

CAPITOLO 2

L'efficacia diretta del diritto unionale

SOMMARIO: 1. Il quadro nazionale originario. – 2. I principi del diritto euro-unitario. – 2.1. I vari meccanismi di incidenza indiretta del diritto unionale. – 2.2. L'inadempimento legislativo degli obblighi comunitari di incriminazione: inadempimento originario e sopravvenuto. – 2.3. Inadempimento giurisdizionale degli obblighi previsti dal diritto unionale e convenzionale. – 3. Considerazioni conclusive.

1. Il quadro nazionale originario

Il **processo di integrazione** tra diritto nazionale e diritto europeo è in continua evoluzione, al punto tale da influenzare quel settore dell'ordinamento più legato al concetto di sovranità nazionale, il diritto penale.

L'incidenza del diritto europeo sul diritto punitivo nazionale si manifesta attraverso **due principali fattori**: gli **effetti mediati dell'ordinamento comunitario** nel diritto penale italiano e l'**attribuzione all'Unione europea di specifiche competenze in materia punitiva**.

Con riguardo ai primi, l'effetto mediato si ottiene attraverso **l'interpretazione conforme e la disapplicazione della norma interna contrastante col diritto UE**. L'interprete, infatti, ha il dovere di individuare la soluzione ermeneutica più confacente allo scopo della norma unionale: tale obbligo sussiste anche in caso di direttiva non auto-esecutiva (*Corte di Giustizia, Grande Sezione 4 luglio 2006 C-212/04*). Si tratta del divieto di *gold plating* comunitario, che impone allo Stato nazionale un obbligo di interpretazione della direttiva più confacente alle finalità che la stessa mira a conseguire.

Pertanto, **l'interpretazione conforme** – schietta incarnazione del principio di leale cooperazione: *fidelité communautaire o cooperation loyale* – rappresenta la tecnica di integrazione e di sviluppo del sistema normativo europeo nonché di armonizzazione indiretta ma immediata, in quanto prescinde dall'intervento del legislatore. Sicché, il vero limite è rappresentato dal **divieto di analogia e di interpretazione in *malam partem***, entrambi criteri da

seguire in punto di valutazione della responsabilità penale dell'imputato (vedi parte 2, cap. 7).

Ne deriva che **la tecnica di interpretazione conforme può sortire effetti restrittivi, ma non espansivi dell'ambito di rilievo penale.**

Quanto al secondo profilo, circa l'**attribuzione all'Unione europea di specifiche competenze in materia punitiva**, occorre evidenziare sin da ora i problemi connessi all'obbligo imposto con una direttiva agli Stati membri di prevedere sanzioni penali a tutela degli interessi di competenza comunitaria. Si fa riferimento, in particolare, all'imposizione di sanzioni penali, deterrenti, dissuasive ed effettive da parte dell'UE in plurimi ambiti, fra cui la tutela dell'ambiente, mediante la Direttiva 2008/99/CE.

2. I principi del diritto euro-unitario

2.1. I vari meccanismi di incidenza indiretta del diritto unionale

Come noto, il diritto dell'Unione europea incide sul diritto penale nazionale con **misure di propulsione e armonizzazione**, quali espressione della competenza penale indiretta autonoma (art. 83, par. 1, TFUE) e accessoria (83, par. 2, TFUE), da attuarsi mediante **norme extra-penali con efficacia diretta** anche sul diritto punitivo.

Infatti, secondo la nota **teoria della “scissione” tra precetto e sanzione**, anche **il diritto comunitario non può introdurre sanzioni penali, ma può incidere con precetti extrapenali sulla definizione illeciti da punire**, rimettendo agli ordinamenti nazionali la previsione delle appropriate ed eventuali sanzioni penali, in ragione dell'autonomia processuale che gli spetta.

In particolare, il diritto comunitario, può **essere fonte di cause di giustificazione con la previsione di norme di liceità** (*o liceizzanti, o scriminanti o giustificative*) che conferiscono libertà, diritti e doveri (sul punto, si veda la parte 7, capitolo 1).

