

Antonella Massaro

Appunti di diritto penale europeo



SECONDA EDIZIONE



Giappichelli



PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

L' europeizzazione del diritto penale prosegue, instancabile, la sua corsa, sia pur con passi più felpati e meno fragorosi rispetto alle origini. Se, negli anni immediatamente successivi al Trattato di Lisbona e alle "prime gemelle" della Corte costituzionale, l'impressione era quella di trovarsi di fronte a un terremoto devastante e capace di provocare danni non del tutto calcolabili, le scosse registratesi più di recente sono sembrate di mero assestamento. Si è trattato, in realtà, di movimenti tellurici altrettanto significativi, che, però, sono stati gestiti con la consapevolezza (o la rassegnazione) di chi si trova a maneggiare una metamorfosi inarrestabile e inevitabile.

La mia impressione, rafforzata rispetto agli iniziali e istintivi sentori, è rimasta inalterata: le interazioni e le collisioni tra il diritto penale nazionale e il diritto "europeo", lungi dal determinare un autentico mutamento di paradigma, hanno imposto un ritorno alle origini del diritto penale, costringendo a tirare fuori, dal cassetto degli attrezzi della dogmatica e della teoria generale, strumenti che, forse, eravamo abituati a dare per scontati. I confini tra interpretazione e creazione del diritto, i rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa, la gestione dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, l'ambito di operatività dell'errore inevitabile su legge penale sono solo alcune delle questioni "tradizionali", ravvivate, nella loro problematicità, dalla luce "nuova" dell'europeizzazione.

In questa seconda edizione ho cercato, anzitutto, di integrare i contenuti del volume con le principali novità, legislative e giurisprudenziali, registratesi negli ultimi anni, a partire dall'introduzione dell'art. 628-bis c.p.p. e dalle nuove indicazioni offerte dalla Corte costituzionale in materia di ne bis in idem. L'aggiornamento, poi, ha costituito l'occasione per rivedere e integrare la struttura della prima edizione, soprattutto approfondendo quei temi che, durante le lezioni e gli esami, mi è sembrato richiedessero delle precisazioni.

Ringrazio gli studenti di "Diritto penale europeo", perché il confronto con la loro curiosità e il loro entusiasmo rappresenta una fonte preziosa e perenne di "energia".

Un ringraziamento speciale, poi, desidero riservarlo al dottor Piergiorgio Gualtieri, alla dottoressa Lorenza Grossi e al dottor Angelo Giraldi, per il signi-

ficativo apporto che hanno riservato (anche) a questa edizione del volume e, soprattutto, per ricordarmi sempre di accendere la luce, anche quando arrivano gli “attimi più tenebrosi”.

Immer geradeaus.

Antonella Massaro

PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Credo corresse l'anno 2006 quando, per la prima volta, mi confrontai con il poliedrico, contraddittorio e informe universo che ancora si faceva fatica a etichettare come "diritto penale europeo". Il Prof. Mario Trapani aveva richiesto, presso la (allora) Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre", l'attivazione di un ciclo di seminari dal titolo "Il diritto penale tra identità nazionale ed europeizzazione" e io, dottoranda del primo anno, mi offrìi volentieri di tenere degli incontri con gli studenti.

L'impresa, però, non era agevole. La bibliografia di riferimento, per quanto prestigiosa, risultava assai scarna, il progetto di Costituzione europea era fallito, il mandato d'arresto europeo si era attirato critiche troppo autorevoli perché potessero restare inascoltate: molte delle nostre considerazioni rischiavano di disperdersi tra le nebbie di un percorso futuribile e, secondo alcuni, nemmeno troppo auspicabile. Ricordo una certa fatica a portare a termine le lezioni, che finivano inevitabilmente per polarizzarsi su quella riserva di legge statale posta a baluardo di un fortino apparentemente inespugnabile.

Giunse però il 2007: non servì molto tempo per rendersi conto che il proverbiale sassolino destinato a diventare valanga aveva iniziato la sua corsa. La firma del Trattato di Lisbona e le "prime gemelle" della Corte costituzionale allentavano in maniera evidente le pastoie della sovranità nazionale, proiettando (anche) il diritto penale in un sistema delle fonti sempre più complesso e, per riprendere una felice immagine resa celebre dal Prof. Vittorio Manes, labirintico. Le mie lezioni, allora, si affollavano a mano a mano di contenuti che, con un incalzare vertiginoso, da "pochi" diventavano "troppi".

Quando ho preso servizio come professoressa associata, quell'attività formativa dal titolo ancora "dubbioso" ha lasciato il posto a un corso, al quale, accettando il rischio di incorrere in indebite semplificazioni sistematiche, diveniva ormai fisiologico attribuire il nome di "diritto penale europeo".

Le dispense predisposte per le lezioni, che in fondo erano poco più che "appunti" messi in ordine per offrire un supporto aggiornato ai "miei" studenti, sono confluite in questo volume. Mettere ordine tra quei fogli, cartacei e virtuali, è

stato un modo per ripercorrere le fila di pensieri, ragionamenti e, soprattutto, dubbi stratificatisi nell'ultimo decennio, ma anche, come sempre avviene quando si decide di mandare in lavorazione un libro, per sfogliare le pagine di un taccuino in cui gli "appunti" del racconto professionale sono inevitabilmente destinati a confondersi con quelli della storia personale.

