato più di una perplessità sia in Austria (in particolare, come appena ricordato, da parte della Corte costituzionale) sia in altri Paesi UE<sup>168</sup>, inducendo taluni commentatori a contestare la lesione dei principi supremi di legalità, certezza del diritto, separazione dei poteri iscritti nelle Costituzioni nazionali.

#### 4.3.2.2. A monte della sentenza *NE*: l'evoluzione dei vincoli posti dal diritto UE alle scelte sanzionatorie nazionali attuative della normativa europea.

Ancorché indubbiamente innovativa, la sentenza *NE* della Corte di giustizia non può sorprendere più di tanto. Essa sembra infatti costituire nient'altro che una tappa del lungo percorso caratterizzato dalla crescente tendenza del diritto UE a condizionare, per via sia legislativa sia giurisprudenziale, le scelte dei Paesi membri in merito alle misure punitive adottabili in sede di attuazione sanzionatoria delle fonti di diritto derivato<sup>169</sup>.

Quanto al livello legislativo, basti qui ricordare, il succedersi di fonti UE di diritto primario (ma anche di diritto derivato) viepiù corredate di principi e diritti dotati di ricadute in materia penale, nonché il processo evolutivo delle direttive UE. Attraverso la previsione di direttive sempre più dettagliate, e successivamente attraverso

---

<sup>164</sup> Sent. *NE*, cit., punto 44.

<sup>165</sup> Cfr. Cfr., *Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek*, cit. punto 17, Per contro, ancora altri giudici "hanno continuato ad applicare sanzioni cumulative" (sent. *NE*, cit., punto 19).

<sup>166</sup> Cfr., *Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek*, cit. punto 17, nt. 13.

<sup>167</sup> Cfr., *amplius*, *Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek*, cit. punto 19.

<sup>168</sup> Primi fra tutti la Polonia e la Repubblica Ceca, i cui governi (come ricordato al punto 45 della sentenza *NE*) non hanno celato i loro dubbi in merito all'ammissibilità di forme siffatte di ortopedia commisurativa alla luce dei supremi principi costituzionali.

<sup>169</sup> Attuazione sanzionatoria concernente norme previste sia da direttive UE sia da regolamenti UE, laddove questi ultimi risultino privi di una propria disciplina punitiva.

l'attribuzione all'Unione di specifiche competenze penali atte a consentire il varo di strumenti (prima convenzioni e decisioni quadro di "terzo pilastro" e poi direttive) contenenti obblighi di incriminazione, i vincoli sanzionatori posti dall'Unione a carico degli Stati UE si sono fatti sempre più stringenti. Si è passati così da direttive che si limitavano a dettare agli Stati membri i comportamenti da vietare senza nulla dire in merito alle sanzioni da essi adottabili, a direttive corredate di indicazioni sanzionatorie oltremodo vaghe<sup>170</sup>, e quindi a direttive che circoscrivono in misura crescente la discrezionalità sanzionatoria nazionale precisando financo la natura, la tipologia ed anche, almeno in parte, i limiti edittali<sup>171</sup> delle misure punitive che i Paesi membri sono chiamati a comminare, così da giungere all'imposizione di modelli sanzionatori almeno parzialmente uniformi<sup>172</sup>.

Quanto poi al livello giurisprudenziale, è sufficiente segnalare la progressiva tendenza della Corte di giustizia sia a creare per via pretoria "principi di diritto non scritto" ricchi di ricadute sulle misure punitive nazionali adottate nei settori di competenza UE<sup>173</sup>, sia a implementare e arricchire con sempre nuovi corollari i principi/diritti UE "di diritto scritto" destinati a vincolare in vario modo le scelte sanzionatorie nazionali in sede di attuazione del diritto UE<sup>174</sup>, sia a riconoscere efficacia diretta ai suddetti principi/diritti, e dunque a generalizzare il ricorso al meccanismo disapplicativo da parte dei giudici nazionali in caso di contrasto della normativa interna con tali principi/diritti<sup>175</sup>.

In ogni caso, limitandoci qui a qualche breve osservazione circoscritta al ruolo crescente del principio UE di proporzionalità delle sanzioni in ambito nazionale, merita di essere sottolineato che la risalente affermazione fatta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Amsterdam Bulb*<sup>176</sup> – affermazione in base alla quale gli Stati sarebbero liberi di scegliere il tipo e la misura delle sanzioni atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari<sup>177</sup> – veniva già all'epoca integrata da tutta una serie di precisazioni volte a circoscriverne la portata. Sin dagli anni '70 del secolo scorso era infatti emersa la

<sup>170</sup> Cfr., ad esempio, la direttiva 68/151/CEE in materia di società, la quale all'art. 6 si limitava a imporre di sanzionare con "misure adeguate" taluni inadempimenti pubblicitari.

<sup>171</sup> In genere, attraverso la previsione della misura minima di massimo edittale.

<sup>172</sup> Cfr., per tutti, A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 76 ss.; D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 5 luglio 2016, con ulteriori riferimenti bibliografici; *amplius* e fondamentalmente *Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union – Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*, a cura di H. SATZGER, Baden Baden, 2020.

<sup>173</sup> Cfr., *supra*, sub par. 2, nt 8.

<sup>174</sup> Cfr., esemplificativamente, A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 15 ss.

<sup>175</sup> Cfr., da ultimo e per tutti, D. GALLO, *Il primato e l'effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, Roma, 2022, p. 85 ss.

<sup>176</sup> Sent. 2 febbraio 1977, Causa 50/76, *Amsterdam Bulb BV* (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *College van Beroep voor het Bedrijfsleven*).

<sup>177</sup> Addirittura, in tale sentenza la Corte di giustizia aveva affermato che l'art. 5 TCE si limitava ad attribuire agli Stati membri *la facoltà* (e non *l'obbligo*) di scegliere le sanzioni idonee a garantire l'adempimento dei doveri derivanti dagli atti delle istituzioni comunitarie.

possibilità del diritto UE di condizionare le soluzioni punitive nazionali adottate in attuazione del diritto europeo, stante che alcuni principi di diritto iscritti nei Trattati, in ragione del loro primato ed effetto diretto sul diritto nazionale, potevano indurre a ritenere comunitariamente illegittime talune scelte sanzionatorie nazionali in quanto contrastanti, appunto, coi suddetti principi.

Così, a partire da alcuni interessanti rinvii pregiudiziali, alla luce del principio di non discriminazione (art. 7 Tr. CEE) o del principio di libera circolazione (art. 48 Tr. CEE), la Corte di giustizia era arrivata in più occasioni a ritenere incongrue per eccesso (o per difetto) le opzioni sanzionatorie interne, considerato il tipo e/o l'entità delle misure punitive previste in ambito nazionale<sup>178</sup>.