Frequenti sono, infatti, **i casi in cui il diritto UE produce effetti favorevoli per il reo**: si pensi, ad esempio, all'effetto restrittivo che ha sortito la libertà di stabilimento e di lavoro nei Paesi membri sul reato di esercizio abusivo della professione *ex art. 348 c.p.*, per la quale è richiesta un'abilitazione statale. Si è esclusa, a tal proposito, la punibilità del lavoratore che abbia conseguito l'abilitazione in un altro Stato membro.

Ancora, si pensi alle norme europee in tema di abolizione delle dogane che impediscono l'incriminazione dei comportamenti di esercizio di tale libertà in coordinamento con le disposizioni nazionali in materia di contrabbando.

In definitiva, la “*primaute*” della norma comunitaria extralegale su quella penale incriminatrice nazionale fa sì che i **precetti europei attributivi di diritti, libertà e doveri inibiscano l'operatività della sanzione penale nazionale con l'applicazione della “scriminante europea”** dell'esercizio del diritto *ex art. 51 c.p.* (oggetto di precipua trattazione nella parte 7).

Si è già ricordato, inoltre, che tra gli strumenti normativi di regolazione dei rapporti tra i due ordinamenti, sullo sfondo della primazia unionale, vanno annoverati **l'obbligo di interpretazione conforme**, quale rimedio preliminare che il giudice nazionale deve esperire in caso di contrasto tra la norma interna ed europea, giungendo alla **disapplicazione o rimozione della prima** solo come *extrema ratio*.

Il dovere di risolvere il conflitto in via ermeneutica, mediante l'esercizio di un sindacato diffuso, rimesso al giudice nazionale, costituisce un principio generale del diritto europeo, esteso a qualsiasi disposizione nazionale.

Inoltre, il giudice nazionale, in caso di dubbio, può (o deve) adire la Corte di Giustizia mediante la proposizione di un **rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE***, sebbene a quest'ultima sia preclusa la possibilità di entrare nel merito dell'antinomia.

Al riguardo, occorre distinguere tra **antinomie apparenti** e **antinomie reali**: le prime sono superabili in via di interpretazione conforme mentre le seconde si risolvono mediante la disapplicazione o la declaratoria di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. (CRISAFULLI).

Ebbene, in caso di contrasto tra norma nazionale (penale o integratrice del precetto penale) e norma europea, qualora **non fronteggiabile** con lo strumento dell'interpretazione conforme, **la disapplicazione della legge nazionale conduce ad analoghi effetti riduttivi dell'area della responsabilità penale**.

In particolare, in caso di **totale incompatibilità**, la norma interna rimane formalmente valida, ma non applicabile per la definizione della singola controversia (*Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, sentenza El Dridi C-61/11*), mentre nell'ipotesi di **antinomia parziale**, l'applicazione della norma nazionale rimane circoscritta alla parte non contrastante.

Si pensi ai casi della **raccolta non autorizzata di scommesse da parte di allibratori stranieri** *ex art. 4, commi 4 bis e 4 ter*, della legge n. 401/1989 (a seguito di vari rinvii alla Corte di Giustizia, si è approdati alla disapplicazione della norma penale che sanziona l'attività di esercizio “abusivo” di raccolta di denaro per scommesse da parte di impresa non autorizzata – *betting on line* – per contrasto con il principio di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi), e **del reato di violazione dell'ordine di lasciare il territorio nazionale di cui all'articolo 14, comma 5 ter, del TU Immigrazione** (in contrasto con la direttiva 2008/115/CE, c.d. *Rimpatri*).

Infatti, nella **sentenza del 28 aprile 2011 della Corte di Giustizia** (seguita da Corte Giust, 6 dicembre 2011, C-329/11, Achughbabian) si è evidenziato il **contrasto tra la Direttiva rimpatri (2008/115/CE) e la normativa nazionale che prevedeva la reclusione per i cittadini di Paesi terzi in soggiorno irregolare, in caso di inottemperanza all'ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro** (ex art. 14 comma 5-ter del T.U. Immigrazione).

Il procedimento *a quo* concerneva un **cittadino algerino, Hassen El Dridi**.

In particolare, la Direttiva rimpatri si propone di contemperare l'efficacia delle procedure di rimpatrio e la tutela dei diritti fondamentali dello straniero, in primis la libertà personale.

La Corte, nel caso di specie, osserva come l'art. 8 § 4 della Direttiva consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l'allontanamento dello straniero, anche quelle di carattere penale, "atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati" (§ 52).

