

7.1.3. *L'incidenza dell'ordinamento comunitario sugli istituti giuridici penali interni*

Circa il tema dell'incidenza, anche indiretta, dell'ordinamento comunitario sugli istituti giuridici penali di diritto interno, si è rilevato che sulla scorta dei principi di primazia e di efficacia diretta del diritto comunitario su quello nazionale, le norme comunitarie tendono sempre più ad interferire, nella loro funzione regolativa di ampi settori della vita economica e sociale, con la sfera applicativa delle sanzioni anche penali degli Stati membri. In questa direzione, dapprima la giurisprudenza comunitaria e successivamente anche la giurisprudenza costituzionale hanno riconosciuto che le disposizioni dei Trattati e degli altri atti istituzionali che siano direttamente applicabili (come i regolamenti e le direttive che abbiano carattere analitico, c.d. *self executing*⁴⁸), hanno il duplice effetto di rendere inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, da neutralizzare con la tecnica dell'*interpretazione conforme*, ove possibile⁴⁹, ovvero della *disapplicazione* della norma interna irrimediabilmente contrastante a favore dell'applicazione di quella comunitaria⁵⁰, nonché di impe-

⁴⁸ Rinviando alla manualistica specifica sull'argomento circa le fonti del diritto comunitario immediatamente operative negli ordinamenti degli Stati membri, in questa sede giova sottolineare che hanno efficacia diretta ed automatica nel nostro ordinamento anche le sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ossia quelle sentenze che, emesse in sede non contenziosa di rinvio c.d. pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 (ex 234) del Trattato dell'Unione, interpretano le norme comunitarie, in modo da orientare i giudici nazionali circa la loro reale portata e, quindi, la loro compatibilità o meno con norme interne da disapplicare qualora in contrasto con le prime (cfr. Cass., Sez. III, 30 settembre 2008, n. 41893, per cui il potere-dovere del giudice di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa comunitaria sussiste solo laddove tale ultima normativa sia dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno).

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 6 ottobre 2009, n. 38691, in tema di confisca c.d. per equivalente, che afferma l'inammissibilità di una interpretazione comunitariamente orientata qualora determini un'estensione *in malam partem* della fattispecie penale interna.

⁵⁰ E non anche sollevando la questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 10, 11 e oggi pure dell'art. 117 novellato Cost. Invero, la giurisprudenza costituzionale dopo un'iniziale adesione alla tesi del sindacato di costituzionalità della norma interna contrastante con quella comunitaria, in considerazione dei rapporti di particolare compenetrazione esistenti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale (si pensi, ad esempio, alla possibilità che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha di determinare l'applicazione corretta di una norma comunitaria nel nostro Stato su sollecitazione del giudice nazionale mediante il rinvio c.d. pregiudiziale previsto dall'art. 267 (ex 234) del Trattato dell'Unione Europea), ha aderito alla tesi della disapplicazione della norma di diritto interno confliggente. La Corte di Giustizia CE ha, invece, prima del nostro giudice costituzionale sostenuto la disapplicabilità della norma interna incompatibile, sostenendo che "*qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha non solo l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli*", ma anche l'ulteriore vincolo di disapplicare "*immediatamente e direttamente*" le disposizioni nazionali contrastanti della legge interna "*sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria*" (ex plurimis, CGCE, 8 novembre 2005, n. C-443/2003, Gotz Lefler). Va, peraltro, segnalato un recente arresto della Suprema Corte per cui la non applicazione di una norma nazionale da parte del giudice è possibile soltanto allorché si sia in presenza di un *diretto contrasto tra una puntuale norma interna con un altrettanto puntuale precetto comunitario*, situazione questa

dire per il futuro la valida formazione di atti normativi nazionali incompatibili con norme comunitarie.

