

Europa e diritto penale: i nodi al pettine

di **Francesco Palazzo** - *Ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze*

I rapporti tra Europa dei diritti e sistema penale nazionale vanno facendosi sempre più articolati e difficili, con una crescente capacità del diritto europeo di penetrare nell'ordinamento interno, specie attraverso l'opera diffusa e costante della giurisprudenza anche penale, suscitando peraltro non poche reazioni di diffidenza od insofferenza. In questo quadro, una recente ed importante sentenza della Corte costituzionale - la n. 80 del 2011 - ha affrontato il delicato tema della disapplicazione diretta da parte del giudice italiano di norme interne in contrasto con la Cedu. Su quella traccia, è urgente una riflessione pacata e consapevole, scevra da pregiudizi, sui limiti del potere di disapplicazione, il cui esercizio dovrà tenersi in equilibrio tra l'esigenza "europea" di una sempre più efficace tutela dei diritti dell'uomo e l'esigenza "interna" di salvaguardare la fisionomia costituzionale del nostro ordinamento.

Uno scenario complesso

Sarebbe difficile negare che l'agenda politica italiana sui problemi della giustizia penale tende sempre più a rimanere in un cono essenzialmente nazionale, che lascia nell'ombra i complessi rapporti tra diritto interno e diritto europeo. Vicende giudiziarie clamorose calamitano l'attenzione dell'opinione pubblica e l'impegno delle forze politiche, indubbiamente spingendo poi il discorso verso orizzonti lontani e complessi che impegnano su temi di fondo, come il rapporto tra giustizia e politica o lo stesso assetto della magistratura nel quadro costituzionale. I toni accesi, più che alti, della discussione al riguardo distraggono l'attenzione dalle mutazioni profonde che si consumano senza posa nello scenario giuridico europeo, nel quale nonostante tutto l'Italia continua a collocarsi.

Anzi, per la verità, e proprio con speciale riferimento all'area della giustizia penale, più che un atteggiamento un po' provinciale di indifferenza verso la dimensione europea dell'esperienza giuridica, sembra di cogliere addirittura una posizione di difficoltà se non proprio di insofferenza. E certamente le difficoltà sono tante, sol che si pensi alle sempre numerose condanne che Strasburgo ci infligge su punti qualificanti di una civiltà giuridica: la lunghezza dei processi, il sovraffollamento carcerario, la mancanza di pubblicità del processo di prevenzione, per citare solo i temi più eclatanti e più ricorrenti. Ma anche l'insofferenza è percepibile, e non di rado anche in alcune frange della cultura penalistica, specie rispetto alla crescente invadenza dei cosiddetti obblighi di penalizzazione provenienti dall'Unione europea

non senza un qualche fondamento, si avverte imminente il rischio di una progressiva espropriazione del parlamento nazionale che vede sempre più ridotto il suo margine di apprezzamento nelle scelte di criminalizzazione, proprio nel momento in cui per contro si vagheggia una sua sovraordinazione rispetto agli altri poteri costituzionali (mediante improbabili progetti di riforma della stessa Carta fondamentale).

Al fondo, l'insofferenza per l'Europa giuridica si ricollega al *Leitmotiv* della attuale politica penale, impegnata com'è nell'opera di ridimensionamento del ruolo dei giudici. Ed in effetti, come non rendersi conto che il diritto europeo penetra nel nostro ordinamento sempre più intensamente veicolato dall'opera per l'appunto dei giudici? È il giudice ordinario che, dopo le sentenze costituzionali 348 e 349 del 2007, è tenuto all'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; è il giudice costituzionale che dichiara la incostituzionalità ex art. 117 Cost. delle disposizioni contrastanti con la Cedu in ragione del ruolo di "norme interposte" assunto dalle norme convenzionali e dopo avere scrutinato la compatibilità di queste ultime coi principi costituzionali; è, infine, il giudice di Strasburgo che indica la via a quello nazionale, comune e costituzionale, visto e considerato che i parametri Cedu vanno assunti nel contenuto loro dato dall'interpretazione della Corte dei diritti dell'uomo; così come sono i giudici di Lussemburgo che, interpretando pregiudizialmente il diritto europeo direttamente applicabile in Italia e prevalente su quello interno incompatibile, suggeriscono la parte ai giudici nazionali.

