

CONFRONTO DI IDEE

GIANDOMENICO SALCUNI

Il dialogo fra Corti: dalla “giurisprudenza fonte” alla “giurisprudenza argomento”

SOMMARIO: 1. Diritto sovranazionale e diritto penale: “uniti nella diversità”. – 2. Chi può celebrare questa unione? – 3. Differenze fra fonti convenzionali e fonti euro unitarie e il loro precipitato sul dialogo fra le Corti. – 4. L’ondivago atteggiamento della giurisprudenza nazionale sulle norme che presentano punti di tangenza con la CEDU. – 5. La CEDU e la sua Corte in bilico fra fonte del diritto e argomento interpretativo. – 6. L’atteggiamento della giurisprudenza nazionale sulle norme che presentano elementi di collegamento col diritto euro unitario. – 7. Gli effetti della pronuncia Taricco sul dialogo fra le Corti. – 8. Ombre sul dialogo europeo. – 9. Equilibrismi conclusivi.

1. Il diritto penale, il sistema di controllo sociale che utilizza l’arma più pericolosa ed offensiva a disposizione dell’ordinamento giuridico, sta cambiando il suo “volto”¹. È questione nota e dibattuta, dal momento che anche il diritto penale, maggiormente refrattario e impermeabile agli influssi derivanti dal diritto sovranazionale², si è aperto negli ultimi anni al confronto con l’Unione europea (da ora UE)³ e la Convenzione europea dei diritti umani (da ora CEDU)⁴.

Complici rispettivamente, da una parte, una crisi della democrazia nei Paesi dell’Europa occidentale⁵, dall’altra, una magistratura che, nel bene o nel male⁶, negli ultimi anni ha assunto anche un ruolo politico e, per certi versi, antagonista rispetto a quello del legislatore⁷, l’ingresso di fonti sovranazionali nel

¹ DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011.

² Tra i primi ad affrontare queste tematiche, v. DELMAS MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Milano, 1992, 265; nonché la letteratura successiva che ha sviluppato il suo pensiero, v. MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell’opera di Mireille Delmas-Marty*, in DELMAS MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, 2004, 38 ss.; PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajian sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1099 ss.

³ GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, 1989; SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002; BERNARDI, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

⁴ NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006; VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 42 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.

⁵ CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003; GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino, 2006; SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009.

⁶ Sulla crisi della legalità, v. altresì CASSESE, *L’Italia una società senza Stato?*, Bologna, 2011, 59 ss.

⁷ VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009; DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Bologna, 2014.

definire, plasmare, modificare fattispecie di reato non ha incontrato quegli ostacoli che pure il diritto penale avrebbe potuto frapporre⁸.

Si assiste così a interi settori della legislazione complementare in cui le scelte politico criminali sono soltanto formalmente espresse dal Parlamento nazionale, ma in realtà si tratta del recepimento di opzioni valoriali adottate in altre sedi europee (materia ambientale, economica, sicurezza del lavoro). Si deve prendere atto, altresì, di fattispecie di reato depotenziate o potenziate a seguito di interpretazioni conformi al diritto europeo o a quello convenzionale⁹. Per renderla breve, oltre ad una politica criminale europea che ha sede nelle istituzioni europee, esiste una politica criminale giudiziaria europea, della Corte di Giustizia Europea (da ora CGE) e della Corte europea dei diritti umani (da ora Corte EDU), che a volte si salda, altre volte stride, con una politica criminale giudiziaria nazionale. Non è un discorso per palati fini: la politica criminale dovrebbe essere, almeno per i puristi, ad appannaggio del solo Parlamento nazionale. Una politica criminale giudiziaria, espressiva per lo più di esigenze di prevenzione generale, evidentemente fa rabbrivire. Eppure, non ci sembra possibile tornare indietro nel tempo. Consapevolmente o meno l'ordinamento giuridico (il legislatore) ha scelto la via dell'Europa, lo ha fatto il Costituente con gli artt. 10 e 11, lo ha ribadito il legislatore costituzionale nel 2001 con la riforma dell'art. 117, co. 1, della Cost¹⁰. Queste ultime norme hanno contribuito, non da sole, a modificare l'accezione restrittiva con cui veniva intesa la legalità penale. Esistono tante accezioni della legalità (costituzionale, europea, convenzionale)¹¹ non necessariamente da intendersi in modo autonomo e contrastante, ma da potersi raffigurare a mo' di mosaico, come tessere di una figura più ampia. Quest'ultima può essere proprio la legalità penale che deve avere i caratteri della conformità alla Costituzione, al diritto europeo ed a quello convenzionale. È necessaria, però, a questo punto, una precisazione importante. Conformità non significa perdita di identità del diritto penale, il rispetto delle fonti sovranazionali dovrà cioè avvenire riconoscendo le peculiarità del diritto penale nazionale. Unione europea, CE-DU e diritto penale devono insomma essere "uniti nella diversità".

