

L'ADEGUAMENTO DEL SISTEMA PENALE ITALIANO AL "DIRITTO EUROPEO" TRA GIURISDIZIONE ORDINARIA E COSTITUZIONALE

Piccolo *vademecum* per giudici e avvocati penalisti*

Francesco Viganò

ABSTRACT

I giudici e gli avvocati italiani hanno ormai scoperto l'esistenza di un *diritto europeo*, che impone al sistema penale italiano precisi *obblighi di adeguamento*: obblighi che si rivolgono non soltanto al legislatore, ma anche – e in misura crescente – agli stessi *giudici*, ordinari e costituzionali. Questo breve intervento mira a formulare alcune semplici 'istruzioni per l'uso' del diritto europeo in materia penale e processuale penale, illustrando presupposti e metodo delle tre diverse tecniche di cui il giudice ordinario dispone per assicurare l'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei (derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dal diritto primario o derivato dell'Unione europea): diretta applicazione della norma europea; interpretazione conforme della norma interna a quella europea; promovimento di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale della norma interna contrastante con quella europea.

SOMMARIO

1. Una premessa metodologica. – 2. Istruzioni per l'uso: una 'checklist' per il giudice. – 3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea. – 4. Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali. – 5. (*Segue*): B) le norme dell'Unione europea. – 6. Seconda verifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme? – 7. Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale. – 8. Un dubbio, e un auspicio conclusivo.

*Questo contributo costituisce la versione rielaborata dell'intervento svolto dall'A. nel quadro del secondo convegno nazionale "Vittorio Aymone" su Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete svoltosi presso la Corte di Appello di Lecce il 19 e il 20 aprile 2013. Diritto penale contemporaneo ringrazia vivamente il Comitato scientifico del convegno per avere consentito ad anticipare la pubblicazione sulla nostra Rivista di questo lavoro, destinato al volume – di ormai imminente pubblicazione – che raccoglierà tutti gli atti del convegno.

1. Una premessa metodologica.

L'adeguamento del sistema penale italiano al diritto europeo – espressione lata, con la quale mi riferirò in questo contesto tanto al diritto dell'*Unione europea*, quanto al diritto riconducibile al quadro istituzionale del *Consiglio d'Europa*, e in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ai suoi protocolli addizionali – è divenuto ormai un tema alla moda non solo presso la dottrina penalistica, ma anche presso la giurisprudenza italiana; e di “diritto penale europeo” si parla ormai in una buona metà dei convegni e dei corsi di formazione professionale per avvocati e magistrati.

Altrettanto frequentemente, purtroppo, il concetto di “diritto penale europeo” viene associato ad un'idea di inestricabile *complessità*: all'immagine, insomma, di un *labirinto* di fonti, per riprendere la felice metafora di Vittorio Manes, nel quale l'interprete correrebbe il continuo rischio di smarrirsi, e/o di ritrovarsi improvvisamente senza guida sicura nella decisione del caso: con un correlativo, incontrollato allargarsi della sua discrezionalità, che renderebbe sempre più imprevedibile la decisione stessa.

E' mia ferma convinzione invece – e lo ripeto ormai in ogni occasione in cui mi capita di parlare in pubblico di questi temi – che compito prioritario della dottrina sia, in questo momento storico, da un lato quello di *tranquillizzare* gli operatori giuridici (orientarsi non è poi così difficile!), e dall'altro quello, per così dire, di *richiamarli all'ordine*: le fonti europee si coordinano con quelle nazionali secondo regole precise, che bisogna conoscere ed applicare senza indulgere ad avventurose fughe in avanti. Il giudice resta, anche in un orizzonte improvvisamente ampliato alla prospettiva europea, pur sempre “soggetto alla legge”, come recita l'art. 101 Cost.; e ciò resta vero anche se per “legge” si intenda – come non può non intendersi oggi – l'intero “diritto” vincolante per il giudice, derivante dalle fonti interne e quelle sovranazionali.

2. Istruzioni per l'uso: una ‘checklist’ per il giudice.

L'adeguamento del diritto interno al diritto europeo sottostà in effetti a precise regole ‘procedimentali’, gradatamente messe a fuoco dalla giurisprudenza italiana, che possono schematicamente riassumersi come segue.

Una volta accertato che una data norma europea (poco importa se si tratti di una norma-principio, o di una regola di dettaglio) è potenzialmente rilevante per la decisione di un caso concreto, il giudice:

- dovrà *in primo luogo* chiedersi se la norma in questione sia *direttamente applicabile*, se del caso anche a costo di determinare la *disapplicazione* di norme interne contrastanti;
- *in secondo luogo*, ove debba essere esclusa la diretta applicazione della norma in questione, dovrà verificare se sia esperibile un'interpretazione delle norme interne in modo da evitare un risultato applicativo in contrasto con la norma europea (obbligo di *interpretazione conforme al diritto europeo*);
- *infine*, nel caso in cui nemmeno tale interpretazione conforme sia praticabile, e la norma interna da applicare risulti irrimediabilmente incompatibile con la norma europea, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 co. 1 e – se del caso – 11 Cost.