Facile comprendere come questo stato di cose metta già a dura prova la pazienza di chi professa un certo antieuropeismo vagamente nazionalistico e un chiaro revanscismo antigiusdizionale. Ancor più facile, dunque, immaginare la vera e propria insofferenza all'idea che i giudici comuni possano disapplicare le norme interne eventualmente in contrasto con le norme Cedu in ragione del loro nuovo assetto nel quadro delle fonti del diritto dell'Unione europea. Dopo il Trattato di Lisbona, infatti, si è ipotizzato che le norme Cedu abbiano assunto natura di 'diritto europeo' avente lo stesso 'rango' del diritto dei Trattati, in virtù del nuovo art. 6 TUE. Quest'ultimo, com'è noto, dispone al comma 3 che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». E solo da un punto di vista "formale" si può dire che la vera fonte europea di quei diritti fondamentali sono i «principi generali», mentre le norme Cedu sarebbero solo «strumentali» all'individuazione di quei principi.

Ma soprattutto sarebbe il gioco a catena del comma 1 dell'art. 6 TUE e del comma 3 dell'art. 52 della Carta di Nizza a comportare l'inserimento dei diritti fondamentali previsti dalla Cedu nel diritto europeo dei Trattati. Dispone il primo: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 [Carta di Nizza] [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Dispone il secondo: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla stessa convenzione».

Dunque, ammesso che i diritti contenuti nella Cedu - nel contenuto loro dato dall'interpretazione della Corte di Strasburgo - sono da considerare oggi come facenti parte del diritto dell'Unione, la prevalenza di quest'ultimo sul diritto interno comporterebbe la possibilità per il giudice nazionale di disapplicare le norme interne in contrasto, senza attivare il giudizio incidentale di legittimità costituzionale secondo lo schema delle sentenze 348 e 349 del 2007.

Dal punto di vista interno, una vera e propria rivoluzione, posto che si sarebbe nella sostanza passati da un sistema accentrato di controllo di legittimità delle leggi ad un sistema diffuso, capovolgendo così la oculata scelta del nostro costituente. Il tutto ag-

gravato dal fatto che l'elenco e l'articolazione contenutistica dei diritti previsti dalla Carta di Nizza si rivelano decisamente consistenti e la giurisprudenza di Strasburgo sulla Cedu particolarmente evolutiva.

La disapplicazione delle norme interne in contrasto con la Cedu e il limite delle materie di "competenza europea"

Di fronte a quello che a taluno potrebbe apparire il pericolo di una deriva, vi è stato un limpido pronunciamento della Corte costituzionale: si tratta della sentenza del 7-11 marzo 2011, n. 80, di cui è stato relatore e redattore Giuseppe Frigo. Non è questo il luogo né per riassumere la questione e la vicenda all'origine della decisione, né per ripercorrere il serrato e condivisibile apparato argomentativo. Qui c'interessa piuttosto segnalare il nucleo centrale del *dictum* della Consulta. In estrema sintesi, si può dunque dire che, per un lato, la Corte non ha affatto negato che il nuovo assetto delle fonti realizzato con l'art. 6 TUE comporti il potere di disapplicazione diretta della norma interna contrastante con le norme Cedu; per l'altro lato, la Corte ha negato l'esistenza di quel potere al di fuori delle materie di competenza dell'Unione e cioè, più precisamente, rispetto a norme nazionali che non costituiscano attuazione del diritto europeo e siano invece «prive di ogni legame con tale diritto». E i giudici della Consulta hanno inoltre molto puntualmente ricordato in proposito la incisiva precisazione contenuta nello stesso art. 6 TUE, dove, nel chiaro intento di bloccare sul nascere le tentazioni di pericolose fughe in avanti che avrebbero irrigidito la diffidenza degli Stati, è espressamente stabilito che «[L]e disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati».