*L'incidenza
in bonam
partem*

L'incidenza riflessa del diritto comunitario sul diritto penale interno può essere *in bonam partem* ovvero *in malam partem*. La prima è evidentemente ammissibile, poiché tende ad un trattamento di favore, restringendo l'ambito del penalmente rilevante, sicché non stride con l'assenza di potestà normativa penale degli organi comunitari. La stessa Corte di Giustizia ha affermato che il diritto comunitario può condizionare le scelte di politica criminale del legislatore interno proprio *in bonam partem*. Infatti, la Corte di Lussemburgo ha avuto modo di precisare che anche se, in via di principio, la legislazione penale è riservata alla competenza degli Stati membri, il diritto comunitario pone comunque limiti a tale competenza, non potendo una norma incriminatrice interna limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario⁵¹.

L'incidenza *in bonam partem* si manifesta sia in ordine ad *istituti di parte generale*, sia con riferimento alle *singole fattispecie di reato* escludendo o restringendo la portata applicativa di una norma incriminatrice.

Si pensi all'influenza che una norma comunitaria può esercitare sull'istituto della *colpa* (specie sulla c.d. colpa specifica). Una disposizione emanata da organi comunitari, infatti, può indicare il canone di comportamento, in un determinato settore, che un soggetto deve osservare perché possa essere ritenuto conforme alle regole dell'attività che quel soggetto svolge. In questo caso, se il soggetto tiene un comportamento caratterizzato da profili di colpa ai sensi della normativa interna, ma rispettoso dei canoni di condotta stabiliti a livello comunitario, in virtù del principio di primazia del diritto comunitario, sicuramente operante, quel soggetto non potrà essere considerato in colpa e andrà esente da responsabilità.

che può verificarsi, rispetto ad un principio generale del Trattato CE, solo qualora sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo. Nel caso invece di una situazione di *non conformità* di una norma nazionale con un *principio generale* del diritto comunitario non specificato dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale dovrebbe tentare un'interpretazione conforme e laddove questa strada si riveli impraticabile, egli sarebbe tenuto a sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, ovvero una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. "*non si tratterebbe, infatti, di 'non applicare' la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, 'disapplicare' o 'eliminare' la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica aggirata se si ammettesse una sorta di controllo diffuso di compatibilità comunitaria*" (Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 18767).

⁵¹ Si vedano, le sentenze 6 marzo 2007 C-338/04; 19 gennaio 1999 C-348/96. Inoltre, in quest'ottica, lo Stato membro non può applicare una sanzione penale per il mancato espletamento di una formalità amministrativa allorché l'adempimento di tale formalità viene rifiutato o è reso impossibile dallo Stato membro interessato in violazione del diritto comunitario (sentenze 6 marzo 2007 C-338/04, cit.; 15 dicembre 1983, C-5/83).

Altro ambito di incidenza indiretta in *bonam partem* del diritto comunitario su istituti generali può essere quello delle *scriminanti*. La normativa comunitaria può avere efficacia scriminante allorché introduce determinati diritti di libertà o doveri che, in forza della preminenza del diritto comunitario e tramite la norma di cui all'art. 51 c.p., paralizzano l'applicazione della norma incriminatrice in conflitto. Si pensi ad un soggetto il quale ponga in essere un comportamento che costituisce esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, contemplati da una norma comunitaria. Il problema si è posto con riferimento al reato di abusivo esercizio di una professione (nella specie, forense) di cui all'art. 348 c.p., atteso che la legge italiana, all'epoca del fatto, subordinava l'esercizio in territorio nazionale della professione di avvocato, da parte di un soggetto che avesse conseguito in altro Stato membro il relativo titolo, ad un espresso riconoscimento da parte dello Stato italiano, in violazione della disciplina comunitaria, la quale, al contrario, prevede il libero esercizio della professione di avvocato all'interno della Comunità Europea. Il caso avrebbe potuto essere risolto escludendo la configurabilità del reato in questione attesa l'operatività della scriminante dell'esercizio del diritto⁵².

Si è detto che i riflessi *in bonam partem* della normativa comunitaria sul diritto interno possono riguardare anche *direttamente una determinata fattispecie incriminatrice*, la quale non va applicata qualora sanzioni comportamenti compatibili con disposizioni di rango comunitario⁵³.