Come è evidente, dunque, l'interpretazione conforme è operazione *sussidiaria* rispetto alla diretta applicazione della norma europea, ma ha per converso la *precedenza logica* rispetto alla formulazione di una questione di legittimità costituzionale, la cui stessa ammissibilità è condizionata al previo (e infruttuoso) esperimento di un tentativo di interpretazione conforme della norma interna impugnata.

Tutto ciò evidenzia una ben precisa *ripartizione di competenze tra giudice ordinario e giudice costituzionale*: il giudice ordinario è tenuto, in prima battuta, a tentare di *risolvere da sé* il possibile conflitto tra norma interna e norma europea, mediante la diretta applicazione di quest'ultima (ove ne sussistano le condizioni) ovvero mediante l'interpretazione conforme alla norma europea della norma interna; e solo ove nessuna di queste operazioni risulti praticabile, la palla dovrà passare al giudice costituzionale, in vista della dichiarazione di illegittimità della norma interna.

3. Un'operazione preliminare: l'interpretazione della norma europea.

Presupposto essenziale di questa sorta di *checklist* per il giudice ordinario è, naturalmente, la verifica che la *norma europea* – invocata da una delle parti o esaminata *ex officio* dal giudice in virtù del principio *iura novit curia* – sia *rilevante per la decisione del caso concreto all'esame*. Tale verifica impone a sua volta al giudice l'onere di *interpretare* la norma europea, prima ancora della norma interna eventualmente contrastante: operazione, invero, non sempre agevole né scontata per il giurista italiano.

I limiti di spazio qui concessi non mi consentono di soffermarmi sulle molte difficoltà pratiche che il giudice italiano può incontrare allorché debba interpretare una norma che nasce al di fuori dell'ordinamento italiano: difficoltà legate al diverso uso dei concetti tecnici nelle norme europee – anche se tradotte in italiano – rispetto agli usi consolidati nella nostra tradizione giuridica, nonché al diverso contesto sistematico, alla peculiare teleologia delle norme europee, così come – più banalmente – alla minore esperienza del giudice nel reperire le norme pertinenti e la giurisprudenza rilevante nelle banche dati e nei commentari.

Mi pare però cruciale sottolineare il criterio ermeneutico di fondo al quale il giudice italiano dovrà attenersi nell'interpretazione della norma europea: quello, cioè, secondo cui quest'ultima dovrà essere *interpretata in base ai canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza*, e non a quelli consolidati nell'ordinamento italiano. La norma europea, ancorché vincolante per l'ordinamento italiano, conserva sempre la propria natura di norma “europea”, e come tale deve essere interpretata dal giudice italiano, così come da qualsiasi altro giudice nazionale – francese, tedesco o inglese che sia.

Il giudice italiano dovrà quindi leggere la norma come parte di un *sistema* più ampio di quello ordinamentale italiano, con regole ermeneutiche e teleologia proprie. E, soprattutto, *dovrà attenersi all'interpretazione che di detta norma abbiano fornito i due organi giurisdizionali* – la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo – ai quali gli Stati membri dell'UE e gli Stati parte del Consiglio d'Europa hanno conferito il potere di *interpretare autoritativamente*, rispettivamente, le norme di diritto primario e derivato dell'Unione, e le norme della Convenzione europea e dei suoi protocolli addizionali (art. 19 TUE e art. 32 CEDU).

L'affermazione che precede è, invero, revocata in dubbio da una parte della dottrina e della giurisprudenza italiana con riferimento almeno alla Corte di Strasburgo, che – si afferma – sarebbe un giudice del caso concreto, che decide controversie individuali tra lo Stato e l'individuo, senza che sia lecito trarre dai suoi precedenti indicazioni vincolanti per i giudici nazionali (specie se di altri Stati) relativamente all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Una simile, riduttiva considerazione del ruolo della Corte di Strasburgo non trova, però, conforto né nella lettera della Convenzione, né nella prassi della Corte, degli organi politici del Consiglio d'Europa e degli stessi Stati. Già il testo dell'art. 32 CEDU attribuisce alla Corte il compito non solo di “applicare”, ma anche di “interpretare” la Convenzione (e i suoi protocolli). La Corte – e lo stesso Consiglio d'Europa, nell'esercizio della sua funzione di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte – adottano inoltre ormai costantemente, da almeno una decina d'anni a questa parte, una lettura estensiva dell'art. 46 CEDU, a tenore della quale gli obblighi che discendono a carico dello Stato soccombente in una determinata controversia si estendono a tutte le situazioni identiche a quella oggetto del giudizio innanzi alla Corte. Ancora, la Corte concepisce le proprie statuizioni come *precedenti validi per l'intero spazio giuridico europeo*, come dimostra la circostanza che, quando le sentenze della Corte richiamano la precedente giurisprudenza sui profili della norma convenzionale invocata nel caso di specie, non distinguono in alcun modo tra precedenti che concernono lo stesso Stato resistente o altri Stati.