Tuttavia, sebbene nelle sentenze della Corte di giustizia di quell'epoca la conformità al diritto comunitario della disciplina sanzionatoria statale venisse vagliata di volta in volta essenzialmente in rapporto a specifici principi/diritti iscritti nei Trattati – a partire da quelli relativi alle quattro libertà poste a fondamento del mercato interno –, un complessivo esame della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia rendeva evidente come i giudici di Lussemburgo utilizzassero a tal fine anche e soprattutto un generale principio di proporzionalità delle sanzioni atto a tradursi in un vero e proprio diritto fondamentale destinato a vincolare le scelte punitive tanto del legislatore quanto dei giudici dei Paesi membri<sup>179</sup>. In particolare, a partire dal secondo comma dell'art. 5 (divenuto poi art. 10) Tr. CEE<sup>180</sup>, la Corte giungeva ad affermare che in sede di attuazione del diritto comunitario gli Stati membri devono evitare qualsiasi provvedimento sanzionatorio che, per la sua sproporzione, sia tale da compromettere gli scopi del Trattato. In risposta ad alcuni rinvii pregiudiziali, la Corte precisava inoltre che la nozione di proporzionalità ricavabile da tale norma non si limitava a precludere il ricorso a misure punitive nazionali manifestamente sproporzionate, ma faceva altresì dipendere la conformità comunitaria di tali misure dalla loro necessità in relazione alla tutela degli interessi in gioco e a tutta una serie di ulteriori fattori. Ad esempio, la valutazione in merito alla stretta proporzionalità della misura veniva ricavata dalla natura dell'illecito<sup>181</sup>, dalla pericolosità dell'autore<sup>182</sup>, dalla comparazione tra le sanzioni

---

<sup>178</sup> Cfr., ad esempio, sent. 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Bonsignore*: "Dato che le deroghe alle norme relative alla libera circolazione delle persone costituiscono delle eccezioni da interpretarsi in senso restrittivo, la nozione di "comportamento personale" sta a significare che un provvedimento d'espulsione può venir adottato soltanto per minacce all'ordine pubblico ed alla pubblica sicurezza che potrebbero essere poste in atto dall'individuo nei cui confronti il procedimento stesso è stato emanato". In ogni altro caso "Le questioni sottoposte a questa Corte vanno quindi risolte nel senso che l'art. 3, nn. 1 e 2 della direttiva n. 64/221 osta all'espulsione di un cittadino di uno Stato membro".

<sup>179</sup> Cfr., per tutti, J. BIANCARELLI, D. MAIDANI, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, in *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 455 ss.; L. MARI, *Quelques réflexions sur la "mesure excessive" de la sanction pénale par rapport au droit communautaire*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano-Bruxelles, 1981, p. 159; A. BERNARDI, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, cit., p. 195-196.

<sup>180</sup> In base al quale gli Stati membri "si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattati".

<sup>181</sup> Cfr., per tutte, Corte di giustizia, sent. 8 aprile 1976, causa 48/75 *Royer*; sentenza 15 dicembre 1976, causa 41/76, *Donckerwolcke*; sent. 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo e altri*.

<sup>182</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 22 maggio 1980, causa 1331/79, *Regina*.

previste per violazioni di norme attuative del diritto europeo e le sanzioni previste per violazioni di norme puramente nazionali<sup>183</sup>.

Proseguendo nella sua politica giudiziaria di indirizzamento delle scelte punitive nazionali, la Corte di giustizia giungeva così alla fondamentale sentenza del 1989 sul *mais greco*<sup>184</sup> nella quale offriva una interpretazione particolarmente penetrante dell'art. 5 Tr. CE, espressa in un trinomio destinato, con minime varianti, a durare sino ad oggi; un trinomio riproposto in moltissime sentenze della Corte di giustizia e quindi travasato in un gran numero di direttive UE. Le sanzioni previste in attuazione della normativa europea devono, quindi, essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*”; fermo restando che i criteri dell'effettività e della dissuasività sottendono la verifica della efficacia e sufficiente severità della sanzione, mentre il criterio della proporzionalità – quello che a noi qui interessa – sottende la verifica della stretta necessità della sanzione. A sua volta, il vaglio della proporzionalità o meno della disciplina sanzionatoria nazionale adottata in settori di competenza dell'Unione viene effettuata dalla Corte di giustizia alla luce di un catalogo di principi UE continuamente ampliato<sup>185</sup>.

Il crescente indirizzamento svolto dalla Corte di giustizia in merito alle scelte sanzionatorie nazionali attuative del diritto UE trova una ulteriore espressione nel mutamento del tipo di risposta offerto da questa Corte ai numerosi rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici nazionali in merito alla portata del principio UE di proporzionalità onde valutare la conformità ad esso di talune scelte punitive del legislatore interno. Attraverso un rapido percorso che l'ha portata a travalicare la sua naturale funzione di mera interprete delle norme e dei principi previsti dalle fonti UE di diritto primario e derivato<sup>186</sup>, la Corte ha infatti abbandonato assai presto l'abitudine a fornire risposte meramente esplicative della pregnanza del principio di proporzionalità, dunque chiarificatrici della portata di tale principio sul controllo della legittimità delle risposte sanzionatorie nazionali nei settori normativi di rilievo comunitario. I giudici di Lussemburgo hanno così preso a rispondere ai quesiti dei giudici del rinvio facendo chiaramente intendere se le sanzioni utilizzate dallo Stato nel caso di specie devono ritenersi sproporzionate in quanto eccessive in rapporto ai principi UE chiamati in causa, alla natura dell'illecito, al comportamento dell'autore e ad altri eventuali indici di gravità del fatto. Al giudice nazionale è stato così sottratto tutto il (o almeno gran parte del) potere discrezionale in merito al giudizio di conformità o meno al diritto UE della disciplina sanzionatoria nazionale<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 25 febbraio 1988, causa 299/86, *Drexl*.

<sup>184</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*.

<sup>185</sup> Cfr., per esempio, Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2021, causa C 231/20, *MT*, nella quale la proporzionalità delle sanzioni è valutata con riferimento all'art. 56 TFUE concernente il divieto delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione; Id., sent. 5 maggio 2022, causa C-570/20, *BV*, nella quale la proporzionalità delle sanzioni è valutata con riferimento al diritto fondamentale garantito all'articolo 50 CDFUE relativo al *diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato*, in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 1 CDFUE.

<sup>186</sup> Al riguardo cfr. *supra*, sub par. 4.1, nt. 26 e 27.

<sup>187</sup> Cfr., ad esempio la sent. 7 luglio 1976, causa 118/75, *Watson e Belmann*, nella quale la Corte di giustizia non si è limitata a dichiarare incompatibili con il principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 48 Tr.

4.3.2.3. Sempre a monte della sentenza *NE*: i persistenti dubbi in merito alle soluzioni per porre rimedio alle scelte sanzionatorie nazionali contrarie al principio di proporzionalità.

Se dunque, come sin qui visto, i vincoli proporzionalistici alla discrezionalità nazionale in merito alle scelte sanzionatorie attuative del diritto UE hanno subito un vistoso processo evolutivo, non altrettanto è avvenuto in relazione alle modalità attraverso le quali gli Stati membri devono porre rimedio alle carenze di proporzionalità della sanzione ricavabili dalle sentenze della Corte di giustizia.

In linea generale, infatti, la Corte si limita da sempre ad affermare che spetta essenzialmente al legislatore e al giudice dei Paesi membri porre rimedio a una normativa nazionale in tensione col diritto UE, aggiungendo al riguardo poche altre precisazioni. Per la Corte, cioè, laddove questa tensione non possa essere risolta in via interpretativa, il legislatore nazionale è tenuto ad abrogare, modificare o sostituire la norma interna in insanabile contrasto col diritto UE<sup>188</sup>; mentre il giudice è tenuto a disapplicare tale norma<sup>189</sup>, *in toto* o limitatamente alla sola parte di questa confliggente col diritto UE.