Facendo applicazione della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, la Corte di

*Applicazione
in tema di
immigrazione
clandestina*

⁵² Diversamente, Trib. Milano, 1 marzo 2001, ha assolto l'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato (e non perché il fatto non costituisce reato, ove si ragionasse, come nel testo, nel senso della sussistenza di un diritto scriminante), facendo perno sul carattere di norma penale in bianco dell'art. 348 c.p., sicché in virtù dell'integrazione da parte della normativa comunitaria della disciplina relativa all'esercizio della professione di avvocato da parte di un soggetto che ha conseguito la relativa qualifica in altro Stato membro, difetterebbe il carattere abusivo stesso dell'esercizio. V. anche Pret. Lodi, 17 maggio 1984, che ha prosciolto dal reato di esercizio abusivo della professione di veterinario il cittadino di uno Stato estero cui era stata rifiutata l'iscrizione all'albo, in violazione della libertà di stabilimento o di prestazione dei servizi.

⁵³ Anche alla luce della loro interpretazione da parte della Corte di Giustizia. A tal proposito, si ponga mente ad un arresto della Suprema Corte che ha affermato il principio di diritto, per cui con riferimento al reato previsto dall'art. 2 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), avente ad oggetto dichiarazioni di elementi passivi fittizi avvalendosi di fatture per operazioni inesistenti, vale il principio di diritto comunitario (statuito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nelle sentenze n. 454/2000 e n. 342/1997) – in conformità del quale devono essere interpretate le norme statali – secondo cui il soggetto deve potere disporre di un congruo termine per rettificare ogni imposta indebitamente fatturata (Cass., Sez. III, 20 giugno 2008, n. 25218).

Giustizia delle Comunità Europee⁵⁴ ha affermato che il giudice italiano, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia, deve disapplicare ogni disposizione del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 contraria al risultato della direttiva 2008/115, e segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di detto decreto che prevede il reato di inottemperanza, senza giustificato motivo, da parte dello straniero all'ordine di allontanamento emesso dal Questore ai sensi del precedente comma 5-bis. Per la Corte Europea la direttiva 2008/115, ed in particolare i suoi artt. 15 e 16, va interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella dello Stato italiano, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

La Corte ha osservato che sebbene la direttiva 2008/115 preveda che gli Stati membri possano adottare, ai sensi dell'art. 8, n. 4, le misure coercitive, come quella dell'accompagnamento coattivo alla frontiera previsto all'art. 13, comma 4, del D.Lgs. n. 286/1998, è ammissibile che, in una situazione in cui tali misure non consentano di raggiungere il risultato perseguito, ossia l'allontanamento del cittadino di un paese terzo contro il quale sono state disposte, gli stessi Stati membri possano adottare misure, anche penali, atte a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio dello Stato. Tuttavia, se è vero che la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito giuridico può nondimeno incidere il diritto dell'Unione. Ne discende, si legge nella pronuncia della Corte Europea, che *“sebbene né l'art. 63, primo comma, punto 3, lett. b), Trattato CE (disposizione che è stata ripresa dall'art. 79, n. 2, lett. c), TFUE), né la direttiva 2008/115, adottata in particolare sul fondamento di detta disposizione del Trattato CE, escludano la competenza penale degli Stati membri in tema di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, questi ultimi devono fare in modo che la propria legislazione in materia rispetti il diritto dell'Unione. In particolare, detti Stati non possono applicare una normativa, sia pure di diritto penale, tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile. Infatti, ai sensi rispettivamente del secondo e del terzo comma dell'art. 4, n. 3, TUE, gli Stati membri, in particolare, «adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» e «si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», compresi quelli perseguiti dalle direttive. Quanto, più specificamente, alla direttiva 2008/115, si deve ricordare che – come enuncia il suo tredicesimo ‘considerando’ – essa subordina espressamente l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti. Ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato*

⁵⁴ Sentenza del 28 aprile 2011, C-61/11.