Desidero ringraziare il dottor Piergiorgio Gualtieri, perché in alcuni progetti riesce a credere più di quanto sia in grado di farlo io e perché insieme abbiamo solcato i mari tempestosi dell'interpretazione, delle norme generali (inclusive ed esclusive) e, soprattutto, delle metanorme e dei metavalori; il dottor Giulio Baffa, che è stato tra quegli studenti cui questo volume è dedicato e che proprio durante le lezioni di "diritto penale europeo" ho avuto la fortuna di conoscere; la dottoressa Lorenza Grossi, per essersi incamminata senza tentennamenti lungo sentieri dissestati, ma pieni di parole da accostare, di storie da raccontare, di foto da scattare.

Un ringraziamento particolare va poi a mia madre e a mia sorella Giovanna, per avermi sempre aiutato a voltare la pagina del taccuino su cui tentavo di annotare i miei appunti, anche quando gli occhi e le gambe diventavano troppo pesanti per intravedere da soli nuovi fogli bianchi sui quali continuare a scrivere e a camminare.

Immer geradeaus.

Antonella Massaro

Capitolo I

LA NOZIONE AMPIA DI DIRITTO “EUROPEO”. IL RAPPORTO TRA DIRITTO EUROUNITARIO, SISTEMA CEDU E DIRITTO PENALE NAZIONALE

Alcuni porcospini, in una fredda giornata d'inverno, si strinsero vicini, vicini, per proteggersi, col calore reciproco, dal rimanere assiderati.

Ben presto, però, sentirono le spine reciproche; il dolore li costrinse ad allontanarsi di nuovo l'uno dall'altro.

Quando poi il bisogno di riscaldarsi li portò nuovamente a stare insieme, si ripeté quell'altro malanno; di modo che venivano sballottati avanti e indietro fra due mali.

Finché non ebbero trovato una moderata distanza reciproca, che rappresentava per loro la migliore posizione.

(Arthur Schopenhauer, *Parerga e paralipomena*, II, XXXI, 396, 1891)

SOMMARIO: 1. “Diritto penale” e “diritto europeo”: da “strana coppia” a “relazioni pericolose”? – 2. La doppia anima del “diritto europeo” in una prospettiva penalistica. – 2.1. Il diritto eurounitario e la Corte di Giustizia dell’Unione europea. – 2.2. Il sistema CEDU e la Corte europea dei diritti dell’uomo. – 3. Le ragioni della refrattarietà del diritto penale a superare i confini dello Stato-nazione. – 4. Lo spartiacque cronologico: le “prime gemelle” della Corte costituzionale (2007) e il Trattato di Lisbona (2007-2009). – 5. L’assetto antecedente al Trattato di Lisbona e gli ostacoli a una competenza in materia penale delle istituzioni comunitarie. – 6. Le principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona: l’ingresso del diritto penale nei Trattati istitutivi. – 7. Le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: le norme CEDU come norme interposte. – 7.1. Il progressivo temperamento delle “prime gemelle” nella successiva giurisprudenza della Corte costituzionale: la sentenza n. 49 del 2015. – 7.2. Il rinvio mobile dell’art. 35-ter ord. penit. all’art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. – 8. La pretesa “sovrannazionalità” del diritto “europeo” e la perdurante validità del criterio gerarchico in materia penale.

1. “Diritto penale” e “diritto europeo”: da “strana coppia” a “relazioni pericolose”?

Sono definitivamente tramontati, sommersi dalla polvere che offusca le pagine di un’ormai obsoleta archeologia giuridica, i tempi in cui i lungimiranti precursori delle interazioni tra diritto penale e diritto (allora) comunitario prendevano atto della sostanziale «inesistenza di un diritto penale comunitario»¹ o, più cautamente, segnalavano lo stato di significativa «arretratezza» del suo sviluppo².

Le pagine di un volume di qualche decennio fa, con un titolo di profetica adeguatezza *ante litteram*³, chiarivano che un’auspicata unificazione del diritto penale europeo non potesse assumere quale valido punto di riferimento il modello anglosassone, trattandosi di un ordinamento in cui «non c’è scelta codicistica, non c’è razionalità di un sistema, non c’è fiducia nel principio, ma c’è solo l’abbandono ad una casistica rimessa all’equità del magistrato e ai precedenti giudiziari quando manchi una norma positiva la quale anche quando esiste ha però carattere puramente sporadico»⁴. Poco più avanti, in quello stesso volume, si intravedevano i potenziali effetti che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) avrebbe potuto produrre su quel processo di “ravvicinamento penalistico” che segnava allora i suoi primi passi⁵.

A qualche decennio di distanza, levando via la polvere del tempo con la risolutezza del senno di poi, si deve constatare come l’impressionante accelerazione subita dal processo di integrazione europea imponga un confronto, non sempre scontato, con i principi e le categorie tipici proprio di quel diritto giurisprudenziale privo, almeno apparentemente, della “razionalità di un sistema”.