Né ciò deve stupire: la Corte di Strasburgo concepisce se stessa non già come giudice di ultima istanza in ogni singola controversia; bensì, in omaggio al principio di *sussidiarietà* della tutela dei diritti fondamentali, come giudice che detta *indicazioni generali sull'interpretazione delle norme convenzionali*, così da porre in grado i giudici nazionali di assicurare essi stessi tutela ai diritti fondamentali medesimi, nell'estensione stabilita dalla Corte medesima attraverso i propri precedenti.

Le massime giurisdizioni italiane hanno, del resto, ampiamente accolto questa prospettiva: a cominciare dalle esplicite indicazioni in questo senso contenute nelle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, sino alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite penali della Cassazione nell'ordinanza *Ercolano* del 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), con la quale il supremo organo di nomofilachia ha rimesso al giudice delle leggi una questione di legittimità costituzionale originata da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che aveva avuto ad oggetto un caso identico – ma evidentemente *distinto* – rispetto a quello oggetto del giudizio *a quo*, sulla base appunto del presupposto della *generale* vincolatività, quanto meno per lo Stato italiano, dei *principi di diritto* statuiti dalla Corte europea, nei confronti di *tutti* coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente risultato nel singolo caso vittorioso.

4.

Prima verifica: la norma europea è direttamente applicabile? A) Le norme della CEDU e dei protocolli addizionali.

Una volta stabilito, dunque, che una norma europea è rilevante per la decisione del caso di specie, il giudice dovrà anzitutto verificare se tale norma sia *direttamente applicabile* ai fini della decisione del caso, anche a costo di determinare la *disapplicazione della norma interna contrastante*.

Questa verifica si compie secondo cadenze differenti, secondo che la norma qui genericamente definita “europea” sia una norma di diritto dell'Unione europea, ovvero sia una norma riconducibile al quadro giuridico del Consiglio d'Europa, e in particolare una norma della Convenzione europea o di uno dei suoi protocolli addizionali.

Prendiamo le mosse da quest'ultima ipotesi, che è comparativamente meno complessa. Come è ormai arcinoto, le sentenze ‘gemelle’ n. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale hanno marcato nettamente la distinzione tra norme dell'UE dotate di effetto diretto (e suscettibili pertanto di essere direttamente applicate dal giudice ordinario, previa *disapplicazione* della norma interna contrastante) e norme della Convenzione europea o dei protocolli addizionali, così come di tutte le altre norme internazionali vincolanti per il nostro Paese: la risoluzione dell'antinomia spetta, in questo secondo caso, *esclusivamente alla Corte costituzionale*, che deve essere chiamata dal giudice ordinario a dichiarare l'illegittimità della norma interna contrastante in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. Afferma perentoriamente, in proposito, la sentenza n. 348/2007 (considerando in diritto n. 3.3): le norme della CEDU “sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma *non producono effetti diretti* nell'ordinamento interno, *tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*”. E analoghi concetti sono espressi dalla parallela sentenza n. 349.

Le cose mi sono sempre parse e mi paiono, tuttavia, un po' più complesse di quanto possa apparire a prima vista leggendo le sentenze ‘gemelle’. La Corte costituzionale sembra dimenticare, in queste storiche pronunce, che la Convenzione europea, i protocolli addizionali, e praticamente tutte le convenzioni ratificate dal nostro Paese sono state *incorporate* nell'ordinamento interno tramite la legge di autorizzazione alla ratifica, che usualmente contiene (e certamente contiene nel caso della legge 848/1955 di autorizzazione alla ratifica della CEDU) una clausola di “piena e intera esecuzione” nell'ordinamento interno delle norme convenzionali. Queste ultime sono diventate così *parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano*, con il medesimo rango della legge di autorizzazione alla ratifica: e dunque con il rango di norme *primarie*, suscettibili come tali di essere *direttamente applicate* dal giudice nella risoluzione delle controversie pendenti avanti a sé.

Altra questione, naturalmente, è quella della risoluzione delle eventuali antinomie tra queste norme (internazionali, ma ormai ‘incorporate’ nell'ordinamento italiano) ed *altre norme* compresenti nell'ordinamento, di origine puramente ‘interna’. E' su *questo* terreno che deve essere apprezzata la portata innovativa delle sentenze ‘gemelle’: che, da un lato, sottraggono le norme internazionali ‘incorporate’ all'aleatorietà dei tradizionali canoni ermeneutici della *lex specialis* e della *lex posterior*, affermandone la loro natura di norme *gerarchicamente sovraordinate* in forza dell'art. 117 co. 1 Cost. – in posizione *intermedia* tra le altre norme ordinarie e quelle

costituzionali –; e dall'altro affermano, però, la *competenza esclusiva della Corte costituzionale* a risolvere le eventuali antinomie, mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante. Con l'importante risultato pratico – cui la Corte costituzionale evidentemente mira – di consentire alla stessa Corte di azionare il freno dei 'controlimiti', qualora la norma internazionale risulti essa stessa contraria alla Costituzione.