*un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale. Essi devono, invece, continuare ad adoperarsi per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio, che continua a produrre i suoi effetti. Una tale pena, infatti, segnatamente in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione, rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. In particolare, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 42 della sua presa di posizione, una normativa nazionale quale quella oggetto del procedimento principale può ostacolare l'applicazione delle misure di cui all'art. 8, n. 1, della direttiva 2008/115 e ritardare l'esecuzione della decisione di rimpatrio*⁵⁵.

Da tale *dictum* la Corte di Cassazione ha tratto la conseguenza che la mancata ottemperanza da parte dello straniero all'ordine del Questore non costituisce reato, dovendosi procedere alla disapplicazione della norma incriminatrice che lo prevede⁵⁶.

Con il D.L. 23 giugno 2011, n. 89, convertito con modificazioni nella L. 2 agosto 2011, n. 129, è stata modificata la pena prevista per i reati di cui agli art. 14 comma 5-ter (e 5-quater). Con il suddetto decreto legge il legislatore italiano ha inteso uniformarsi ai dettami della direttiva c.d. rimpatri, introducendo significative innovazioni al sistema di esecuzione delle decisioni di rimpatrio emesse nei confronti dello straniero extracomunitario irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato. Tra le altre modifiche, il legislatore è intervenuto anche sui delitti di inottemperanza all'ordine di allontanamento puniti dagli art. 14, commi 5-ter e 5-quater, che la suddtta sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva dichiarato illegittimi, in quanto la previsione di una pena detentiva a carico dello straniero inottemperante all'ordine risultava in contrasto con detta direttiva. Dunque, per rendere conformi le incriminazioni ai principi affermati

⁵⁵ Da tale *dictum* la Corte di Cassazione, con la sentenza 11 maggio 2011 n. 18586, ha tratto la conseguenza che la mancata ottemperanza da parte dello straniero all'ordine del Questore non costituisce reato, dovendosi procedere alla disapplicazione della norma incriminatrice che lo prevede. Ciò è stato affermato riprendendo quanto già sostenuto dal Giudice sovranazionale, ossia che, in tema di immigrazione clandestina, in base alle previsioni contenute nella direttiva 2008/115, gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio nazionale e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare in detto territorio. Infatti, la previsione di una pena detentiva rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel rispetto dei loro diritti fondamentali.

⁵⁶ Cass., Sez V, 11 maggio 2011 n. 18586, riprendendo la Corte ha ripreso quanto già sostenuto dal Giudice sovranazionale, ossia che, in tema di immigrazione clandestina, in base alle previsioni contenute nella direttiva 2008/115, gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una pena detentiva, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio nazionale e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare in detto territorio. Infatti, la previsione di una pena detentiva rischia di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel rispetto dei loro diritti fondamentali.

in sede europea, il legislatore ha riscritto le fattispecie incriminatrici, sostituendo la pena della reclusione con quella della multa.

Peraltro, prima dell'ultimo intervento legislativo, la norma incriminatrice era stata sostanzialmente abrogata, atteso che la Corte di legittimità interna ha affermato che detta norma doveva essere disapplicata. Pertanto, i fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'ultima novella legislativa (e sussumibili sotto la precedente versione) non possono più essere considerati come reato e chi è stato condannato in via definitiva può ottenere da parte del giudice dell'esecuzione la revoca del provvedimento di condanna perché il fatto (si ribadisce, sussumibile sotto la precedente formulazione) non è (più) previsto dalla legge come reato (cfr. art. 673 c.p.p.).

Dunque, si deve ritenere che con il D.L. n. 89/2011 il legislatore, nel riformulare i commi 5-ter e 5-quater, ha introdotto nuovi reati aventi caratteri comuni e differenti rispetto a quello precedente, per così dire, disattivati dalla pronuncia del Giudice europeo (sulle questioni di diritto intertemporale, v. anche parte I, cap. 5, par. 5.6.).