Ora, in caso di contrasto tra la norma sanzionatoria nazionale e il principio UE di proporzionalità<sup>190</sup>, queste scarse precisazioni lasciano aperto il campo a tutta una serie di interrogativi qui impossibili da passare compiutamente in rassegna. Basti dire che, anche solo limitatamente all'obbligo di disapplicazione posto a carico del giudice, le scarse indicazioni fornite nel corso dei decenni dalla Corte di giustizia sono ben lungi da offrire una soluzione ai problemi che si pongono<sup>191</sup>.

---

CEE) le sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità delle infrazioni relative alle formalità d'ingresso, in un Paese membro, di stranieri CEE. Essa ha infatti puntualizzato che "tra le sanzioni comminate per l'inosservanza delle formalità prescritte per la notifica e per la registrazione [dell'ingresso], è indubbiamente in contrasto con la disciplina comunitaria l'espulsione di soggetti tutelati dal diritto comunitario, in quanto tale provvedimento costituisce la negazione del diritto stesso conferito e garantito dal Trattato, come la Corte stessa ha già affermato in altre occasioni".

<sup>188</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 15 ottobre 1986, causa 168/85, *Commissione c. Repubblica italiana*.

<sup>189</sup> Va comunque precisato che il dovere di disapplicazione non risulta a carico solo del giudice ordinario, ma anche del giudice amministrativo e in generale delle autorità amministrative: cfr., ad esempio, Corte di giustizia, sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Costanzo*; sent. 18 giugno 1991, causa 295/89, *Donà*.

<sup>190</sup> Così come in caso di contrasto tra la norma sanzionatoria nazionale e le specifiche disposizioni in tema di sanzioni contenute nella direttiva di riferimento. In tal caso, quindi, la illegittimità della norma sanzionatoria nazionale discende dal suo contrasto non con un principio UE, ma con le suddette disposizioni.

<sup>191</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza 22 marzo 2017, cause riunite C 497/15 e C 497/15, *Euro-Team Kft. e Spirál-Gép Kft.*, nella quale la Corte di giustizia si limita ad affermare che la pena prevista nella normativa nazionale di attuazione di una direttiva, anche se efficace e dissuasiva, può essere sproporzionata: "l'applicazione di una sanzione di importo forfettario per qualsivoglia violazione di taluni obblighi previsti dalla legge, senza graduazione dell'importo di detta sanzione in funzione della gravità dell'infrazione, risulta sproporzionata rispetto agli obiettivi contemplati dalla normativa dell'Unione".

Prendiamo l'ipotesi della disapplicazione parziale, solo in apparenza facilmente risolvibile disapplicando appunto una parte del compasso edittale ovvero una delle sanzioni alternativamente o cumulativamente previste dal legislatore in relazione a una data fattispecie<sup>192</sup>. In effetti, come risolvere il problema (che tocca tanto la proporzionalità quanto il principio di uguaglianza) derivante dal dover ricondurre casi concreti di differente disvalore (ancorché tutti rientranti nella medesima fattispecie astratta) all'interno di un compasso edittale la cui ampiezza è stata ridotta anche fortemente dall'opera di disapplicazione parziale del giudice?<sup>193</sup> E come stabilire il punto del compasso edittale a partire dal quale la disapplicazione deve iniziare a operare? Un esame della giurisprudenza della Corte di giustizia evidenzia come, in risposta al rinvio pregiudiziale che chiede lumi in merito alla congruenza della sanzione nazionale, essa si limiti a far capire al giudice del rinvio che la pena edittale – una parte della pena edittale – risulta sproporzionata, ma non fornisce indicazioni in merito a quale sia l'entità della sanzione da ritenersi adeguata al fatto. Al riguardo, nemmeno un complessivo esame dell'ordinamento giuridico dell'Unione risulta di significativo aiuto. Infatti “il diritto dell'UE non contiene disposizioni che definiscano un catalogo di pene per i reati di un particolare tipo, applicabili uniformemente in tutti gli Stati membri e che potrebbero servire da punto di riferimento per l'esame del rispetto”<sup>194</sup> del principio di proporzionalità. La considerazione che il principio di proporzionalità della sanzione “in materia penale” di cui al comma terzo dell'art. 49 CDFUE risulta espressivo, come in genere si ritiene, di una proporzionalità (non “ordinale”<sup>195</sup>, ma) “cardinale”<sup>196</sup> (o, se si

---

<sup>192</sup> Emblematico, al riguardo, quanto affermato in relazione a un caso siffatto dalla Corte di giustizia nella sentenza 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo e altri*: “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”.

<sup>193</sup> A suo tempo, mi ponevo appunto questo problema allorché osservavo: “Resta il fatto che, nel caso di specie, risulteranno comunque compromessi i consueti meccanismi di individualizzazione. Infatti la necessità di quantificare inderogabilmente la pena nei pressi del suo minimo edittale comporta, all'evidenza, l'impossibilità di far emergere sul piano sanzionatorio il diverso disvalore dei casi concreti riconducibili alla stessa fattispecie astratta”: A. BERNARDI, *“Principi di diritto” e diritto penale europeo*, cit., p. 202.

<sup>194</sup> J. DLUGOSZ, *The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalisation*, cit., p. 293.

<sup>195</sup> In base alla quale la proporzionalità della prevista per un dato reato va valutata non “in se stessa”, ma attraverso un raffronto con le pene previste in relazione agli altri reati afferenti al medesimo ordinamento (sulle nozioni di proporzionalità “ordinale” e “cardinale” della pena cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 162 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici). A livello europeo, tuttavia, questo concetto di proporzionalità “per relazione” appare difficilmente utilizzabile, a causa delle diverse valutazioni date dai Paesi membri in merito sia alla gravità del medesimo illecito “in materia penale” sia alla determinazione della sanzione “non sproporzionata”.

<sup>196</sup> In base al principio di proporzionalità “cardinale” la “non eccessività” della sanzione viene ricavata (in termini assoluti) in base alla valutazione di gravità del relativo illecito effettuata dal singolo testo di diritto derivato UE. In argomento cfr. O. TSOLKA, *Direct Effect of the “Proportionality Requirement of [Criminal] Sanctions”*: *Considerations on the European Court of Justice Overruling in the Case “NE II” (C-205/20)*, cit., p. 149. Cfr. altresì P. ASP, *Two notions of Proportionality*, in *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, a cura di K. NUOTIO, Helsinki 2007 p. 207; J. DLUGOSZ, *The Principle of Proportionality in European Union Law as a Prerequisite for Penalisation*, in <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/ppuam/article/view/12275/12109>, 17 luglio 2017, p. 293 ss.

preferisce, non “relativa” ma “assoluta”)<sup>197</sup> non sembra risolutiva per superare tale carenza di indicazioni.

Gli interrogativi aumentano nei casi in cui dalle sentenze della Corte di giustizia emerge la radicale sproporzione della sanzione prevista dal legislatore nazionale. Sproporzione rinvenibile nei casi in cui la sanzione risulti esorbitante già nel suo minimo edittale, ovvero quando, per le più diverse ragioni oggettive o soggettive, risulti tipologicamente eccessiva rispetto alla relativa violazione interferente col diritto UE, come nei casi in cui sia prevista una pena detentiva<sup>198</sup>, o una sanzione proporzionale e/o la confisca dell’oggetto dell’illecito<sup>199</sup>, o l’espulsione dell’autore dallo Stato<sup>200</sup>, o ancora una sanzione pecuniaria che incide pesantemente sul reddito del condannato<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> Per il ricorso a questo binomio cfr., in particolare, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, p. 27.