Si ha, quindi, l’impressione, volendo cedere al gusto della citazione cinematografica, che, rispetto a qualche decennio fa, *Qualcosa è cambiato*: il cambiamento può essere ridimensionato, non certo negato. Si tratta allora di capire cosa, quando e come sia cambiato, anche al fine di verificare se *La strana coppia*⁶, costituita dal diritto europeo e dal diritto penale, sia nel frattempo evoluta verso i chiaroscuri de *Le relazioni pericolose* o, se, piuttosto, sussistano i presupposti per convivere *Tutti insieme appassionatamente*.

¹ R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Cedam, 1984, 5 ss.; C. PEDRAZZI, *Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell’ambito della Comunità economica europea*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*. IV Convegno di diritto penale – Bressanone 1967, Cedam, 1968, 461.

² F. SGUIBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Utet, 1990, 90.

³ Si tratta del già citato *Prospettive per un diritto penale europeo*.

⁴ G. BETTIOL, *Sull’unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., 6.

⁵ F. MANTOVANI, *Sugli effetti della Convenzione europea nell’ordinamento penale italiano*, *ivi*, 80 ss.

⁶ L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. pen.*, 6/1992, 1658 ss.

2. La doppia anima del "diritto europeo" in una prospettiva penalistica

Il "diritto europeo", nei suoi rapporti con il diritto penale nazionale, viene ormai inteso in senso ampio, comprensivo, cioè, non solo del *diritto dell'Unione europea* (diritto europeo in senso stretto o diritto eurounitario), ma anche del sistema che ruota attorno alla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU) (diritto europeo in senso ampio).

Si tratta di una scelta terminologico-classificatoria per molti aspetti impropria, se non altro perché riconduce alla medesima etichetta fonti del diritto molto differenti tra loro.

Da una parte, infatti, (l'attuale) Unione europea rappresenta un "ordinamento sovranazionale", al quale ciascuno Stato membro partecipa mediante la cessione di quote della propria sovranità, "in cambio" dei poteri acquisiti nell'ambito della più ampia Unione di cui diviene parte. I rapporti tra le norme di diritto interno e quelle di diritto eurounitario sono regolati dal principio di prevalenza del diritto europeo, che, in caso di antinomia, impone al giudice nazionale la disapplicazione della norma interna, a favore di quella sovranazionale, sempre che non risultino violati i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana (c.d. controlimiti).

Dall'altra parte, viene in considerazione la CEDU che, malgrado le sue innegabili peculiarità, resta un trattato internazionale, i cui effetti sul diritto interno si producono secondo principi e regole chiaramente distinti da quelli che operano sul versante eurounitario.

Non mancano, tuttavia, elementi che suggeriscono, e, per certi aspetti, impongono una trattazione congiunta dei due fattori che, negli ultimi decenni, hanno condotto a una sempre più marcata "europeizzazione" del diritto penale nazionale.

Anzitutto, tanto il diritto eurounitario quanto il sistema CEDU hanno funzionato da autentico *stress test* per il principio di legalità in materia penale: la riserva di legge, in particolare, da alfiere chiamato a sorreggere lo stendardo della sovranità nazionale, sarebbe divenuta il comandante costretto a firmare la definitiva resa del diritto penale liberale di fronte all'implacabile avanzata dell'armata postmoderna, di cui proprio il diritto "europeo" rappresenterebbe la falange più agguerrita.

In secondo luogo, entrambe le anime del diritto europeo impongono all'interprete nazionale il confronto con un diritto di matrice prevalentemente giurisprudenziale: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbero assunto il ruolo di vera e propria "giurisprudenza-fonte", mettendo a dura prova la tenuta degli ordinamenti giuridici continentali. Le convergenze tra il modello tradizionale di *common law* e quello di *civil law*, del resto, sono state già da tempo efficacemente evidenziate: la legge scritta è chiamata a svolgere un ruolo sempre più significativo nel regno un tempo incontrastato del *judge-made law*, mentre il diritto penale giurisprudenziale irrompe nell'utopia illuministica della centralità della legge che caratterizza i sistemi

continentali⁷: l'europeizzazione del diritto penale non avrebbe fatto che amplificare e accelerare la crisi della legge e dell'edificio di garanzie sulla stessa edificato.

La rivoluzione veicolata dal diritto europeo, almeno secondo alcune letture, avrebbe imposto un'autentica riscrittura del diritto penale a trazione illuministico-liberale, introducendo categorie e (addirittura) principi nuovi rispetto a quelli su cui sembrava fondarsi una tradizione tendenzialmente immutabile.

Si tratta di verificare, tuttavia, se l'interprete nazionale si trovi davvero a gestire un lessico penalistico "nuovo" rispetto a quello tradizionale o se, per contro, l'europeizzazione del diritto penale abbia solo contribuito a rendere più evidenti antichi nodi irrisolti della "vecchia" grammatica penalistica, rendendo più urgente la necessità di districarli. L'impressione generale, in effetti, pur senza voler in alcun modo sminuire la portata del cambiamento in atto, è che non si stia assistendo a un autentico mutamento di paradigma, ma alla mera conferma di un progressivo indebolimento dei principi di garanzia sui quali il diritto penale "deve" fondarsi. La riproposizione di questioni antiche con un linguaggio nuovo, al tempo stesso, sta funzionando da potente ed efficace campanello d'allarme, capace di risvegliare il giurista nazionale dal colpevole torpore al quale, forse, si era assuefatto negli ultimi decenni.