Ma – ed ecco il punto cruciale – *nulla osta alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario di una norma internazionale 'incorporata' allorché tale diretta applicazione non implichi la contestuale disapplicazione di altra norma interna contrastante*: il che ben può accadere, nei casi in cui la norma internazionale in questione si inserisca in uno *spazio giuridicamente 'vuoto'*, ossia *non regolato* dalle norme puramente interne. In questa ipotesi nulla, ripeto, si opporrà alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario della norma internazionale, secondo il modello inaugurato sin dalla fine degli anni Ottanta dalla Cassazione penale con la storica sentenza *Polo Castro*.

Per toccare con mano la portata pratica dell'affermazione: l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea in varie sentenze tra cui *Drassich c. Italia*, richiede che il giudice solleciti il contraddittorio delle parti sulla possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto contestato, al fine di non sorprendere l'imputato, per l'appunto, con una diversa qualificazione, rispetto alla quale egli non abbia avuto la possibilità di formulare osservazioni difensive. Ebbene, calata nel nostro ordinamento, l'applicazione di questa regola – contenuta nell'art. 6 CEDU, che è norma 'incorporata' nell'ordinamento italiano in forza della clausola di piena e intera esecuzione della Convenzione di cui alla legge n. 848/1955 – *non contrasta con alcuna norma del codice di procedura penale* (non, in particolare, con l'art. 521 co. 1 c.p.p., che si limita a consentire al giudice di mutare in sentenza la qualificazione giuridica del fatto contestato: possibilità che l'art. 6 CEDU pure riconosce, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), ma si inserisce *in uno spazio giuridicamente non regolato*, introducendo semplicemente una *nuova garanzia per la difesa*, che il legislatore del 1989 non aveva previsto, nell'ipotesi in cui il giudice – del tutto legittimamente – ritenga erronea la qualificazione giuridica del fatto operata dalla pubblica accusa; garanzia che ben può essere assicurata mediante un semplice invito rivolto alle parti, al più tardi in sede di discussione, a formulare le proprie osservazioni anche in ordine a una *eventuale* qualificazione giuridica alternativa del fatto oggetto di imputazione. Come dovrebbe risultare chiaro, non si tratta qui di *disapplicare* alcuna norma interna, men che meno l'art. 521 co. 1 c.p.p.; ma semplicemente di *applicare direttamente* l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo *accanto* alle pertinenti norme del codice di rito. Senza alcuna necessità di coinvolgere qui la Corte costituzionale (nessuna norma deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima!), e senza nemmeno procedere ad alcuna interpretazione conforme delle norme interne (la salvaguardia del contraddittorio sulla qualificazione giuridica situandosi su un piano completamente distinto rispetto a quello oggetto dell'art. 521 co. 1 c.p.p.).

Identico schema vale per la regola – derivata anch'essa dall'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo in una ricchissima giurisprudenza – che vieta di fondare una sentenza di condanna *esclusivamente* su dichiarazioni non assunte nel contraddittorio tra le parti. Anche qui non c'è da disapplicare proprio alcuna norma interna contrastante: le norme che autorizzano a date condizioni la *lettura* – e dunque *l'acquisizione* nel fascicolo d'ufficio – di simili dichiarazioni (artt. 512 e ss. c.p.p., sulla base della 'copertura' di cui all'art. 111 co. 5 Cost.) continuano a trovare pacificamente applicazione; l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, interviene piuttosto a dettare una *regola sulla valutazione* di queste prove legittimamente ammesse, regola che si inserisce anch'essa *in uno spazio giuridicamente 'vuoto'*, affiancandosi alla regola di valutazione di cui all'art. 192 co. 3 c.p.p. di cui riproduce in sostanza la logica: le dichiarazioni di persone non passate al filtro del contraddittorio possono essere valutate come prove idonee a fondare una sentenza di condanna – esattamente come le chiamate in correità – *solo unitamente ad altri elementi di prova* che ne confermano l'attendibilità. Nessuna disapplicazione, dunque, né interpretazione conforme delle norme sulle letture consentite; ma *diretta applicazione* di una nuova regola di valutazione della prova contenuta nell'art. 6 CEDU, che si aggiunge con pari dignità alle regole di valutazione della prova già disciplinate dall'art. 192 c.p.p.

5.

(Segue): B) le norme dell'Unione europea.

Passando allora alle norme dell'Unione europea, in linea di principio il discorso è semplice: da almeno cinquant'anni è pacifico, dal punto di vista della giurisprudenza della Corte di giustizia, che esistano norme di diritto primario o derivato delle Comunità europee (e ora dell'UE) idonee a produrre *effetti diretti* negli ordinamenti degli Stati membri (*van Gend en Loos*, 1963), con effetto di *primazia* rispetto al diritto nazionale (*Costa c. Enel*, 1964), e dunque con obbligo per il giudice interno di *disapplicare la norma interna contrastante*, senza dovere né potere rimettere alla Corte costituzionale il compito di eliminare tale ultima norma (*Simmenthal*, 1978). Questi principi, come è altrettanto noto, sono stati integralmente recepiti dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza *Granital* (n. 170/1984), in seguito alla quale tutte le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto un sospetto contrasto tra norme interne e norme comunitarie o dell'UE dotate di effetto diretto sono state dichiarate *inammissibili*, spettando appunto direttamente al giudice ordinario risolvere la prospettata antinomia mediante la disapplicazione della norma interna contrastante.