<sup>198</sup> Emblematico, al riguardo, il caso relativo alla normativa italiana prevista rispetto ai “cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare” portato all’attenzione della Corte di giustizia e sfociato nella sent. 28 aprile 2011, causa C 61/11 PPU, *El Dridi*: “La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l’irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo”.

<sup>199</sup> Corte di giustizia, sent. 15 dicembre 1976, causa 41/76. *Donckenvolcke*: “l’eventuale inosservanza da parte dell’importatore dell’obbligo di denuncia della provenienza originaria della merce non può comportare l’applicazione di sanzioni eccessive, tenuto conto dell’indole puramente amministrativa della sanzione. Sotto questo aspetto è indubbiamente incompatibile con le disposizioni del Trattato, in quanto equivale ad un ostacolo alla libera circolazione delle merci, la confisca della merce od ogni altra sanzione pecuniaria stabilita in funzione del valore della merce stessa”.

<sup>200</sup> Cfr., ancora, la sent. 7 luglio 1976, causa 118/75, *Watson e Belmann*, cit. Particolarmente interessante, da ultimo, Grande Sezione, sent. 22 novembre 2022, causa C-69/21, X: “L’articolo 5 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in combinato disposto con gli articoli 1 e 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nonché con l’articolo 19, paragrafo 2, di quest’ultima, deve essere interpretato nel senso che esso osta all’adozione di una decisione di rimpatrio o di un provvedimento di allontanamento nei confronti di un cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare e che è affetto da una grave malattia, allorché sussistono gravi e comprovati motivi per ritenere che, in caso di rimpatrio, l’interessato possa essere esposto, nel paese terzo verso il quale verrebbe allontanato, al rischio reale di un aumento significativo, irrimediabile e rapido del suo dolore, a causa del divieto, in tale paese, della sola terapia analgesica efficace. Uno Stato membro non può stabilire un termine fisso entro il quale siffatto aumento debba concretizzarsi affinché esso possa essere d’ostacolo a tale decisione di rimpatrio o tale misura di allontanamento”.

<sup>201</sup> Cfr. sent. 6 ottobre 2021, causa C-35/20, A: “L’articolo 21, paragrafo 1, TFUE e gli articoli 4 e 36 della direttiva 2004/38, letti alla luce dell’articolo 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, devono essere interpretati nel senso che ostano a un regime di sanzioni penali in base al quale uno Stato membro sanziona l’attraversamento della sua frontiera nazionale, senza essere muniti di carta d’identità o di passaporto in corso di validità, con un’ammenda che può ammontare, a titolo indicativo, al 20% del reddito mensile netto dell’autore del reato, allorché una tale ammenda non è proporzionata alla gravità di tale reato, che è considerato di lieve entità”. E ciò in quanto “il rispetto da parte dei cittadini dell’Unione delle formalità connesse all’esercizio del diritto alla libera circolazione può essere garantito, in modo sufficientemente dissuasivo, mediante misure meno restrittive di quelle previste da una normativa

Due, essenzialmente, le questioni da sempre – e volutamente – lasciate senza risposta dalla Corte di giustizia: quali possano essere le sanzioni congrue da prevedere e applicare in luogo di quelle considerate sproporzionale in base al diritto UE<sup>202</sup>; entro quali limiti possa operare l'intervento ortopedico del giudice nazionale per porre rimedio alla originaria, radicale carenza di proporzionalità della sanzione prevista dal legislatore dei Paesi membri per un illecito che interferisce col diritto UE.

Ma ecco che in relazione a quest'ultimo quesito la Corte di giustizia, nella sentenza *NE*, ha infine rotto il suo silenzio affermando che, come già in precedenza ricordato<sup>203</sup>, "Il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate"<sup>204</sup>. Si tratta di un'affermazione che – giova ripeterlo – propone una soluzione ortopedica già accolta dalla Corte suprema amministrativa austriaca e da una parte dei giudici amministrativi austriaci, i quali sono intervenuti sulla sanzione prevista dal legislatore, mantenendone inalterato il tipo epperò ritoccando in vario modo il suo limite minimo così da renderla più mite; e tuttavia resta un'affermazione coraggiosa, che è sin troppo facile prevedere esposta al fuoco di sbarramento di quei Paesi che, al pari della Polonia e della Repubblica Ceca, riterranno questo potere-dovere di disapplicazione contrario ai principi di certezza del diritto, di legalità penale e di parità di trattamento<sup>205</sup>.

Ora, è verosimile credere che anche in Italia questa soluzione potrebbe essere osteggiata alla luce non solo del principio di legalità<sup>206</sup>, ma anche del principio di

come quella controversa nel procedimento principale, quali, in particolare, la fissazione di ammende di importo corrispondente a una percentuale meno elevata del reddito mensile e l'introduzione di un massimale per l'importo delle ammende" (punto 91).

<sup>202</sup> Così, ad esempio, nella sentenza menzionata alla nt. precedente la Corte di giustizia afferma la sproporzione rispetto all'illecito considerato di un'ammenda che ammonta grossomodo al 20% del reddito mensile netto dell'autore del reato, suggerendo la previsione e applicazione di una ammenda "corrispondente a una percentuale meno elevata del reddito mensile", senza peraltro specificare quale percentuale del reddito debba considerarsi proporzionata.

<sup>203</sup> Cfr., *supra*, sub par. 4.3.2.1, nt. 153.

<sup>204</sup> Sent. *NE*, cit., punto 57, corsivo non testuale.

<sup>205</sup> Cfr., ancora, sent. *NE*, punto 45.

<sup>206</sup> A questo proposito nel lontano 1988 ebbi modo di sostenere – pur sofferatamente, nella consapevolezza del vuoto di tutela causato dalla disapplicazione totale della norma attuativa del diritto UE corredata di sanzioni radicalmente sproporzionale – che alla luce del principio di legalità penale non fosse praticabile la soluzione attualmente stabilita dalla Corte di giustizia nella sentenza *NE*. Scrivevo infatti: "Restano tuttavia taluni delicati problemi circa i modi di adeguamento del diritto interno alle esigenze di 'proporzione comunitaria'. *Nulla quaestio*, ovviamente, nel caso in cui le sanzioni previste dalla legislazione nazionale risultino irrimediabilmente sproporzionate, sia a causa della loro entità (quando cioè già il minimo edittale si riveli eccessivo in prospettiva comunitaria) sia a causa della loro stessa natura (quando cioè in relazione al comportamento vietato siano previste dalla legge dello Stato pene qualitativamente inadeguate). In tali ipotesi, in linea di principio, la norma interna andrebbe dal giudice nazionale disapplicata tout-court, *non potendo egli certamente irrogare una pena diversa e/o più lieve di quella prevista dalla legge*": A. Bernardi, "Principi di diritto" e diritto penale europeo, p. 201-202, corsivo non testuale.

uguaglianza. Vero è infatti che la nostra Corte costituzionale è ormai adusa a rimaneggiare le sanzioni viziate di sproporzione<sup>207</sup>, il più delle volte sostituendone i compassi edittali<sup>208</sup>, ovvero cancellandone i limiti minimi<sup>209</sup>, ovvero ancora comprimendo l'ambito applicativo di talune misure fortemente afflittive<sup>210</sup>. Ma è altresì vero che – in base allo stato attuale della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di doppia pregiudizialità – i giudici comuni sono liberi di optare per la soluzione che privilegia il ricorso in prima battuta alla Corte di giustizia<sup>211</sup> anziché alla Corte costituzionale<sup>212</sup>. Senza contare il fatto che gli stessi giudici, ove certi della sproporzione in prospettiva UE del limite minimo della sanzione prevista per un dato illecito dal legislatore nazionale, potrebbero (anzi, sarebbero tenuti a) evitare di adire i giudici di Lussemburgo e – forti della sentenza *NE* – dovrebbero disapplicare direttamente il minimo edittale fissato dal legislatore, per poi irrogare una sanzione a loro giudizio congrua all'illecito in esame e al tipo di autore. In entrambe le ipotesi – rinvio

---

<sup>207</sup> Con specifico riferimento alla sentenza *NE* lo ricorda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit., p. 18.