Assumendo come filo conduttore "unitario" la pretesa riscrittura della grammatica su cui si fonderebbe il principio di legalità in materia penale, sembra quindi opportuno muovere da una nozione ampia di "diritto europeo", ricostruendo, anche in una prospettiva storico-evolutiva, le "vite parallele" del diritto eurounitario e del sistema CEDU in una prospettiva penalistica, evidenziandone, di volta in volta, convergenze e divergenze.

L'obiettivo più generale è quello di valorizzare (e di recuperare) le categorie tradizionali del pensiero penalistico: il rapporto tra disposizione e norma, il divieto di analogia, il concetto di sanzione punitiva, solo per restare agli esempi più evidenti. Non si tratta, beninteso, di cedere alla nostalgica e reazionaria tentazione di consolarsi con la memoria di un passato che non esiste più e che, forse, non è mai esistito: l'esigenza, piuttosto, è quella di distinguere ciò che è realmente "nuovo" e/o "diverso" da quel che, invece, è solo la riproposizione, sia pur in una veste rinnovata, di risalenti questioni irrisolte della teoria generale della norma penale o del reato.

⁷ A. CADOPPI, *Il valore del precedente penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, rist. 2007, 203. Sulla "distanza accorciata" tra *civil law* e *common law* v. anche, in generale, G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, ES, 2007, 18 ss. Con più specifico riferimento al diritto penale, M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra common law e civil law su legalità, morale e teorie del reato*, in *Civil Law e Common Law: quale «grammatica» per il diritto penale?*, ESI, 2018, 115 ss.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3/2017, 955 ss.

2.1. Il diritto eurounitario e la Corte di Giustizia dell'Unione europea

Il progetto (o, forse, il sogno) di una Europa "libera e unita", che svolgesse il ruolo di argine e, al tempo stesso, di garanzia della sovranità nazionale, trova il suo primo programma nel "manifesto di Ventotene" del 1941. Altiero Spinelli, Ernesto Rossi ed Eugenio Colorni, confinati nell'isola pontina durante il regime fascista, giungono alla conclusione per cui l'ideologia dell'indipendenza nazionale, pur avendo funzionato come «potente lievito di progresso», «portava [...] in sé i germi del nazionalismo imperialista», che aveva condotto alla formazione degli Stati totalitari e ai conflitti mondiali: la strada per una pace duratura, allora, veniva individuata in una «Federazione Europea», fondata proprio sul superamento delle singole sovranità nazionali.

Anche Jean Monnet condivideva l'obiettivo di una Europa (ri)fondata su basi diverse da quelle offerte dalla sovranità nazionale, ritenendo, però, che lo strumento più utile al raggiungimento di questo risultato fosse la coesione degli Stati in specifici settori produttivi, da cui, gradualmente ma inevitabilmente, sarebbe derivata anche una più ampia unione di tipo politico⁸. Jean Monnet, non a caso, è considerato il principale ispiratore della *Dichiarazione Schuman* del 9 maggio 1950, la quale condusse alla firma, avvenuta a Parigi il 18 aprile 1951, del *Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio* (CECA): l'obiettivo di un'unione dell'industria pesante in Europa, segnava, di fatto, l'atto di nascita dell'attuale Unione europea.

Il passaggio dalle "organizzazioni internazionali" alle "comunità sopranazionali" era stato avviato e sembrava ormai irreversibile. Il 25 marzo 1957 vengono firmati a Roma il *Trattato istitutivo della Comunità economica europea* (CEE) e il *Trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica* (CEEA o EURATOM).

Le tappe successive dell'integrazione europea sono note.

Nel 1992, con il Trattato di Maastricht, fa la sua comparsa l'Unione europea, che assume la nota struttura in pilastri: nel primo pilastro confluiscono le tre Comunità europee originarie (CECA, CEA, EURATOM), il secondo pilastro consiste nella politica estera e di sicurezza comune (PESC), mentre il terzo, che diventerà fondamentale per l'europeizzazione del diritto penale, è dedicato a giustizia e affari interni (GAI). Il primo pilastro è caratterizzato da una piena operatività del metodo comunitario e, quindi, da un sistema delle fonti e da un ruolo delle istituzioni europee che valorizzano il carattere "sovranazionale" del diritto europeo, mentre gli altri due pilastri, con particolare riguardo al secondo, sono regolati da un metodo intergovernativo, che attribuisce un significativo ruolo decisionale ai singoli Stati.

Il Trattato di Amsterdam, nel 1997, irrobustisce la connotazione politico-socia-

⁸ *Amplius*, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, 2020, 1 ss.

le dell'Unione europea, fino ad allora chiaramente orientata in una prospettiva economico-finanziaria, imprimendo, tra l'altro, una significativa accelerazione nella tutela dei diritti umani.