La prima verifica che il giudice italiano dovrà compiere di fronte a un sospetto caso di antinomia tra norma interna e norma di diritto comunitario o diritto dell'UE attiene, dunque, all'idoneità di quest'ultima a produrre effetti diretti nell'ordinamento interno: verifica, peraltro, non sempre agevole, ma che deve essere condotta secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza (cinquantennale, appunto) della Corte di giustizia, sui quali non mi è possibile qui per ragioni di spazio analiticamente soffermarmi, ma che possono essere un po' grossolanamente sintetizzati nel carattere *incondizionato* della norma (che deve essere tale, cioè, da poter essere applicata senza necessità di ulteriori interventi normativi da parte del legislatore europeo: il che si verifica, tipicamente, quando la norma abbia contenuto *negativo*, riconducibile come tale allo schema del *divieto*), nonché – per ciò che concerne specificamente le *direttive* – l'inutile scadenza del termine di trasposizione e, soprattutto, la loro idoneità a fondare un *diritto* in capo all'individuo nei confronti dello Stato membro (c.d. effetto diretto *verticale*), restando per contro escluso l'effetto diretto nelle relazioni *orizzontali* tra gli individui.

Solo quando si sia escluso l'effetto diretto della norma europea in questione, diverrà attuale per il giudice l'obbligo di *interpretazione conforme* della disciplina interna, obbligo rispetto al quale non a caso la dottrina comunitaristica parla di "effetto *indiretto*" degli atti di diritto comunitario o dell'UE, appunto, sprovvisti di effetto diretto.

Qualche rapido cenno merita peraltro la questione, oggi di viva attualità, del possibile effetto diretto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), alla quale come è noto l'art. 6 TUE ha attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati, e dunque il rango di normativa di diritto primario dell'Unione. Da ciò discende che le disposizioni della Carta, nella misura in cui siano *incondizionate* – e cioè suscettibili di essere applicate senza necessità di essere concretizzate e precisate da atti di diritto derivato (cfr. *a contrario* la recente sentenza della Corte di giustizia 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT*, in causa C-176/12) –, possono certamente produrre *effetto diretto nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione* (cfr. in questo senso, per tutte, Corte di giustizia UE, sent. 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, in materia di divieto di discriminazione in base all'età di cui all'art. 14 della Carta; sulla nozione di *ambito di attuazione* del diritto dell'UE, di cui all'art. 51 CDFUE, cfr. recentemente C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10).

Ciò vale anche per le disposizioni che la Carta dedica al diritto e al processo penale (artt. 47-50); disposizioni che peraltro devono essere lette, in forza dell'art. 52 § 3 della Carta, come aventi identico significato e identica portata rispetto alle corrispondenti garanzie riconosciute dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il che comporta, in pratica, l'*incorporazione nelle norme della Carta dell'intero acquis di Strasburgo* in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU).

Tutto ciò non autorizza ad affermare – si badi – che la Convenzione europea sia stata 'comunitarizzata' in forza dell'art. 52 § 3 della Carta. Come ha giustamente precisato la Corte di giustizia, il Trattato di Lisbona non ha determinato nell'ambito dell'Unione alcun mutamento giuridico nel rango della Convenzione, che resta un trattato che vincola ciascuno Stato membro, ma non può essere considerato *di per sé* parte del diritto dell'Unione; con la

conseguenza che l'art. 6 § 3 TUE non obbliga in via generale gli Stati membri ad applicare direttamente, nei rispettivi ordinamenti giuridici, le norme della CEDU (C. giust., Grande Sezione, sent. 24 aprile 2012, *Kamberaj*). Se è vero, tuttavia, che *nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione* trovano applicazione per tutti gli Stati membri le norme della Carta (art. 51 CDFUE), e che tali norme – in quanto norme di diritto primario – sono certamente suscettibili di diretta applicazione negli ordinamenti interni sussistendo le condizioni poc'anzi rammentate; e se è vero, altresì, che nella misura in cui le norme della Carta corrispondano a quelle della CEDU, il loro contenuto e la loro portata saranno da intendersi come identici a quelli delle corrispondenti norme convenzionali (art. 52 § 3 CDFUE), la conseguenza è obbligata sul piano logico: limitatamente all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il giudice ordinario ben potrà, e anzi dovrà, *disapplicare le norme interne contrastanti con le norme della CEDU implicitamente richiamate dalla Carta*, e in particolare – per ciò che concerne in giudice penale – dovrà disapplicare le norme interne incompatibili con i principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di *fair trial* (art. 6 CEDU) e di *nullum crimen* (art. 7 CEDU). In tal modo, il giudice assicurerà la diretta applicazione non tanto alle norme della CEDU in quanto tali, ma *della stessa Carta*, che tali norme incorpora e fa proprie tramite il 'trasformatore' rappresentato dall'art. 52 § 3.