<sup>208</sup> Cfr., ad esempio, sent. n. 40 del 2019, la quale “dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni”.

<sup>209</sup> Cfr. ad esempio, con riferimento alle sanzioni accessorie, cfr. sent. n. 222 del 2018, la quale al punto 2 del dispositivo: “dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), nella parte in cui dispone: ‘la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa’, anziché: ‘la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni’” (corsivo non testuale).

<sup>210</sup> Il riferimento è alla sent. 112 del 2019, nella quale viene dichiarata “l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto” (corsivo non testuale).

<sup>211</sup> “Ormai – dice la Corte – va tutto bene ciò che decide il giudice, libero d'intraprendere la via che porta dapprima alla Consulta e poi a Lussemburgo, o viceversa”: così, icasticamente, A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in *La Rivista Gruppo di Pisa*, fasc.1/2023, p. 137. L'a. prosegue ricordando che “In tal modo, come si vede, due questioni in tutto identiche tra di loro potrebbero risultare definite, l'una, con la tecnica della ‘non applicazione’ della norma interna incompatibile con la norma sovranazionale e l'altra, di contro, con quella dell'annullamento, salva in ogni caso la sempre possibile esposizione dei ‘controlimiti’”.

<sup>212</sup> Come invece, non senza buoni motivi, suggerisce F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit. L'a. infatti auspica “la stabilizzazione nell'ordinamento di un'unica soluzione, grazie a una pronuncia con effetto *erga omnes*, che evita in partenza quella situazione di incertezza e di (inevitabile) disparità di trattamento che consegue alla individuazione, da parte di ciascun singolo giudice penale, di soluzioni per risolvere l'antinomia tra diritto nazionale e diritto UE” (p. 18).

pregiudiziale alla Corte di giustizia, disapplicazione diretta – sarebbero evidenti i rischi di quei trattamenti diseguali già riscontrati nell’esperienza austriaca successiva alla ordinanza 19 dicembre 2019, *NE* della Corte di giustizia<sup>213</sup>.

Per altro verso, se indubbiamente la sentenza *NE* evidenzia il desiderio della Corte di giustizia di vedere ampliati i poteri dei giudici nazionali in sede di commisurazione della sanzione (così da evitare provvedimenti di pura e semplice disapplicazione incapaci di salvaguardare la necessaria effettività e dissuasività della sanzione “pretoriamente ridisegnata”), essa lascia aperta la questione relativa ai limiti incontrati dai suddetti giudici in questa loro attività pretoria. Potrebbe la Corte di giustizia, in un prossimo futuro, imporre la disapplicazione di una sanzione “tipologicamente sproporzionata” e contestualmente – in nome della lotta all’impunità – investire il giudice nazionale del potere-dovere di applicare una sanzione di tipo diverso, più mite ma pur sempre corredata dal necessario coefficiente di efficacia e dissuasività? Per quanto questo possa sembrare oltremodo difficile, non è possibile escluderlo in radice<sup>214</sup>. Anzi, proprio la succitata sentenza M.A.S. della Corte di giustizia<sup>215</sup> – pur così pronta a ritrattare le pretese dei giudici di Lussemburgo a sacrificare il principio di legalità penale in nome delle esigenze di effettività delle norme penali attuative del diritto UE – potrebbe paradossalmente favorire ulteriori sentenze europee ancor più generose della sentenza *NE* nei confronti del ruolo “creativo” dei giudici nazionali. Infatti, a ben vedere, la sentenza M.A.S. ha aperto una strada che si presta a calmierare *ex post* – e dunque a rendere meno temibile – il confronto tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali in relazione a prese di posizione della prima analoghe a quelle assunte dalla sentenza *NE* o assumibili dai suoi eventuali, futuri e ancor più spregiudicati, epigoni. La sentenza M.A.S. ha infatti evidenziato che, nei settori normativi non oggetto di un’armonizzazione completa da parte del diritto dell’Unione, resta sempre possibile per i giudici delle leggi dei Paesi membri far prevalere le esigenze di salvaguardia dell’identità costituzionale sulle pretese della Corte di giustizia, così da indurre i giudici comuni a disattendere l’obbligo di disapplicazione da essa sancito. In questa prospettiva, nel caso *NE* proprio l’Avvocato

---

<sup>213</sup> Cfr., ancora, *Conclusioni dell’Avvocato generale Michal Bobek*, cit. punto 19.

<sup>214</sup> In fondo, l’art. 49 CDFUE tiene strettamente legati tra loro i principi di legalità penale e di proporzionalità dei reati e delle pene. Posto quindi che in tale articolo il cuore della legalità delle pene si esprime nel divieto di irrogare “una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso” (comma 1) e che il principio di proporzione si preoccupa di evitare il ricorso a sanzioni eccessive (comma 3), non sembrano da escludersi in radice prese di posizione “disinvolute” della Corte di giustizia. Prese di posizione, cioè, destinate a sacrificare, in nome del combinato disposto “proporzionalità-dissuasività”, le scelte sanzionatorie effettuate dal legislatore, consentendo (*rectius*, dettando) al giudice di applicare una misura punitiva tipologicamente più mite di quella prevista dalla legge. Anche se è più agevole ritenere che il “senso della legalità” che in qualche modo accomuna i giudici di Lussemburgo, unitamente all’eventuale timore per essi di vedersi opporre i controlimiti, possa indurli a circoscrivere anche nel futuro i poteri “pretori” dei giudici nazionali, e dunque a non azzardare di imporre forme di disapplicazione traduentisi addirittura nella trasformazione per via giurisprudenziale delle tipologie sanzionatorie originariamente previste dal legislatore. Cfr. tuttavia, in una diversa prospettiva, quanto osservato nel prosieguo del testo con riferimento alla sentenza M.A.S.

<sup>215</sup> Cfr., *supra*, sub par. 4.3.1.2.