Il 29 ottobre 2004 viene firmato a Roma il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*: l'obiettivo era ambizioso e avrebbe certamente condotto a un cambiamento strutturale tanto dell'assetto normativo e istituzionale europeo quanto, più nello specifico, del ruolo del diritto penale nella cornice europea⁹. La c.d. Costituzione europea, tuttavia, non ha ottenuto la necessaria ratifica da parte di tutti gli Stati membri.

Non importa chiarire se il processo costituente europeo sia fallito (anche o soprattutto) per la sostanziale inesistenza di un *demos* europeo, tenuto insieme da una lingua comune, ma anche da una comune opinione pubblica¹⁰. Quel che importa è che, con la firma, il 13 dicembre 2007, del Trattato di Lisbona, formalmente, il *modus operandi* torna quello, consueto, della modifica dei Trattati istitutivi già esistenti, ma, sostanzialmente, si recuperano molte delle indicazioni contenute nel progetto di Costituzione: questo vale soprattutto per il ruolo riconosciuto, per la prima volta esplicitamente, al diritto penale¹¹.

Più in generale, il Trattato di Lisbona mantiene la distinzione in due Trattati istitutivi: il Trattato sulla Comunità europea prende il nome di *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (TFUE), che si affianca, quindi, al *Trattato sull'Unione europea* (TUE). La denominazione «Comunità europea» è stata sostituita da «Unione europea» e quest'ultima acquista personalità giuridica.

Le modifiche, ad ogni modo, non sono solo terminologiche: il Trattato di Lisbona interviene in maniera significativa sull'assetto istituzionale e normativo precedente, segnando un evidente cambio di passo rispetto alle tappe precedenti dell'integrazione europea. Tra le novità più “dirompenti”, che, soprattutto, assumono evidente rilievo (anche) in una prospettiva penalistica, deve certamente segnalarsi l'abolizione della precedente articolazione in pilastri: la linea di tendenza è quella di estendere e generalizzare le regole proprie del primo pilastro e, quindi, del diritto comunitario (ora europeo o eurounitario, vista la svolta terminologica imposta dallo stesso Trattato di Lisbona), anche se le materia di politica estera e sicurezza continueranno a mantenere regole, almeno in parte, autonome. La scomparsa della struttura in pilastri determina, tra l'altro, una semplificazione e una razionalizzazione del sistema delle fonti. Il Parlamento europeo, poi, vede significa-

⁹ G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione del diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Giuffrè, 2007, 673 ss.

¹⁰ Si rinvia, sul punto, al noto “scambio di opinioni” tra D. GRIMM, *Una Costituzione per l'Europa? Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, 1996, 356 ss. e J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, *ivi*, 369 ss.

¹¹ C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2/2010, 328, il quale sottolinea le differenze marginali, in materia penale, tra il progetto della Costituzione europea e le modifiche poi apportate ai Trattati istitutivi.

tivamente potenziato il proprio ruolo in sede legislativa: la procedura legislativa ordinaria diviene quella di codecisione, con il Parlamento che sembra venir fuori da quella zona d'ombra nella quale restava confinato dall'assetto precedente. La tutela dei diritti umani, infine, riceve un ulteriore e decisivo impulso¹².

Ai passi in avanti compiuti dall'integrazione europea si accompagna una significativa estensione dell'eurozona: dai sei Paesi fondatori, si giunge a una "Europa a ventisette". Da ciò deriva la coabitazione, sotto il tetto comune del diritto euro-unitario, di esperienze giuridiche molto diverse tra loro, che, specie nell'ottica del diritto penale "europeo", rende certamente non scontata una armonizzazione delle rispettive legislazioni.

Un ruolo di primo piano, poi, è svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, che, con la propria giurisprudenza, ha anticipato, indirizzato e integrato in maniera significativa le indicazioni derivanti dai Trattati istitutivi e dalle fonti di diritto derivato.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) è inserita tra le istituzioni dell'Unione (art. 13 TUE) e comprende due organi giurisdizionali: la Corte di Giustizia e il Tribunale. L'art. 19, al par. 1, TUE stabilisce che la Corte di Giustizia dell'Unione europea «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati», mentre, al successivo par. 3, precisa che «la Corte di Giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati: a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica; b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione; c) negli altri casi previsti dai trattati». L'art. 267 TFUE precisa che con il ricorso in via pregiudiziale la Corte si pronuncia: «a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione»¹³.

Sempre secondo quanto previsto dall'art. 267 TFUE, l'attivazione del ricorso pregiudiziale costituirebbe una mera facoltà o un vero e proprio obbligo a seconda che nei confronti del giudice comune sia o meno possibile proporre un ricorso giurisdizionale di diritto interno, sebbene i rapporti tra giudici nazionali e giudici

¹² Per tutte le necessarie indicazioni, v., ancora, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, cit., 22 ss.

¹³ Art. 267 TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile».

europei si sia sviluppato secondo dinamiche più complesse di quelle individuate dalla rigida dicotomia prospettata dal Trattato¹⁴.