Questa conseguenza, ancora non ben interiorizzata dalla giurisprudenza italiana, si ricava del resto implicitamente anche dalla recente giurisprudenza costituzionale italiana, e in particolare dalla sentenza 80/2011. In quella occasione, la Corte ha bensì negato che i principi in tema di pubblicità delle udienze desumibili dall'art. 6 CEDU potessero essere applicati direttamente dal giudice ordinario, con contestuale disapplicazione della norma di legge interna contrastante; ma ciò in quanto la fattispecie oggetto di quel particolare giudizio – il procedimento di prevenzione – era certamente *estranea all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*, e per ciò stessa estranea anche all'ambito di applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51 CDFUE.

Dovrà invece riconoscersi la possibilità/doverosità di un effetto diretto della Carta (e dunque, mediatamente, delle disposizioni corrispondenti della CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo) ogniqualvolta si versi nell'ambito di applicazione del diritto UE. Il che potrà accadere, ad es., quando la norma interna che dovrebbe essere applicata nel caso di specie incida su una materia positivamente regolata, a livello europeo, mediante una direttiva, come accade ormai in molti settori del diritto penale (si pensi alla tutela dell'ambiente, della libertà e integrità sessuale dei minori, alla materia dello sfruttamento del lavoro degli immigrati clandestini, alla tratta degli esseri umani, etc.) e del processo penale. Qui nessun intervento del giudice delle leggi sarà più richiesto: alla luce dell'art. 6 § 3 TUE, in combinato disposto con l'art. 51 della Carta, il *giudice ordinario* sarà tenuto egli stesso a risolvere eventuali antinomie tra la Carta (e, mediatamente, la stessa Convenzione) e le norme interne pertinenti, mediante la *disapplicazione* di queste ultime.

6.

Secondaverifica: la norma interna è suscettibile di interpretazione conforme?

E veniamo così all'ipotesi in cui, invece, il giudice concluda che la norma europea rilevante per la decisione del caso di specie *non è suscettibile di diretta applicazione*: o perché si tratti di norma del diritto UE inidonea a produrre effetto diretto, secondo i principi dell'ordinamento di provenienza; o perché si tratti di norma convenzionale che, pur se 'incorporata' nell'ordinamento tramite la clausola di piena e intera esecuzione contenuta nella legge di autorizzazione alla ratifica, si inserisca tuttavia in uno *spazio già regolato da una norma di legge nazionale prima facie contrastante con la norma europea*.

In questa ipotesi, il giudice deve accertare *se l'antinomia davvero sussista*, ovvero possa essere superata in via ermeneutica, mediante l'*interpretazione conforme* della norma interna.

Al tema dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale ho dedicato qualche tempo un'estesa analisi (*Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, La Tribuna, 2010, pp. 617-679), alla quale non posso che rinviare per ogni dettaglio e riferimento bibliografico e giurisprudenziale.

ziale. In questa sede, mi preme però porre nuovamente in evidenza alcuni profili di particolare rilevanza per la prassi applicativa.

Anzitutto la *priorità* dell'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle tecniche ermeneutiche 'classiche' di cui dispone il giudice: interpretazione letterale, storica, sistematica, teleologica. Salvo il limite della radicale incompatibilità con la lettera della norma, sul quale tornerò tra qualche istante, si deve infatti ritenere che il giudice sia *sempre* tenuto a optare per un'interpretazione il cui risultato armonizzi con gli obblighi sovranazionali assunti dal nostro Paese, e non sia con essi in contrasto; e ciò anche se, per avventura, la *volontà del legislatore storico* – così come desumibile, ad es., dai lavori preparatori – andasse in una direzione opposta, dal momento che il legislatore medesimo è oggi vincolato al principio del rispetto degli obblighi internazionali in forza dell'art. 117 co. 1 Cost., e non ha più il potere di porre in essere nel nostro ordinamento norme valide in contrasto con tali obblighi, come invece si riteneva in passato. Anche il *telos* della norma interna e il *sistema* nel quale essa si inserisce devono ormai essere ricostruiti tenendo conto degli obblighi imposti dagli obblighi sovranazionali, che determinano l'ingresso nell'ordinamento di nuovi finalità e principi, dei quali l'interprete è chiamato a tenere conto anche nell'interpretazione delle norme di origine puramente nazionale.