Generale ha ricordato che in relazione alle sanzioni applicabili nei settori sottratti a un'armonizzazione completa "le autorità e i giudici nazionali dovrebbero essere liberi di applicare standard diversi (superiori) per la tutela dei diritti fondamentali. Ciò potrebbe potenzialmente includere approcci più rigorosi nei confronti del principio di legalità delle sanzioni, laddove tale requisito esista effettivamente nel diritto nazionale"<sup>216</sup>. Insomma, anziché vedere i possibili avanzamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia paralizzati in partenza dal timore dei controlimiti, non sembra del tutto incongruo immaginare questi avanzamenti favoriti (almeno sul nascere) da un franco dibattito tra giudici del Kirchberg e giudici della Consulta; una "collaborazione dialettica" che secondo taluni potrebbe "ridimensionare il ricorso alla logica dei controlimiti"<sup>217</sup>, o che quantomeno potrebbe far sì che i controlimiti eventualmente lumeggiati in sede di rinvio pregiudiziale non costituiscano più un "rigido muro di confine fra ordinamenti", ma diventino un effettivo "punto di snodo e cerniera tra UE e Stati membri"<sup>218</sup>. Fermo restando che i controlimiti restano saldamente nelle mani delle Corti costituzionali, le quali mantengono l'ultima parola su di essi, essendo superata o comunque minoritaria la tesi secondo cui a seguito del trattato di Lisbona sarebbe ormai la Corte di giustizia a tenere le redini dell'implementazione e del bilanciamento dei principi e diritti fondamentali espressivi dell'identità costituzionale nazionale<sup>219</sup>. Cioché, in definitiva, se da un lato il concetto dell'identità nazionale (comprensivo dell'identità costituzionale) previsto all'art. 4.2 TUE sembra prestarsi a favorire, specie sul versante dei supremi principi costituzionali, la logica di un'Europa a geometria variabile atta a favorire gli avanzamenti degli approcci pragmatici e funzionalistici propri della giurisprudenza UE, dall'altro lato l'approdo raggiunto dalla sentenza *NE* appare già alquanto ardito per quei (non pochi) Paesi membri fedeli al principio di stretta legalità in materia penale<sup>220</sup>; tanto ardito da far ritenere non probabile che la Corte

---

<sup>216</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek, cit. punto 111.

<sup>217</sup> Così G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. VIII.

<sup>218</sup> Queste formule antinomiche sono ormai ricorrenti. Cfr., ad esempio, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, a cura di P. PASSAGLIA, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 27. Sul ruolo dinamico e dialettico dei controlimiti cfr., altresì, per tutti, F. PALAZZO, *Armonizzazione europea e costituzionalismo penale tra diritto e politica*, cit., p. 287.

<sup>219</sup> Sul tema della "europeizzazione dei controlimiti", riconducibile in particolare agli artt. 4.2 e 6.3 TUE, 67 TFUE, e 53 CDFUE cfr., per tutti, R. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, in *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. DI BLASE, Roma, 2014, 149 e ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. STAIANO, Torino, 2006, p. 836 ss. Volendo cfr. altresì, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. BERNARDI, *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, cit., p. XXV.

<sup>220</sup> Tant'è che dall'esame della recente giurisprudenza della Corte di giustizia una attenta dottrina è giunta alla conclusione che tale organo si sia fatto "pochi scrupoli nel picconare alle fondamenta la stessa costruzione della commisurazione edittale su un sistema di minimi e massimi sanzionatori all'interno dei quali si trovi a operare la discrezionalità del giudice": N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quaderni cost*, fasc. 4/2022, p. 892.

di giustizia possa in un prossimo futuro premere per un ulteriore avanzamento delle prerogative pretorie dei giudici nazionali in sede di commisurazione della pena.

## 5. Considerazioni conclusive.

Il processo di costruzione europea attuato da una organizzazione regionale evolutasi col tempo sino a trapassare da Comunità economica a Unione dotata di competenze nelle più diverse materie, ivi compresa quella penale, ha comportato il varo ininterrotto di norme sovranazionali (penali e non penali) destinate a incidere sugli ordinamenti giuridici dei Paesi membri. Al tradizionale problema di una attuazione sanzionatoria sufficientemente omogenea delle norme extrapenali UE da parte di Stati caratterizzati da sistemi punitivi (penali e amministrativi) ancora alquanto diversi tra loro si è così aggiunto il problema della esatta trasposizione nei sistemi interni delle norme penali UE. Entrambi questi problemi sono poi acuiti dall'esigenza che le norme sanzionatorie nazionali varate su impulso europeo si conformino ai principi/diritti sanciti sia dalla Costituzione nazionale sia dal diritto dell'Unione; si conformino, dunque, a due categorie di principi/diritti oggetto di continue rielaborazioni giurisprudenziali espressive delle esigenze, a volte non convergenti, proprie dei rispettivi sistemi di appartenenza.

Nell'attuale fase storica la soluzione dei suddetti problemi potrebbe risultare facilitata sia dal progressivo perfezionamento dei meccanismi di collaborazione tra legislatori nazionali e legislatore europeo, sia dall'evoluzione delle forme di dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia<sup>221</sup>. Eppure, le interazioni tra norme UE e norme nazionali rivelano difficoltà sempre maggiori a causa della loro moltiplicazione e crescente complessità; anche perché la vieppiù evidente incidenza delle fonti UE sulle norme interne – specie su quelle in “materia penale” – ha favorito, per reazione, una acuita attenzione da parte degli Stati alla salvaguardia della sovranità nazionale in tale materia così come nella materia – ad essa strettamente connessa – dei principi supremi e dei diritti fondamentali.

L'esame dei problemi posti in ambito penale (e più in generale in ambito sanzionatorio) dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia appare prezioso per capire quanto la cosiddetta europeizzazione del diritto penale sia irta di ostacoli e per riflettere su questi ultimi in vista, perlomeno, di una loro attenuazione.

In effetti, questi ostacoli emergono con grande evidenza già in sede di interpretazione conforme delle norme interne “in materia penale” al diritto UE. Provocatoriamente, si potrebbe affermare che questo canone ermeneutico chiede davvero troppo al giudice nazionale: gli chiede, nientemeno, di verificare se la norma interna afferente alla suddetta materia possa essere interpretata in modo tale da non entrare in conflitto insanabile con una qualsivoglia delle innumerevoli e tipologicamente

---

<sup>221</sup> Appare infatti indiscutibile che il dialogo tra la Corte di giustizia ed i giudici nazionali abbia favorito il processo d'integrazione europea.

variegate norme UE<sup>222</sup>, il cui contenuto e il cui ambito di applicazione (non di rado controversi) sono a loro volta oggetto di precisazioni da parte di un numero sterminato di sentenze della Corte di giustizia spesso caratterizzate da un significativo tasso di creatività. Ben può comprendersi, quindi, quanto preziosa possa essere la procedura di rinvio pregiudiziale, imprescindibile momento di apertura di un “dialogo” tra giudici nazionali e giudici europei da questi ultimi caldamente sollecitato<sup>223</sup>; dialogo all’esito del quale la Corte di giustizia fornisce risposte in cui la conformità o meno della norma nazionale al diritto UE viene se del caso adombrata, come già ricordato, anche sulla base di norme europee diverse da quelle inizialmente prese in considerazione del giudice del rinvio<sup>224</sup>.