2. Se l'obiettivo, o per meglio dire, la sfida, è "conciliare l'inconciliabile", cioè

⁸ GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 64 ss.; da ultimo, v. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 339 ss.

⁹ MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 68 ss.; SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, Roma, 2012, 48 ss.; ID., *Il diritto senza codice*, cit., 303; VIGANÒ, *Sulla nuova legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 190; ID., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.-Riv. Trim.*, 2014, 167 ss.

¹⁰ Sia consentito il rinvio a SALCUNI, *L'europeizzazione*, cit., 373 ss.

¹¹ VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. Dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 371 ss.

amalgamare diritti nazionali e diritti sovranazionali, bisogna chiedersi, nel rispetto della legalità, quale sia il soggetto o quali siano i soggetti deputati a celebrare questo matrimonio. Il legislatore sembrerebbe il soggetto più indicato ed anche quello che renderebbe meno problematico questo rapporto. Sostenere questa tesi, significa rispettare la riserva assoluta di legge, cioè significa riconoscere che le scelte politico criminali sono ancora di sua competenza. È probabile che purtroppo le cose non stiano così, o almeno non stiano soltanto in questi termini.

Il legislatore nazionale deve infatti confrontarsi, dialogare e recepire anche le direttive derivanti dall'Unione europea. La normativa europea in materia penale, pur se caratterizzata – specie negli ultimi anni – da una descrizione più puntigliosa, non giunge mai ad una completa tassatività, in maniera tale da non restringere in spazi troppo angusti la discrezionalità del legislatore statale. Le direttive obbligano nel fine e non nei mezzi. La scarsa selettività o tassatività delle direttive di armonizzazione, se lascia al legislatore nazionale un certo margine di manovra, favorisce forse una patologia del legislatore nazionale, cioè la vaghezza dei testi normativi. Disposizioni che, pur non essendo indeterminate e quindi incostituzionali, si prestano a plurime interpretazioni tutte legittime, ma alcune più persuasive¹². In questo caso, sarà il giudice a dover concretizzare i precetti e, laddove vi sia un elemento di collegamento col diritto sovranazionale, dovrà esperire l'interpretazione conforme o richiedere la corretta interpretazione al giudice sovranazionale, deputato a interpretare il diritto sovranazionale¹³. Di conseguenza, i soggetti deputati a celebrare questo matrimonio, accanto al sacerdote celebrante (il legislatore), saranno i chierichetti (giudice nazionale e sovra-nazionale).

Questo fotografa la *ratio* del dialogo fra le corti nazionali ed europee, ma allo stesso tempo pone all'interprete un compito non facile, cioè quello di moderatore del dialogo. Questo compito non risulta affatto semplice, la ragione principale, non l'unica, ma quella che interessa più al giurista dipende dalla diversa “forza” degli interlocutori¹⁴. Mentre le pronunce della CGE e della CEDU sono infatti fonti del diritto¹⁵, essendo il sistema, europeo e conven-

¹² Per una diversa soluzione: DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula 'bella e infedele'*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 985 ss.