Il *limite logico* dell'interpretazione conforme sta però, come anticipato, nell'impossibilità di pervenire per questa via a un risultato *incompatibile con la lettera della norma*, dal momento che in una tale ipotesi la norma sarebbe semplicemente *disapplicata* in favore della norma sovranazionale: un risultato che presupporrebbe, tuttavia, l'effetto diretto della norma sovranazionale, che per definizione essa non deve possedere perché si possa porre il problema dell'interpretazione conforme della norma interna. Il limite della compatibilità del risultato ermeneutico con la lettera della norma segna dunque il confine tra il *potere del giudice ordinario* di assicurare la compatibilità del diritto interno agli obblighi europei attraverso l'interpretazione conforme – laddove possibile –, e il suo *dovere di investire di tale compito la Corte costituzionale* mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale della norma interna in ragione del suo contrasto – insuperabile in via interpretativa – con la normativa europea. Sulla *lettera della norma* si gioca, in altre parole ancora, la *ripartizione di competenza tra giudice ordinario e giudice costituzionale* nell'adeguamento del diritto interno agli obblighi europei – così come, del resto, più in generale accade rispetto al compito di assicurare la compatibilità dell'ordinamento agli obblighi derivanti dalla Costituzione.

Un po' più complessa appare la questione se l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo incontri *ulteriori limiti* di natura – questa volta – *assiologica*, in particolare con riferimento alla possibilità di un conflitto nel caso concreto tra tale canone ermeneutico e l'*obbligo di interpretazione conforme a Costituzione*. *Quid iuris*, cioè, se il risultato cui si pervenga attraverso l'interpretazione conforme della norma interna agli obblighi europei – l'unico risultato, in ipotesi, che consenta di armonizzare la norma interna con questi ultimi obblighi – risulti in concreto *incompatibile con i principi costituzionali*?

La questione evoca, in un contesto tutt'affatto diverso da quello usuale, il problema dei c.d. *controlimiti* alle limitazioni di sovranità che derivano *ex art. 11 e 117 co. 1 Cost.* dagli obblighi dell'Unione europea, nonché al connesso problema dei limiti alla stessa potestà legislativa che derivano dagli obblighi internazionali vincolanti per il nostro Paese ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost. La posizione della Corte costituzionale è in proposito assai netta: gli obblighi europei non possono pregiudicare la prioritaria tutela dell'insieme degli obblighi derivanti dalla Costituzione per quanto riguarda i comuni obblighi internazionali (tra cui quelli derivanti dalla CEDU e dai suoi protocolli: cfr. in questo senso le sentenze 348 e 349/2007), ovvero la tutela di un nucleo minimo di "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE (cfr. già in questo senso la sent. 170/1984). Se dunque tali limiti devono essere fatti valere dalla Corte costituzionale nei giudizi aventi ad oggetto la compatibilità delle norme interne con gli obblighi sovranazionali, analogamente essi si imporranno per il *giudice ordinario* in sede di interpretazione conforme della norma interna a tali obblighi sovranazionali, l'obbligo di interpretazione conforme dovendo intendersi come limitato dal (prevalente) obbligo di assicurare la compatibilità del risultato ermeneutico con gli obblighi costituzionali (o quanto meno, con riferimento al diritto UE, con il 'nucleo duro' dei controlimiti di cui parla la giurisprudenza costituzionale).

Il ragionamento appena svolto è – mi pare – inattaccabile sul piano teorico; ma non è

davvero facile immaginare ipotesi concrete in cui un simile dilemma possa porsi al giudice ordinario italiano. Giacché, non lo si dimentichi, gli obblighi europei che qui rilevano appartengono a due fondamentali categorie: o sono essi stessi il mero rovescio di diritti fondamentali riconosciuti internazionalmente nei confronti dello Stato (è il caso degli obblighi derivanti dalla CEDU, dai suoi protocolli addizionali e della Carta dei diritti fondamentali dell'UE); ovvero sono obblighi di fonte UE, la cui validità – nello stesso ordinamento giuridico di provenienza – è condizionata al rispetto di quegli stessi diritti fondamentali, che sono al tempo stesso principi generali del diritto dell'Unione. Che si possa giungere ad affermare la contrarietà alla Costituzione italiana dell'obbligo di rispettare un diritto fondamentale riconosciuto dalla comunità internazionale è – per fortuna – ipotesi di rilevanza solo teorica; e quanto all'ipotesi in cui il giudice ordinario abbia ragione di sospettare che un determinato obbligo di fonte UE – ad esempio, l'obbligo di criminalizzazione di una data condotta – violi un diritto fondamentale, egli avrà sempre la possibilità di sottoporre alla Corte di giustizia una *questione pregiudiziale di validità ex art. 267 lett. b) TFUE* della norma UE per contrasto con tale diritto fondamentale, con ogni verosimiglianza riconosciuto non solo dalla Costituzione italiana ma anche in sede europea.