Al contempo, però, la procedura in questione pretende davvero molto dalla Corte di giustizia. Quest’ultima infatti – già lo si è accennato<sup>225</sup> – su questioni delicatissime sollevate dal giudice del rinvio è chiamata a fornire risposte redatte di volta in volta nelle più varie lingue dell’Unione<sup>226</sup>, persuasivamente motivate e formulate in modo tale da poter essere apprezzate da giudici appartenenti a Paesi con culture giuridiche diverse<sup>227</sup>, dunque abituati a “stili giudiziari” altrettanto diversi<sup>228</sup>. Consapevole di doversi calare in un contesto di pluralismo giuridico<sup>229</sup>, nei suoi arresti la Corte di giustizia prova a fare del suo meglio, attingendo dalle differenti tradizioni nazionali e al contempo tentando di “trascenderle con qualcosa di comune o immaginato

<sup>222</sup> Basti pensare al fatto che a più riprese la Corte di giustizia ha sancito l’obbligo di interpretazione conforme persino in relazione alle norme UE di *soft law* (cfr. sent. 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*; sent. 11 settembre 2003, causa C-207/01, *Altair Chimica*, 2003), ancorché in genere queste norme siano ritenute a carattere meramente “persuasivo”. In merito al problema della vincolatività di tali norme cfr., diffusamente, A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, reperibile in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it).

<sup>223</sup> Al riguardo cfr., fondamentalmente, Corte di giustizia, sent. 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*, ove si sottolineano le “particolari difficoltà” che presenta l’interpretazione del diritto comunitario (punto 17 e 21) nonché il “rischio di divergenze di giurisprudenza all’interno della comunità” (punto 21) e si rammenta che prima di “astenersi dal sottoporre la questione [interpretativa] alla Corte risolvendola sotto la propria responsabilità” (punto 16) in ragione del fatto che “la corretta applicazione del diritto comunitario si <sup>223</sup> impon[er]e con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (...) il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imponga anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia” (punto 16).

<sup>224</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 2, nt. 13.

<sup>225</sup> Cfr. *supra*, *sub* par. 4.1.

<sup>226</sup> In effetti, il regime linguistico della Corte di giustizia costituisce un *unicum* che richiede ai traduttori sforzi enormi (eppure non sempre sufficienti) per dialogare al meglio con le parti processuali, oltreché per assicurare la diffusione della giurisprudenza di tale organo in tutti i Paesi membri.

<sup>227</sup> Cfr., in particolare, S.A. ROMANO, *Tecniche argomentative e diritti fondamentali; La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali; Diritti e rapporti tra le corti*, in *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee: il dibattito nelle riunioni dell’Osservatorio costituzionale presso la Luiss Guido Carli dal 2003 al 2005*, a cura di S. PANUNZIO, Padova, 2007, p. 666 ss.

<sup>228</sup> Cfr., per tutti, *La sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile*, Padova, 1988; F. RANIERI, *Styles judiciaires dans l’histoire européenne: modèles divergents ou traditions communes?*, in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, a cura di R. Jacob, Paris, 1996, p. 181 ss.

<sup>229</sup> È la stessa Corte di giustizia a considerarsi un “luogo in cui le culture giuridiche dialogano quotidianamente”: cfr. [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_3831939/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_3831939/it/).

come tale<sup>230</sup>; ma, per quanti sforzi faccia, accontentare tutti risulta quasi impossibile, cosicché i malintesi sono nient' affatto infrequenti.

I problemi, comunque, non discendono certo solo dalla difficoltà di adottare una tecnica argomentativa consona a giudici della più diversa estrazione: in realtà le differenti culture dei Paesi membri non possono non influenzare financo il contenuto delle sue sentenze interpretative<sup>231</sup>. Queste ultime, infatti, devono fare i conti con le singole identità nazionali e le possibili obiezioni che alla luce di queste identità possono essere mosse a quanto queste sentenze più o meno implicitamente richiedono in vista del rispetto delle istanze integratrici insite nel diritto UE.

Alla luce anche solo di queste poche osservazioni, ben si comprende, quindi, la estrema complessità del dialogo tra giudici nazionali ed europei; un dialogo fatalmente condizionato da fattori emotivi di matrice politica e ideologica forieri di prese di posizione avventate, se non di veri e propri passi falsi, da parte degli uni e degli altri.

Tale complessità emerge con chiarezza già dall'esame delle sentenze della Corte di giustizia sibilline, vaghe, contraddittorie. Come si è visto, la necessità di fornire risposte ritagliate sulle esigenze del caso concreto ha a volte indotto i giudici europei a far dipendere la legittimità UE delle fonti interne in materia penale da elementi fattuali alla valutazione dei quali il giudice del rinvio può rivelarsi scarsamente attrezzato; con il risultato di vanificare l'apporto di tali sentenze interpretative in merito alla valutazione delle conformità della normativa nazionale al diritto UE<sup>232</sup>. Altre volte le sentenze dei giudici di Lussemburgo si sono rivelate incapaci di precisare il contenuto delle norme UE, e dunque di far emergere le loro ricadute sul diritto sanzionatorio dei Paesi membri<sup>233</sup>. Altre volte ancora le affermazioni della Corte di giustizia sono risultate così carenti di valide argomentazioni da indurre il sospetto che la pretesa vincolatività dei suoi enunciati risiedesse solo nell'autorità di questa istituzione<sup>234</sup> anziché nella sua autorevolezza<sup>235</sup>, nella persuasività delle motivazioni addotte a sostegno delle proprie tesi<sup>236</sup>.

Le difficoltà di dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia sono comunque accresciute dalla persistente e spesso inconscia diffidenza dei primi verso fonti e giurisdizioni "esterne" atte a condizionare il diritto penale interno, e dunque a

<sup>230</sup> C. SCHÖNBERGER, "Mi attendu, mi dissertation". *Le style des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, cit., p. 510.

<sup>231</sup> Su tali questioni cfr. già J. RIVERO, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la CECA*, in *Annuaire français de droit international*, 4, 1958, p. 295 ss.

<sup>232</sup> È questo, appunto, quanto accaduto nella sentenza *Smanor*, in merito alla quale cfr. *supra*, sub par. 4.1, lett. a), nt. 32.

<sup>233</sup> Una eventualità siffatta si è verificata nella sentenza *H.K.*, ricordata *supra*, sub par. 4.1, lett. b).

<sup>234</sup> E, corrispettivamente, nell'accettazione del comando, a prescindere dal contenuto dello stesso e dalle argomentazioni che lo supportano. Cfr., per talune interessanti considerazioni sulla legittimazione del potere, G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Monza, 2007; Id. *Il potere e la nascita dei concetti politici moderni*, in *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, a cura di S. CHIGNOLA, G. DUSO, Milano, 2005, p. 176 ss.

<sup>235</sup> In argomento cfr., per tutti, G. M. BERRUTI, C. M. BARONE, R. PARDOLESI, M. GRANIERI, E. SCODITTI, *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, in *Foro it.*, 2013, c. 181 ss.

<sup>236</sup> Emblematico, al riguardo, la sentenza *Link Logistic*, di cui *supra*, sub par. 4.1, lett. c).

incrinare il potere sovrano dello Stato in questo settore normativo tradizionalmente espressivo dell'autarchia nazionalista in ambito valoriale. Non si spiega diversamente la ritrosia ad accettare che, attraverso l'esame delle fonti europee così come implementate dai giudici di Lussemburgo, l'interpretazione conforme di una norma penale nazionale possa declinarsi *in malam partem*, laddove – come ho insistito a ricordare – una analoga declinazione di tale norma è pacificamente ammessa in sede di interpretazione sistematica di quest'ultima con qualsivoglia testo di diritto interno, persino se di *soft law*<sup>237</sup>.