Al fine di assicurare il cosiddetto “*effetto utile*” della direttiva 2008/115, invocato dal Giudice sovranazionale, ossia l'effettivo allontanamento dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione, la previsione della reclusione per chi non ottempera all'ordine del Questore è stata sostituita con la multa, quale sanzione per un comportamento che, comunque, rimane anti-giuridico. Come visto, con la suddetta sentenza, la Corte ha, infatti, sostenuto che, dovendo ogni Stato membro agire per eseguire i provvedimenti di rimpatrio, lo stesso non deve adottare misure che ne compromettano l'esecuzione, quali la reclusione in quanto misura non volta al rimpatrio, ma che anzi ne ostacola l'esecuzione. La pena pecuniaria, in caso di violazione dell'ordine, costituisce, invece, un deterrente per la presenza irregolare sul territorio nazionale, nell'ambito delle misure, anche penali, volte all'esecuzione del provvedimento di rimpatrio, ferme restando quelle già previste dell'accompagnamento coattivo, del trattenimento nel CIE e dell'intimazione del Questore. Inoltre, è previsto, sempre nell'ottica di favorire l'effettivo espatrio dello straniero espulso, che in caso di espulsione effettivamente eseguita il Giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere, fatto salvo un nuovo esercizio dell'azione penale nel caso in cui lo straniero rientri illegalmente nel territorio dello stato (comma 5-septies).

L'interpretazione conforme Un effetto *in melius* nell'applicazione del diritto comunitario lo si può avere anche mediante *l'interpretazione conforme* della norma incriminatrice ad una o più disposizioni contenute in fonti comunitarie direttamente applicabili. Quando vi sono più interpretazioni possibili della norma incriminatrice prevale senz'altro quella che è conforme al diritto comunitario. Ciò è stato di recente sostenuto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 600-ter, comma 3, c.p. Ai fini dell'esatta individuazione dello spettro di operatività dell'illecito penale previsto dalla disposizione di cui al predetto comma la Suprema Corte ha affermato che è necessario fare riferimento alla nozione di pedopornografia di cui all'art. 1 della Decisione quadro 2004/68/GAI del 22.12.2003 (che detta norme contro lo sfruttamento sessuale dei minori, in generale, e la pornografia minorile in particolare), dovendosi quindi intendere per “materiale pornografico”, oggetto materiale della condotta criminosa, quel materiale che ritrae o rappresenta vi-

sivamente un minore degli anni diciotto implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, quale può essere anche la semplice esibizione lasciva dei genitali o della regione pubica⁵⁷.

Viceversa, l'interpretazione conforme, per le ragioni già esposte, non può generare un'applicazione della norma incriminatrice *in malam partem*⁵⁸.

Come accennato, l'incidenza sul diritto penale interno da parte delle norme comunitarie può anche essere *in malam partem*, nel senso di estendere la portata del penalmente rilevante. Ciò si verifica particolarmente nel caso di ampliamento dello spettro di operatività del precetto penale. Tale incidenza dovrebbe essere preclusa per le ragioni legate alla riserva di legge statale di cui si è detto in precedenza. Infatti, se l'ordinamento comunitario non può introdurre direttamente nuove fattispecie incriminatrici, allo stesso modo non potrebbe ampliare la sfera di operatività di un precetto penale, poiché così si creerebbero comunque nuovi fatti di rilevanza penale che sfuggono alla scelta di politica criminale del legislatore interno. Dunque, in tale evenienza, pur in presenza di un contrasto tra la norma comunitaria e la norma interna il giudice penale non potrebbe disapplicare la seconda a vantaggio della prima, poiché così facendo si verificherebbe quanto ritenuto inammissibile dallo stesso sistema comunitario e, come visto, anche da quello interno, ossia che gli organi dell'Unione Europea emanino norme incriminatrici di diretta applicazione. Inoltre, l'istituto della disapplicazione, in tesi generale, secondo la giurisprudenza comunitaria va incontro ad un limite, che è quello dell'osservanza dei principi generali dell'Unione, tra cui vi sono quei principi, come quello di riserva di legge statale in materia penale, comuni a tutti gli Stati membri⁵⁹.