Tutto chiaro e pacifico, allora? Non proprio, perché le peculiarità del diritto penale sono tali da non consentire di sciogliere tutti i nodi che l'Europa giuridica ha posto (e verosimilmente continuerà a porre) anche al legislatore più distratto ed insofferente. Com'è ben noto, il diritto penale si caratterizza per essere un modo di disciplina più che per il campo di materia disciplinato. Esso trova l'unitarietà della sua ratio essendi nella forma di tutela attraverso la pena e il paradigma della responsabilità penale, come conformato dai relativi principi fondamentali, mentre i campi di materie tutelate sono i più eterogenei appartenendo ad aree anche molto distanti dell'ordinamento: dagli interessi finanziari al comune senso del pudore, dalla salute pubblica alla sensibilità degli animali. Come è facile comprendere, ciò com-

porta una sorta di implicita ed ineliminabile contraddizione tra l'ordinamento europeo, che in effetti - nonostante la notevole sua dilatazione - continua ad essere organizzato per campi di materie, e il diritto penale, che per un verso continua ad essere appannaggio degli Stati e per l'altro rimane un ordinamento unitario in quanto modalità di disciplina e di tutela.

È certamente vero che la cosiddetta "competenza penale" dell'Unione europea, cioè il suo ruolo armonizzatore anche della 'disciplina penale' è stabilita dall'art. 83 TFUE con riferimento innanzitutto a determinate 'materie', ed in primo luogo alle materie che hanno costituito oggetto di misure di armonizzazione sotto il profilo extrapenale. Ma ciò non può significare che la fisionomia del 'modo di disciplina', cioè del diritto penale in quanto tale, si frantumi a seconda della materia di volta in volta disciplinata, se cioè sia oppure no oggetto di armonizzazione europea. Ed i diritti fondamentali, proprio perché concorrenti a delineare il volto costituzionale del diritto penale, contribuiscono e fissare i caratteri unitari del modo di disciplina penale. In sostanza, per fare un esempio estremo e paradossale, se un ordinamento rifiuta la pena di morte quale sanzione punitiva, tale principio abolizionista non potrà valere per certe materie sì e per altre no. Se principio fondamentale dell'intervento sanzionatorio penale è quello di proporzione, esso connoterà la disciplina punitiva quale che sia la materia disciplinata. In definitiva, i diritti fondamentali, in quanto espressivi dei caratteri generali identificativi del diritto penale, hanno una insopprimibile vocazione ad affermarsi in modo uniforme e totale nell'intero ordinamento penale. Il che non esclude che siano possibili gradazione e sfumature diverse nell'attuazione di tali principi nella specifica disciplina penale delle varie materie. Ma, a parte il fatto che spesso si entra così nella logica del rapporto regola/eccezione, la diversificazione da un lato non potrà spingersi fino a negare il principio fondamentale assunto ad elemento caratterizzante della disciplina penale; dall'altro, dovrà essere ragionevolmente fondato sulle peculiari esigenze di tutela proprie della materia disciplinata più che sul dato in fondo estrinseco della sua appartenenza esclusiva all'ordinamento interno ovvero anche a quello europeo.

Alla radice della necessaria unitarietà della fisionomia impressa al diritto penale (alla disciplina penale) dai diritti fondamentali vi è in fondo un sovraordinato principio di eguaglianza di trattamento (le cui eccezioni non possono che essere guardate con grande sospetto).

Come se tutto ciò non bastasse, va inoltre considerato che il TFUE provvede oggi all'individuazione dei campi di rilevanza penale europea, non solo mediante identificazione degli specifici settori di materie in quanto appunto oggetto delle misure di armonizzazione (la produzione vitivinicola piuttosto che la sicurezza dei giocattoli, per fare qualche esempio), ma anche individuando tipologie e forme di aggressione più che interessi meritevoli di protezione. Ed invero, l'art. 83.1 TFUE fa riferimento ad almeno due forme 'generiche' di criminalità che sono quella transazionale e quella organizzata: orbene, sarebbe molto difficile immaginare che l'operatività dei diritti fondamentali mediante disapplicazione diretta potesse essere limitata alle norme - eventualmente in contrasto - disciplinanti appunto le forme di manifestazione criminosa transazionale od organizzata, senza invece potersi estendere alle altre forme, per così dire "normali", di manifestazione della criminalità aggressive magari degli stessi interessi tutelati.

Il controllo di convenzionalità tra disapplicazione diretta e rinvio alla Corte costituzionale

Si tratta di nodi difficili da sciogliere, che lasciano intravedere scenari inquietanti ai quali sarebbe opportuno che anche il legislatore dedicasse una qualche attenzione con mentalità aperta e consapevole. Indubbiamente, sussiste l'esigenza di impedire quella sorta di deriva - o quantomeno di trasformazione costituzionale - cui facevamo prima riferimento. In questa prospettiva, andrebbero forse valorizzati, oltre quello già utilizzato dalla Corte costituzionale, anche argomenti per così dire "interni" al meccanismo della disapplicazione da parte del giudice comune.