In ogni modo, le forme di dialogo più aspre si riscontrano quando le sentenze interpretative della Corte di giustizia pretendono di riplasmare al ribasso taluni principi supremi e diritti fondamentali dell'ordinamento nazionale, quale innanzitutto il principio di legalità in materia penale e i diritti individuali ad esso correlati. In tali casi – eccezion fatta nelle ipotesi in cui le suddette sentenze concernono l'interpretazione di norme o principi UE incidenti su norme nazionali afferenti a settori normativi integralmente armonizzati dal diritto europeo<sup>238</sup> – la Corte costituzionale italiana, al pari di altre Corti sorelle di Paesi membri, tende ormai a esporre i controlimiti e a invocare il rispetto dell'identità costituzionale nazionale assicurato dall'art. 4.2 TUE. A questo proposito, nei limiti concessi da una relazione a convegno, ho ritenuto opportuno soffermarmi sui casi *Taricco* e *NE* esponendone brevemente gli sviluppi.

Del caso *Taricco* si è discusso all'infinito e i suoi esiti sono stati oggetto di valutazioni oltremodo diversificate qui impossibili anche solo da riassumere. Credo però sia indiscutibile che il rinvio pregiudiziale del GUP di Cuneo abbia dato il via a un confronto tra la Corte di giustizia e la nostra Corte costituzionale caratterizzato da un significativo livello di conflittualità e da evidenti invasioni di campo da entrambe le parti: un confronto nel quale la Corte di giustizia è sembrata voler assumere i panni del legislatore interno<sup>239</sup>, e la Corte costituzionale volersi sostituire alla Corte di giustizia<sup>240</sup>; un confronto nel quale i controlimiti, per quanto non esplicitamente opposti, sono stati sempre ben presenti sullo sfondo, obbligando i giudici di Lussemburgo a frenare le loro pretese in merito all'effettività della tutela del diritto UE in nome del rispetto dei principi/diritti irrinunciabili iscritti nella Suprema Carta nazionale. Un confronto, però, nel quale è mancata ogni forma, anche solo implicita, di autocritica in merito alle carenze (anche, ma non solo) di effettività del nostro sistema sanzionatorio.

Il caso *NE* ha sinora avuto in Italia una eco assai meno forte, complice il fatto che il nostro Paese non ha ritenuto di dover presentare osservazioni nel relativo procedimento. Eppure, non esiste una ragione per non condividere lo sconcerto che la

---

<sup>237</sup> Cfr. *supra*, *sub* parr. 4.2 e 4.2.1.

<sup>238</sup> Settori nei quali – giova ripeterlo – “come affermato dalla Corte di giustizia è (...) precluso agli Stati membri condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione (...) al rispetto di standard puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali, laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”: Corte cost., ordinanza n. 216 del 2021, punto 7.3.

<sup>239</sup> Anzi, a imporre soluzioni non consentite nemmeno al legislatore nazionale, come quella (poi rientrata grazie alla sentenza *M.A.S.*) di disapplicare la prescrizione ai procedimenti già in corso, in deroga al divieto di retroattività penale sfavorevole.

<sup>240</sup> Cfr., *supra*, *sub* par. 4.3.1.3, nt. 126.

sentenza *NE* ha suscitato in Austria. In risposta ad un rinvio pregiudiziale originato del legittimo dubbio che la disciplina sanzionatoria contenuta in una norma interna di rilievo comunitario confliggesse col principio di proporzionalità UE, la Corte di giustizia non si è limitata a dare a questo principio una interpretazione tale da confermare la sussistenza di tale conflitto, ma ha adottato qualcosa di molto simile a una sentenza additiva di principio della Corte costituzionale<sup>241</sup>. Ha cioè adottato una sentenza che non mira a inficiare la norma nazionale sotto osservazione, ma che neppure – una volta dichiarata l’illegittimità della disposizione oggetto del giudizio “nella parte in cui non commina una sanzione adeguata” – si spinge sino a dettare i nuovi limiti della sanzione da considerarsi alla luce del diritto UE proporzionati alla gravità dell’illecito in questione. La sentenza *NE*, in effetti, si limita a indicare il principio generale (per l’appunto, quello di proporzionalità UE) cui il giudice nazionale deve attingere per utilizzare la norma interna pertinente dopo aver fatto carta straccia dei limiti edittali della sanzione dettati del legislatore nazionale. Si tratta, dunque, di una sentenza cui – a causa del margine di discrezionalità interpretativa più accentuato di quello lasciato al giudice nazionale dalle comuni sentenze additive in materia penale – possono essere indirizzate con ancora maggior vigore le critiche mosse dalla dottrina alle sentenze additive (non di principio) della Corte costituzionale in tale materia; critiche dovute all’attitudine di tali sentenze a stravolgere i rapporti tra potere giudiziario e potere legislativo<sup>242</sup> e che per questa ragione risultano rarissimamente utilizzate in ambito penale<sup>243</sup>. Si tratta di una sentenza che, verrebbe provocatoriamente da dire, in attesa che il legislatore intervenga con una disciplina *erga omnes* conforme al principio indicato dalla Corte di giustizia, rispetto a certi casi di rilievo europeo pretende di imporre ai Paesi membri una concezione “alla francese” della legalità penale, posto che tradizionalmente oltralpe il limite legale della pena è solo quello massimo, al di sotto del quale il giudice è libero di scendere pressoché all’infinito per ragioni di equità legate alle particolarità del caso concreto.

Si potrebbe continuare quasi all’infinito a soffermarsi sulle sorprese che riservano le sentenze della Corte di giustizia in materia penale innescate da un rinvio pregiudiziale per interpretazione, ai problemi da esse pongono nello stesso momento in cui cercano di risolvere quelli sottoposti ai giudici del Kirchberg. I pochi casi rievocati in questa

---

<sup>241</sup> Il cui dispositivo, come noto, “dichiara – con formule variabili e atipiche – la disposizione impugnata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede (...) una soluzione normativa non del tutto precisata”: G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO ZENCOVICH, Roma, 2018, p. 386.

<sup>242</sup> Cfr., in particolare, C. SALAZAR, “Guerra e pace” nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive “di principio” quali decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali” del legislatore, in *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. RUGGERI-G. SILVESTRI, Milano, 2000, p. 253 ss. Ricorda (anche se per confutarla) “la preoccupazione che le sentenze additive incorporino spazi riservati al legislatore” Corte costituzionale, *Problemi dell’omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/STU199\\_Omissione\\_legislatore.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf), 2008.

<sup>243</sup> Cfr., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 208.

relazione si sono limitati a illustrare alcuni dei nodi gordiani che costellano il diritto multilivello europeo, a ricordare quanto sia faticosa la strada che conduce a una maggiore armonizzazione dei sistemi sanzionatori dei Paesi UE. In ogni caso, alla costruzione di questa strada concorrono significativamente le infinite, più o meno centrate, domande a carattere interpretativo poste dai giudici nazionali del rinvio e le altrettante risposte, più o meno persuasive, che giungono da Lussemburgo. Di certo, anche in futuro a partire da queste domande non mancheranno casi giudiziari controversi capaci di calamitare l'attenzione degli operatori del diritto e di suscitare un dibattito reso più interessante e acceso dalla diversità degli ordinamenti degli Stati membri e dalle molte e variegate idee di Europa che condizionano le prese di posizione dei singoli giuristi.