Il trattenimento, tuttavia, è ben diverso dalle pene della reclusione e dell'arresto, previste dalla disciplina interna, e non garantiscono l'effetto utile di tutela dei diritti fondamentali. Di conseguenza, gli Stati membri non possono introdurre una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5-ter del D. Lgs. n. 286/1998, solo perché un cittadino di un Paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale".

La pena detentiva, peraltro, oltre a compromettere la salvaguardia dei diritti fondamentali dei singoli, determina il ritardo dell'esecuzione della decisione di rimpatrio, così compromettendo la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla stessa Direttiva, ovvero l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare.

Il giudice del rinvio – "incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto dell'Unione e di assicurarne la piena efficacia" – **dovrà quindi "disapplicare ogni disposizione del D. Lgs. n. 286/1998 contraria al risultato della Direttiva 2008/115**, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter di tale decreto legislativo", conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte che ha avuto origine con il noto caso Simmenthal.

La sentenza El Dridi ha prodotto i suoi effetti sull'articolo 14, comma 5-ter del decreto legislativo n. 286/98 portando, di fatto, all'abolizione del reato.

Sulla scorta delle censure mosse dalla Corte di Giustizia, il legislatore ha provveduto a **sostituire la pena detentiva con una sanzione pecuniaria** per tutte le fattispecie di ingresso e soggiorno irregolare, fatta eccezione per l'ipotesi di reingresso irregolare, tuttora punita con la reclusione da 1 a 4 anni (ex art 13 T.U. Immigrazione).

Di conseguenza, la normativa è stata modificata con il **D. L. n. 89/2011** recante "Disposizioni urgenti per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari", convertito in L. n. 129/2011.

Anche a distanza di undici anni, la pronuncia di Lussemburgo continua a esercitare un **forte impatto sul panorama normativo nazionale**: al riguardo, la Suprema Corte ha chiarito che la “*sostanziale valutazione di incompatibilità della norma incriminatrice interna con la disciplina Ue produce effetti simili alla abolitio criminis* (Cass., Sez. I, 26 maggio 2016, n. 22120).

A fortiori, la disapplicazione rileva anche in caso di contrasto con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza, che funge da *written primary law*, con tutto il suo consistente elenco di diritti e libertà secondo le dinamiche tipiche del *multilevel constitutionalism* proiettato nella direzione dell'*overlapping protection*.

2.2. L'inadempimento legislativo degli obblighi comunitari di incriminazione: inadempimento originario e sopravvenuto

Sul punto, occorre distinguere l'**inadempimento originario**, che si verifica ogni qual volta il legislatore non adempia a un obbligo di incriminazione di derivazione unionale, dall'**inadempimento sopravvenuto**, che attiene alle modifiche legislative (*sub specie* di abrogazione o riduzione) contrastanti con la previgente disciplina di recepimento dell'obbligo di incriminazione previsto dalla normativa europea.

Nel primo caso, si attiverà la procedura di infrazione per l'inerzia del legislatore, benché al giudice europeo sia precluso un intervento completo, mentre nel secondo caso si pone il problema dell'ammissibilità della disapplicazione in *malam partem*, con conseguente reviviscenza della legge nazionale abrogata (in tema, si rinvia al capitolo 3).

2.3. Inadempimento giurisdizionale degli obblighi previsti dal diritto unionale e convenzionale

In caso di **violazione del diritto europeo** (sia unionale che CEDU) **mediante un provvedimento giurisdizionale** di applicazione di una norma nazionale contrastante, occorre **distinguere a seconda che sia ancora impugnabile ovvero sia passato in giudicato**.

Laddove la pronuncia nazionale sia ancora impugnabile, il contrasto si risolverà attraverso il rimedio dell'**impugnazione** (con obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza ex art. 267 TFUE); viceversa, **in caso di formazione del giudicato, occorre distinguere ulteriormente tra la violazione di una norma europea preesistente o sopravvenuta al giudicato**.

Sul punto, in questa sede ci si limita ad osservare come il fenomeno della **decostituzionalizzazione del giudicato**, cedevole rispetto alla tutela della libertà personale, abbia trovato significative manifestazioni sia in caso di contrasto tra