*L'incidenza
in malam
partem*

⁵⁷ Cass., Sez. II, 22 marzo 2010, n. 10981, in applicazione di tale principio è stata esclusa la configurabilità del reato nella condotta di un soggetto che, trovandosi sulla spiaggia, si era limitato a fotografare insistentemente alcuni minori in costume da bagno in assenza di esibizioni lascive o di atteggiamenti sessualmente allusivi.

⁵⁸ In questo senso, Cass., Sez. Un., 6 ottobre 2009, n. 38691, resa in tema di confisca c.d. per equivalente, secondo cui è inammissibile un'interpretazione comunitariamente orientata qualora determini un'estensione *in malam partem* della fattispecie penale interna.

⁵⁹ Infatti, la Suprema Corte ha affermato che pur prevedendo la normativa comunitaria in tema di diritti di proprietà intellettuale l'adozione di sanzioni penali, la non osservanza di tale prescrizione da parte dello Stato italiano non consente comunque la disapplicazione della normativa interna, perché in contrasto con la direttiva comunitaria, proprio perché da una siffatta disapplicazione non possono conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato (Sez. Un. 8 giugno 2012, n. 22225, la sentenza precisa che in tema di prodotti con marchio contraffatto o comunque di origine e provenienza diversa da quella indicata, è inammissibile la richiesta di trasmissione degli atti alla Corte europea di giustizia, in via incidentale e interpretativa, al fine di sentir dichiarare che alla legislazione nazionale è imposto l'uso delle sanzioni penali con esclusione di quelle di natura amministrativa, in quanto detto rinvio, essendo finalizzato ad una disapplicazione della norma interna per contrasto con il diritto comunitario (nella specie, la direttiva Enforcement n. 2004/48/CE), si tradurrebbe in una interpretazione in "malam partem" con conseguente punibilità di fatti non previsti come reato dallo Stato italiano al tempo della condotta).

*Applicazione
in tema
di false
comunicazioni
sociali*

Quanto appena esposto è stato confermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee che ha sostenuto che una norma di diritto comunitario (nella specie, una direttiva) non può essere fonte e neanche ampliare la responsabilità penale dei singoli individui⁶⁰, essendo stata chiamata a pronunciarsi, in via pregiudiziale *ex art. 267 (ex 234)* del Trattato, sulla compatibilità della nuova disciplina del reato di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. – introdotta con D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61 – con determinate direttive comunitarie sul diritto societario, oltre che sulla rispondenza di tale nuova disciplina al principio secondo cui le violazioni del diritto comunitario debbono essere punite, a livello nazionale, da sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Qualora la Corte si fosse espressa nel senso della non compatibilità, i giudici del rinvio avrebbero dovuto disapplicare (*in malam partem*), di loro iniziativa, la disciplina suddetta, senza chiederne o attenderne la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Il massimo consesso di giustizia comunitaria ha concluso nel senso che quando “una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell’ambito di procedimenti penali” essa “non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni”. Un’eventuale declaratoria di non compatibilità della disciplina di interesse con le direttive comunitarie in materia societaria avrebbe avuto proprio l’effetto di “escludere l’applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli. Infatti, dalle ordinanze di rinvio risulta che, se i nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. dovessero essere disapplicati a causa della loro incompatibilità con il detto art. 6 della prima direttiva sul diritto societario, ne potrebbe derivare l’applicazione di una sanzione penale manifestamente più pesante, come quella prevista dall’originario art. 2621 di tale codice, durante la cui vigenza sono stati commessi i fatti all’origine delle azioni penali avviate nelle cause principali. Una tale conseguenza contrasterebbe con i limiti derivanti dalla natura stessa di qualsiasi direttiva, che vietano che una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati”.