Una situazione indubbiamente peculiare si pone nel caso in cui il giudice nazionale, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, ravvisi il potenziale contrasto di una normativa interna con uno o più diritti fondamentali della persona umana tutelati tanto dall'Unione europea (attraverso, in particolare, la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) quanto dalla Costituzione italiana. Si parla comunemente di *doppia pregiudizialità* proprio per indicare i casi che, astrattamente, possono dar luogo sia a una questione di legittimità costituzionale sia a una questione di compatibilità con il diritto dell'Unione europea¹⁵, ponendo il giudice nazionale, chiamato a giocare la sua partita sulla scacchiera della c.d. tutela multilivello, di fronte a un bivio: rivolgersi, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia o, in alternativa, mettere sotto scacco la normativa nazionale attraverso l'incidente di costituzionalità. Nel caso in cui, poi, il giudice opti per la (sola) via che conduce al Palazzo della Consulta¹⁶, la Corte costituzionale, a sua volta, può decidere se chiudere il gioco dichiarando incostituzionale la norma di diritto interno o se prolungare la partita rimettendo la questione, in via pregiudiziale, alla Corte europea.

La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, in un discusso *obiter dictum*¹⁷, precisava che, qualora si prospetti un dubbio sulla compatibilità di una norma (sprovvista di effetti diretti) con il diritto eurounitario, il giudice comune dovrebbe, in ogni caso, sollevare questione di legittimità costituzionale, spettando poi al Giudice delle Leggi valutare la conformità della norma al diritto europeo¹⁸.

¹⁴ V. *Corti costituzionali e rinvio alla Corte di Giustizia*, 2010, a cura di P. Passaglia, in www.cortecostituzionale.it, 3 ss.

¹⁵ Per i necessari chiarimenti terminologici relativi a una categoria indubbiamente controversa v. R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 1/2020, 494, nota 4. Nella letteratura penalistica si segnalano, in particolare, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 481 ss.; S. MANACORDA, *"Doppia pregiudizialità" e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Giuridica, 2021, 137.

¹⁶ Sui presupposti e sui limiti di una contestuale rimessione della questione alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia, in particolare, C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 307 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti*, cit., 515 ss.

¹⁷ Ad avviso di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 3, si tratta, verosimilmente, dell'*obiter dictum* più commentato in settant'anni di giurisprudenza costituzionale.

¹⁸ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, punto 5.1. del *Considerato in diritto*. Tra i tanti, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269*

Le pronunce successive alla sentenza n. 269 del 2017 sembrerebbero temperare, almeno in parte, la perentorietà di queste affermazioni¹⁹. Quel che importa, ad ogni modo, è che, specie quando si tratta di questioni che attengono al diritto penale nazionale, la scelta della soluzione "ottimale" dipende, di volta in volta, dall'antinomia concretamente ipotizzata, verificando, in particolare, tanto i margini di discrezionalità del legislatore nazionale rispetto agli "obblighi" imposti dal diritto eurounitario quanto un'eventuale criticità sul versante dei c.d. controlimiti.

2.2. Il sistema CEDU e la Corte europea dei diritti dell'uomo

Anche il Consiglio d'Europa, come l'attuale Unione europea, nasce dalle ceneri della Seconda guerra mondiale, allo scopo di suturare la profonda e dolorosa ferita inferta ai diritti fondamentali dalla cruenta fine della "età della catastrofe". Si tratta di un'organizzazione internazionale fondata con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949 (Statuto del Consiglio d'Europa), molto più ampia dell'Unione europea, alla quale appartengono attualmente (dopo l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa, nel 2022) quarantasei Stati.

Come si legge nel preambolo dello Statuto, muovendo dalla premessa per cui «il rassodamento della pace nella giustizia e nella cooperazione internazionale è d'interesse vitale alla difesa della società umana e della civiltà», lo scopo del Consiglio d'Europa, fin dalla sua istituzione, è stato quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali, della democrazia e dei principi dello Stato di diritto.

Tra gli strumenti (numerosi) messi in campo per il raggiungimento di questi obiettivi, un ruolo di primo piano è certamente svolto dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 da tutti i Paesi appartenenti al Consiglio d'Europa e integrata, negli anni successivi, da una lunga serie di *Protocolli addizionali* (quattordici, fino a questo momento).

Quanto alla sua natura giuridica, la CEDU è, senza dubbio, un trattato internazionale. Si tratta, però, di un trattato caratterizzato da evidenti e significative peculiarità, che valgono a distinguerlo rispetto agli altri trattati internazionali, comprese le Convenzioni adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa²⁰.

del 2017: *presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018, 1; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, 1 ss.; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato concentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. dir. comp.*, 3/2017, spec. 238 ss.

¹⁹ V., per tutti, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune*, cit., 2 ss.

²⁰ Le specificità della CEDU nel contesto del diritto internazionale sono efficacemente evidenziate da V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità*

Anzitutto, la CEDU ha come oggetto la tutela dei *diritti fondamentali* della persona umana: i primi quattordici articoli elencano i diritti e le libertà in questione, includendo, tra l'altro, il diritto alla vita (art. 2), il divieto di tortura (art. 3), il diritto a un equo processo (art. 6), il principio di legalità in materia penale (art. 7). Si tratta, detto altrimenti, di un contenuto "assiologicamente pregnante", che, inscrivendosi nella tendenza a quella positivizzazione dei diritti umani registratasi nel secondo dopoguerra²¹, risulta assimilabile a quello delle moderne Carte costituzionali: la Corte di Strasburgo, con un'espressione divenuta celebre, non ha esitato a rinvenire nella Convenzione un «*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*»²².