In effetti, sembrerebbe che la disapplicazione diretta presupponga che le due norme in presunto contrasto si pongano ad uno stesso grado di astrazione, capace appunto di far derivare in modo logicamente necessario ed univoco la contraddizione tra di esse. Se una dispone, ad esempio, il divieto della pena di morte e l'altra la commina per una determinata fattispecie, la contraddizione è flagrante perché il contenuto precettivo di entrambe si pone allo stesso grado di astrazione.

Ma questo è caso raro quando si tratta di diritti fondamentali aventi una sostanziale portata costituzionale. Il contenuto del diritto fondamentale, e soprattutto il suo necessario bilanciamento con altri valori meritevoli di considerazione, molto raramente può prescindere da un'opera di concretizzazione

dotata talvolta di grandi margini di apprezzamento che solo la consolidazione storica e la competenza istituzionale di organi a ciò appositamente deputati - si tratti del legislatore o della Corte costituzionale - possono legittimamente percorrere. Non che quest'opera di concretizzazione non possa essere in linea di principio rimessa anche interamente nelle mani del giudice comune, ma questa scelta è appunto di tipo costituzionale perché a ben vedere involge l'opzione tra modello diffuso od accentrato di controllo della legittimità delle leggi. A ben vedere il vero nodo problematico posto oggi dal nuovo assetto europeo delle fonti è proprio questo. Senza chiudersi gli occhi dinanzi a questo genere di trasformazioni indotte dall'"Europa del diritto", una possibile linea di

equilibrio potrebbe proprio essere quella che - senza rigidità ma con prudenza e discernimento - si fondasse sulla omogeneità del grado di astrazione delle due norme in contrasto: ove equivalente e pertanto univoca la loro contraddizione, il giudice comune potrebbe disapplicare direttamente la norma interna in quanto incompatibile; ove invece il grado di astrazione della norma convenzionale fosse più alto e distante rispetto alla norma interna, e dunque necessitante di concretizzazione contenutistica, il giudizio di incompatibilità non potrebbe che essere rimesso ad un organo a ciò appositamente legittimato. Uno strumento indubbiamente sofisticato, la cui buona gestione esigerebbe non solo intelligenza ma anche prudenza e spirito di reciproca fiducia.

LIBRI

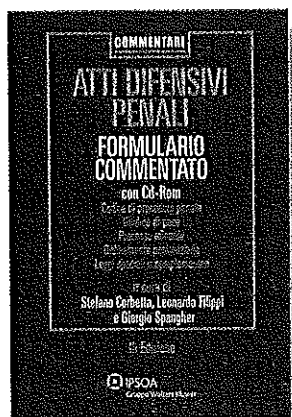
COLLANA: **Commentari**

ATTI DIFENSIVI PENALI

Formulario commentato - III ed.

Con Cd-Rom

A cura di Stefano Corbetta, Leonardo Filippi e Giorgio Spangher



L'Opera riporta tutte le **formule** relative al **procedimento penale: ordinario** (norme del **codice di rito**, con i rimandi al **codice penale** e, con riguardo alla **fase esecutiva**, alle disposizioni sull'**ordinamento penitenziario** e in materia di **stupefacenti**) e **complementare** (davanti al **giudice di pace** e **minorile**); particolare riguardo viene anche riservato agli atti relativi alle **misure di prevenzione**, alla **responsabilità amministrativa degli enti**, al **recupero dei crediti professionali** (T.U. spese di giustizia), al **risarcimento danni per durata irragionevole del processo** (legge Pinto) e alle formule per i **ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo**.

NOVITÀ:

In questa edizione sono **commentati per la prima volta:**

- il T.U. Immigrazione (d.lgs. 286/1998)
- esecuzione domiciliare per pena de-

tentive non superiori a un anno (l. 199/2010)

Ogni articolo di riferimento è strutturato in tre "moduli": un **inquadramento sistematico**, l'**atto** e una **rassegna della giurisprudenza** più significativa.

CD-ROM:

Il Cd-Rom allegato contiene **394 formule** utilizzabili con **qualsunque sistema di videoscrittura** ed adattabili al **caso specifico**.

Ipsoa 2011, euro 145,00, pagg. 3040

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>