Peraltro, anche se non in via di applicazione diretta da parte del giudice penale, la disciplina comunitaria può incidere in *malam partem* mediante una sentenza della Corte Costituzionale che dichiara la norma penale interna in contrasto con tale disciplina (art. 117 Cost.). Ciò può accadere qualora il giudice penale per effetto della ritenuta contrarietà di una norma penale interna con una norma comunitaria, impossibilitato, nel rispetto del principio per cui gli organi comunitari non possono prevedere sanzioni penali con efficacia diretta nei singoli Stati membri, a disapplicare la prima in favore della seconda poiché si produrrebbero effetti deteriori per l’imputato, decida di sollevare la questione di illegittimità

⁶⁰ Corte di Giustizia, 3 maggio 2005. Si veda, però, Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, nella quale la Corte ha, nella sostanza, determinato un ampliamento delle condotte penalmente rilevanti, fornendo la nozione comunitaria di “rifiuto” in opposizione all’interpretazione autentica che l’art. 14 del D.L. 8 luglio 2002, n. 138 conv. nella legge 8 agosto 2002, n. 178 dava del termine rifiuto contenuto nel D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. decreto Ronchi), in attuazione della direttiva 75/44.

costituzionale e la Corte la accolga (sul punto vedi anche par. 8 nella parte in cui si parla delle decisioni di incostituzionalità *in malam partem*). In tal caso, modificato il contesto normativo per effetto della pronuncia cassatoria del giudice delle leggi, si avrà un'applicazione (sia pur mediata dall'intervento della Consulta) *in malam partem* della norma comunitaria⁶¹.

Tuttavia, in argomento va dato atto che la Corte di Giustizia, con la nota sentenza Taricco, ha sostenuto che è *compito del giudice penale stabilire* in quali casi operare la disapplicazione per contrarietà della normativa interna con quella comunitaria, senza che debba né possa essere richiesto, sul punto, l'intervento della Corte Costituzionale⁶².

In tale pronuncia la Corte di Giustizia ha affermato l'*obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p.* nella misura in cui egli ritenga che tale normativa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi (pari di regola al termine prescrizione ordinario più un quarto), impedisce allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325 TFUE, nella specie minacciati dalle frodi in materia di IVA (trattandosi di somme che in parte sono da versare al bilancio dell'Unione, la Corte ha evidenziato la rilevanza comunitaria della questione ed ha stigmatizzato il mancato rispetto dell'obbligo, imposto agli Stati membri dal menzionato art. 325). Il giudice avrà in tal caso l'obbligo – discendente dalla primazia del diritto dell'Unione – di condannare l'imputato ritenuto colpevole dei reati ascrittigli, nonostante l'intervenuto decorso del termine prescrizione calcolato sulla base degli artt. 160 e 161 c.p. (nella sentenza si legge: “*Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considere-*

⁶¹ Così, Corte Cost. sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in tema di legislazione sui rifiuti. La Corte, dopo aver rilevato, per un verso, il contrasto tra la norma censurata e le direttive comunitarie in materia di rifiuti e, per altro verso, l'impossibilità di disapplicazione di detta norma da parte del giudice *a quo*, e dopo aver altresì escluso la necessità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, richiamata la propria giurisprudenza in tema di sindacabilità delle norme penali di favore, ha affermato che occorre distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali (nella sentenza si legge: “*se si stabilisse che il possibile effetto in malam partem della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie*” – le quali, sostiene la Corte, sono sovraordinate rispetto alle leggi ordinarie di diritto interno in forza dell'art. 11 e 117 comma 1 Cost. – “*non si arriverebbe solo all'esclusione del carattere non applicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali*”).

⁶² Corte di Giustizia, sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), *Taricco*, causa C-105/14.

vole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate efficaci e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE. ... Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni e neutralizzando quindi la conseguenza rilevata al punto 46 della presente sentenza, senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale").

Per la Corte, in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente. L'art. 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed efficaci e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari. Dunque, gli Stati membri devono assicurarsi che i casi di frode grave in materia di Iva siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo, e devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari.

La Corte prende atto del fatto che, in assenza di sovranità penale (quanto meno diretta dell'UE) gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due (al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'Iva e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'UE), ma possono essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di Iva (si legge nella sentenza della Corte di Giustizia "*la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni*

volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana. Una disapplicazione del diritto nazionale siffatta non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea").