In secondo luogo, il sistema di tutela predisposto dalla Convenzione opera *independentemente dal principio di reciprocità*, tipico del diritto internazionale, secondo il quale ciascuno Stato è tenuto al rispetto di un trattato solo se e fino a quando anche gli altri Stati si comportino allo stesso modo.

Infine (e soprattutto), con le disposizioni del suo Titolo II, la CEDU predispone un "meccanismo di controllo" di carattere giurisdizionale, allo scopo di garantire l'attuazione delle Convenzione da parte dei quarantasette Paesi che compongono il Consiglio di Europa. L'art. 19, in particolare, istituisce la *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, che ha sede a Strasburgo, il cui compito è quello di «assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla [...] Convenzione e dai suoi Protocolli». Se uno Stato ratifica la CEDU, quindi, si sottopone a un possibile sindacato della Corte in caso di violazione della Convenzione.

La Corte EDU, chiamata a svolgere il ruolo cruciale di *conscience qui sonne l'alarme*²³, funziona da custode della Convenzione, ma anche da suo interprete: «la competenza della Corte», come precisato dall'art. 32 CEDU, «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli».

Di particolare interesse risultano i meccanismi di accesso alla Corte di Strasburgo.

L'art. 33 CEDU prevede che il ricorso alla Corte EDU possa essere proposto da uno Stato, per far valere una violazione della Convenzione da parte di un altro Stato: si tratta dei *ricorsi interstatali*²⁴.

nella materia penale, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 69 ss., cui, fin da ora, si rinvia.

²¹ Per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, 2004, 348.

²² Corte EDU, 23 marzo 1995, ric. n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia*, § 75.

²³ Si tratta della celebre definizione di P.H. Teitgen, riportata da V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 129.

²⁴ Art. 33 CEDU: «*Ricorsi interstatali*. Ogni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente».

L'art. 34 CEDU, però, prevede anche la possibilità di un *ricorso individuale*, il quale può essere proposto da ogni individuo che ritenga di aver subito una violazione dei diritti e delle libertà tutelati dalla Convenzione²⁵. La Corte EDU può essere adita solo dopo aver esaurito tutte le vie di ricorso intorno: il ricorrente, dopo aver già intrapreso, senza successo, tutte le possibili vie di tutela offerte dal proprio ordinamento di appartenenza, può proporre ricorso alla Corte entro il termine di sei mesi da quando l'ultima decisione interna è divenuta definitiva²⁶. Il ricorso individuale rappresenta un *unicum* nel contesto del diritto internazionale, specie in ordinamenti che, come quello italiano, prevedono un accesso (solo) in via incidentale alla Corte costituzionale²⁷. Non ci sarà, forse, "un giudice a Berlino", ma negli ultimi anni si è progressivamente rafforzata la speranza di trovarne uno a Strasburgo.

3. Le ragioni della refrattarietà del diritto penale a superare i confini dello Stato-nazione

Il diritto penale rappresenta senza dubbio l'articolazione dell'ordinamento legata in maniera più evidente al concetto di sovranità nazionale e non è un caso che, storicamente, sia stato l'ultimo settore a "cedere" di fronte alle istanze di cui si sono fatti portatori il diritto eurounitario e quello internazionale.

Fino a non molti decenni fa poteva addirittura ipotizzarsi che tra l'espressione "diritto penale" e l'aggettivo "europeo" esistesse un rapporto di incompatibilità strutturale: una specularità tendente all'ossimoro²⁸, che, in qualche modo, chiudeva la partita ancor prima del fischio di inizio.

Si tratta di una circostanza agevolmente comprensibile sul versante del diritto

²⁵ Art. 34 CEDU: «*Ricorsi individuali*. La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

²⁶ Art. 35, comma 1, CEDU: «*Condizioni di ricevibilità*. 1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di quattro mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva».

²⁷ V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 130-131 evidenziano come la "potenza" del ricorso individuale, unita alla progressiva estensione del numero di Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, abbia determinato un numero di ricorsi talmente elevato da far temere che la Corte "restasse vittima del proprio successo". Di qui l'esigenza di introdurre meccanismi deflattivi, che consentissero di mantenere il numero di ricorso entro limiti gestibili per una giurisdizione che si occupa di diritti fondamentali.

²⁸ A. BERNARDI, *I tre volti del "diritto penale comunitario"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333 ss. muoveva proprio dall'immagine del diritto penale comunitario come "ossimoro polisenso".

eurounitario. Indipendentemente da come si intenda risolvere la *vexata quaestio* sull'impostazione monista o dualista nei rapporti tra diritto europeo e diritto interno, è innegabile che l'attuale Unione europea si fondi proprio sul presupposto della cessione di quote di sovranità da parte dei singoli Stati membri e, quindi, su una limitazione della sovranità nazionale in riferimento a determinati settori o materie. Il diritto penale, semplicemente, rientrava tra le quote di sovranità non cedibili: muovendo dal presupposto di matrice illuministico-liberale secondo cui in capo allo Stato nazionale deve restare ben saldo il monopolio dell'uso della forza nella complessa dialettica tra autorità e libertà, il diritto penale, in quanto strumento in grado di incidere in maniera prepotente e invasiva nella sfera di libertà dei singoli individui, non poteva subire alcuna limitazione derivante da una sua cessione alle Istituzioni europee.