Si afferma frequentemente presso la dottrina italiana, infine, che al giudice ordinario sarebbe precluso giungere a una interpretazione estensiva della norma incriminatrice per assicurarne la conformità rispetto agli obblighi europei; si da riconoscere un ulteriore limite all'obbligo di interpretazione conforme, rappresentato dal *divieto di interpretazioni estensive della norma incriminatrice*. L'affermazione, tuttavia, non convince, a meno che per "interpretazione estensiva" non si intenda in realtà una interpretazione *tout court analogica* della norma (secondo un'equiparazione terminologica corrente in contesti culturali e linguistici diversi da quelli italiani), che è certamente vietata dal principio di legalità in materia penale, sulla base dell'art. 25 co. 2 Cost. così come sulla base dell'art. 7 CEDU (e dunque anche dell'art. 49 CDFUE). Finché tuttavia il risultato interpretativo risulti compatibile con i possibili significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore, nessun principio o diritto fondamentale risulterà violato; e proprio non vedo perché mai il giudice penale non possa optare, tra due possibili interpretazioni della norma incriminatrice – entrambe coperte dal suo significato letterale, e pertanto entrambe legittime ai sensi dell'ordinamento interno! –, quella che ne estenda l'ambito di applicazione anche a condotte che la norma europea impone che siano sottoposte a pena.

A una diversa conclusione dovrebbe giungersi soltanto se esistesse nell'ordinamento italiano un principio ermeneutico (tanto importante da imporsi sui contrastanti obblighi di fonte europea!) secondo cui, nel dubbio tra due possibili interpretazioni di una norma penale, il giudice dovrebbe comunque optare per quella che ne riduce l'ambito di applicazione – una sorta, insomma, di *in dubio pro reo*, riferito però non all'accertamento processuale del fatto, ma all'interpretazione della norma incriminatrice –: ma un tale canone ermeneutico, in realtà, non esiste, in assenza di alcun plausibile fondamento normativo nel nostro ordinamento, né tanto meno nelle fonti internazionali vincolanti per il nostro Paese.

7.

Il ruolo di ultima istanza della Corte costituzionale.

L'ultimo strumento a disposizione del giudice per uniformare l'ordinamento interno agli obblighi di fonte europea è rappresentato dalla proposizione di una *questione di legittimità costituzionale* della norma interna *a)* sprovvista di effetto diretto e *b)* insuscettibile di essere armonizzata con tali obblighi europei attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme.

Una simile questione può, come è noto, essere impostata sulla base di due distinti parametri: l'art. 11 e l'art. 117 co. 1 Cost. Quest'ultima norma entrerà in gioco in via esclusiva allorché il giudice assuma il contrasto della norma interna con un obbligo *stricto sensu* internazionale, e in particolare con la CEDU e i suoi protocolli addizionali, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo; mentre entrambi i parametri dovranno essere invocati quando il contrasto sia con una norma dell'UE (sprovvista, ovviamente, di effetto diretto).

La palla passerà, a questo punto, alla Corte costituzionale, alla quale spetterà il compito di eliminare dall'ordinamento – con effetto *erga omnes* – la norma in contrasto con gli obblighi sovranazionali che vincolano il nostro Paese, salva una verifica di ultima istanza in relazione ai già menzionati "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti

inalienabili della persona umana” per quanto concerne gli obblighi derivanti dal diritto UE e con l’insieme dei principi costituzionali per quanto riguarda gli obblighi internazionali *stricto sensu*.

8.

Un dubbio, e un auspicio conclusivo.

Scorrendo rapidamente le poche pagine che precedono prima di licenziare definitivamente questo lavoro, mi assale il timore che il lettore possa uscire, anziché con le idee finalmente schiarite, con un gran mal di capo, e con in tasca l’impressione, che era invece mia intenzione dissipare, della estrema complessità di questa materia, patrimonio di pochi iniziati e inaccessibile alla massa degli operatori giuridici, assillati da ben altri urgenti problemi.

Spero davvero che così non sia: come sempre accade rispetto a qualsiasi problema giuridico, alcuni passaggi sono ancora bisognosi di approfondimenti e di elaborazioni giurisdizionali, e altri sono tuttora discussi dalla dottrina e dalla prassi; ma le linee essenziali del discorso sono ormai ben consolidate, e generalmente condivise, in modo da poter orientare in maniera sicura l’attività del giudice. Il quale ha davanti a sé, come ho cercato di mostrare, una sorta di percorso obbligato: una *serie di tappe* che deve percorrere, in un ordine ben preciso, nell’adempimento del proprio compito di assicurare l’adeguamento del diritto nazionale (e dunque anche del diritto e della procedura penale) agli obblighi europei, portando così al proprio naturale compimento, nel singolo caso concreto, quel medesimo dovere che l’art. 117 co. 1 Cost. pone a carico del legislatore.

Alcuni passaggi, ripeto, potranno apparire ancora un po’ ostici; ma il continuo accumularsi dell’esperienza applicativa, che purtroppo in queste poche pagine non è stato possibile evocare se non in maniera frammentaria, contribuirà certamente a dipanare queste residue difficoltà, e a rendere familiare questa materia anche alla gran massa degli operatori del nostro sistema penale, e in particolare ai *giudici ordinari*. Sulle cui spalle, come ho cercato di dimostrare, ricade in larghissima parte la responsabilità di restituire al nostro sistema penale – attraverso il continuo confronto con gli standard europei – efficienza, giustizia, e prestigio agli occhi del mondo.