Tuttavia, quanto appena esposto, proprio per la mancanza di potestà penale dell'UE, parrebbe in contrasto con il principio di legalità ex art. 25 co. 2 Cost. perché un fatto ritenuto dal codice penale (e dunque dalla legge penale nazionale) non punibile in seguito al decorso del termine prescrizione, determinato sulla base dell'insieme delle disposizioni che regolano questo istituto (tra cui gli artt. 160 e 161 c.p.), diventa punibile per effetto di una norma comunitaria (l'art. 325 TFUE) che neppure menziona la pena e che la Corte di Giustizia finisce per interpretare come fonte di un vero e proprio obbligo di punire chi abbia compiuto frodi in danno del bilancio dell'UE.

La Corte ha però osservato che non ne deriva affatto una condanna per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. Al contrario, i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste.

La giurisprudenza interna ha ritenuto che, seguendo il ragionamento della Corte di Giustizia, si finisce per attribuire una competenza penale diretta all'Unione, al di fuori degli stessi limiti istituzionali previsti dal Trattato UE. Infatti, il Trattato riconosce alle istituzioni eurounitarie, nell'ambito di quelle "limitazioni di sovranità" consentite dall'art. 11 Cost., competenza penale soltanto indiretta, prevedendo l'adozione di direttive in alcune sfere di criminalità caratterizzate da una dimensione transnazionale. Pertanto, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che si pone un problema di operatività dei c.d. controlimiti alle limitazioni di sovranità nei confronti dell'ordinamento europeo e per i Giudici remittenti la valutazione circa la sussistenza di c.d. controlimiti agli obblighi discendenti dall'Unione Europea è nel nostro ordinamento riservata al Giudice delle leggi ed è preclusa al giudice comune.

La Corte Costituzionale ha sospeso il giudizio di legittimità costituzionale ed ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sollecitando questa a chiarire se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE "*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato*": – anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; – anche quando nell'ordinamento dello Stato

membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; – anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

La Corte, dunque, ritiene che se, per un verso, va ribadito il primato del diritto UE, per altro verso, il diritto dell’Unione può essere applicato in Italia, soltanto se esso rispetti i principi supremi dell’ordine costituzionale italiano. Si interroga, quindi, il giudice delle leggi se sia possibile enucleare interpretazioni tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale.

La Corte di Giustizia, con la decisione del 5 dicembre 2017 (C-42/17), c.d. sentenza Taricco 2, pronunciandosi su tale questione pregiudiziale, riconosce che il primato del diritto UE deve cedere di fronte all’osservanza del principio di legalità penale, nel senso che il rispetto da parte dei giudici nazionali del principio di legalità penale prevale sull’obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto dell’Unione.

Tuttavia, viene confermato, in linea generale, l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare, pur con esiti sfavorevoli, le disposizioni interne sulla prescrizione che contrastino con la “regola Taricco” sul calcolo della prescrizione (v. *supra*), tranne che una siffatta disapplicazione comporti la violazione del principio di legalità a causa della *insufficiente determinatezza della legge applicabile* ovvero della *applicazione retroattiva di una disciplina contenente un regime di punibilità più severo* di quello vigente al momento della realizzazione del fatto di reato. In sostanza, la regola della prima sentenza Taricco è confermata, ma la disapplicazione non può avere luogo quando dalla stessa derivi una violazione dei principi appena menzionati.

Quindi, la Corte Europea esclude l’obbligo di disapplicazione delle condotte penalmente rilevanti tenute successivamente alla introduzione nel nostro ordinamento della “regola Taricco”, come nel caso in esame nei giudizi dinanzi ai giudici remittenti (i cui fatti sono anteriori all’8 settembre 2015, cioè alla data della prima pronuncia Taricco).

In considerazione della non applicabilità della “regola Taricco” ai fatti dei giudizi *a quibus*, i Giudici costituzionali, hanno dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, ma hanno anche ribadito che “*l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona*” e che “*il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto*”⁶³.

⁶³ Corte Cost. sent. 31 maggio 2018, n. 115 che in motivazione evidenzia che la seconda sentenza