Il discorso risulta meno perentorio se riferito alle norme CEDU, che, vista la sua natura di trattato internazionale, poneva delle questioni più "tradizionali". In questo caso, in effetti, il nodo irrisolto atteneva anzitutto alla collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti, posto che alle (evidenti) peculiarità della CEDU non sembrava corrispondere una sua posizione "rafforzata" rispetto a quella della legge ordinaria: si poneva, per dir così, una questione più formale che sostanziale, risolta la quale l'avanzata del sistema CEDU appariva fisiologica e per certi aspetti inevitabile.

4. *Lo spartiacque cronologico: le "prime gemelle" della Corte costituzionale (2007) e il Trattato di Lisbona (2007-2009)*

Se si volesse individuare uno spartiacque cronologico, superato il quale la strutturale incompatibilità tra il diritto europeo e il diritto penale nazionale lascia il posto a un dialogo sempre più inteso e serrato, il momento di svolta potrebbe essere fissato tra il 2007 e il 2009.

Nel 2009, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, firmato nel 2007, segna il formale ingresso del diritto penale nei Trattati istitutivi, rompendo quel silenzio originario che rappresentava anche un ostacolo evidente all'ammissibilità di una competenza penale, sia pur solo indiretta, dell'Unione europea.

Nel 2007, con le c.d. (prime) sentenze gemelle²⁹, la Corte costituzionale attribuisce una chiara collocazione della CEDU in un sistema delle fonti sempre più "affollato" e poliedrico segnando, al tempo stesso la distanza rispetto al diritto eurounitario.

²⁹ Corte cost., 3 luglio 2007, n. 348 e Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 349. Per le implicazioni penalistiche della "rivoluzione" condotta dalla Corte costituzionale valga, per ora, il riferimento a V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Giuffrè, 2011, 1 ss.

5. L'assetto antecedente al Trattato di Lisbona e gli ostacoli a una competenza in materia penale delle istituzioni comunitarie

Sul versante dell'Unione europea, come anticipato, il momento di svolta può idealmente collocarsi nel 2009, quando entra in vigore il Trattato di Lisbona (firmato nel 2007), che, almeno per ciò che attiene al diritto penale, si pone in linea di sostanziale continuità rispetto al progetto, poi fallito, della Costituzione europea.

I rapporti tra l'Unione europea e il diritto penale sono sintetizzati da un punto fermo che, come si cercherà di chiarire, deve considerarsi ribadito anche nell'assetto *post* Lisbona: le Istituzioni europee *non* sono titolari di *una competenza diretta in materia penale*, nel senso che non possono introdurre fattispecie incriminatrici direttamente applicabili nei singoli Stati membri.

La solidità di questo assunto poggiava essenzialmente su due basi³⁰: la prima di tipo "formale", la seconda di carattere "sostanziale".

Sul piano formale, si faceva notare come nei Trattati istitutivi mancasse una *base giuridica* sufficientemente univoca, sulla quale fondare una qualche competenza penale delle Istituzioni europee. Molte disposizioni menzionavano una potestà sanzionatoria comunitaria la quale, tuttavia, doveva intendersi riferita alla possibilità per le stesse di applicare quelle sanzioni amministrative che costituiscono una componente ancora particolarmente significativa del "sistema punitivo europeo"³¹. Quanto al diritto penale, la previsione di una competenza di questo tipo, vista la sua rilevanza, avrebbe necessitato di una base giuridica esplicita, la quale non solo non era presente, ma, a ben vedere, neppure era ipotizzabile.

Il secondo argomento, quello di carattere sostanziale, rappresentava, ad ogni modo, l'autentico sbarramento a una europeizzazione che, sebbene stesse travolgendo gli altri settori del diritto nazionale, sembrava destinata a lasciare indenne il diritto penale: l'ostacolo insormontabile, secondo l'opinione maggioritaria, era costituito dal principio di *riserva di legge* in materia penale.

L'art. 25 Cost., prevedendo al suo secondo comma che *nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*, riserva il monopolio dell'intervento penale alla legge dello Stato e, quindi, al Parlamento. Si tratta di una previsione che non risponde a una mera *ratio* di certezza del diritto, ponendosi piuttosto nell'ottica della *garanzia* del singolo. La legge dello Stato riesce meglio di altre fonti del diritto a garantire l'individuo di fronte ai possibili arbitri nell'esercizio del potere punitivo per ragioni che attengono non solo all'*iter* di approvazione della stessa, ma anche alla disciplina cui è sottoposta nell'ordinamento.

³⁰ V. di recente V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti e casi*, Giappichelli, 2020, 3-4.

³¹ *Infra*, Capitolo II, Sez. III, § 2.