¹³ Sul tema, v. *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, a cura di BERNARDI, Napoli, 2015.

¹⁴ Mi sembrerebbe questa la via tracciata da DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2199 ss.; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 32 ss.; ID., *Case-law convenzionale, cultura dei controllimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 285 ss.; con specifico o prevalente riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo.

¹⁵ Sul concetto di giurisprudenza fonte, con riferimento alle pronunce delle Corti sovranazionali, v. PA-

zionale, un *mixtum compositum* tra *civil law* e *common law*, il sistema nazionale, invece, non è improntato al vincolo del precedente, almeno per la materia penale¹⁶. Anche l'accezione di precedente deve essere chiarita, dal momento che nei Paesi di *common law* il precedente non riguarda la *regula juris*, ma l'applicabilità della *regula juris* al caso concreto¹⁷. Nel sistema convenzionale ed europeo, ma soprattutto nella vulgata giurisprudenziale della c.d. giurisprudenza fonte, il vincolo del precedente è direttamente riferito alla *regula juris*. La giurisprudenza europea crea il diritto, crea competenza penale prima del legislatore europeo¹⁸, ma la giurisprudenza nazionale fino a che punto può seguire questo *trend*, senza violare la fedeltà alla legalità penale e costituzionale¹⁹?

3. Nel proseguire quest'indagine, è opportuno distinguere il dialogo con la Corte EDU e quello con la CGE. È noto che il diritto convenzionale e quello euro unitario hanno una diversa forza cogente per l'ordinamento nazionale, forza che influenza anche il dialogo fra le Corti.

È bene precisare, seppur brevemente, in che termini si pone questa questione. Il dialogo fra Corte costituzionale e CGE ha attraversato fasi alterne. Una prima fase di diffidenza, nel senso che la Corte costituzionale, in presenza di una violazione del diritto europeo da parte della normativa nazionale, pretendeva che l'adeguamento al diritto comunitario passasse per una pronuncia

DOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014; 20 ss.; in generale, v. altresì, FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 95 ss.; ID., *Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'europeismo giudiziario*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 51 ss.; ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, ivi, 63 ss.; da ultimo su tali temi MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 402 ss.

¹⁶ Sulle differenze, che comunque stanno riducendosi, fra *common law* e *civil law*, v. MATTEI, PES, *Civil law e Common Law: verso una convergenza?*, in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di Vogliotti, Torino, 2009, 184 ss.; VIOLA, *Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo*, ivi, 119.

¹⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente in diritto penale*, 2°, Torino, 2014.

¹⁸ CGE, 13 settembre 2005, Consiglio c/ Commissione; SIRACUSA, *Quale tutela penale dell'ambiente? Nuove prescrizioni europee e proposte di riforma in Italia*, in *Riv. it. dir. pub. eur. comp.*, 2005, 474; Corte Giust. UE, Gr. Sez., 23 ottobre 2007 (C-440/05. Commissione/Consiglio), in www.penale.it, con commento di RIONDATO, *Competenza penale ambientale Comunitaria: i reati ma non le pene (nota a Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione, 23 ottobre 2007 causa C-440/05)* in [penale.it](http://www.penale.it).

¹⁹ In argomento, v. VILLA, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 2424 ss.; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, Padova, 2007, 7 ss.; TROPER, *Le nove separazioni dei poteri*, Napoli, 2007, 42 ss.; ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, 7.

della Consulta²⁰. Questa fase del dialogo fra Corti è improntato alla diffidenza, i pugili si studiano sul ring, aspettando prima di attaccare. La Corte costituzionale, pur riconoscendo il valore giuridico del diritto comunitario, non accetta di perdere il ruolo di controllore accentrato della legittimità delle leggi.

A questa fase di diffidenza, poi, seguirà l'attuale assetto dei rapporti fra diritto euro unitario e diritto nazionale. Dopo la sentenza Granital della CGE, la Corte costituzionale "getta la spugna" e riconosce che, a seguito delle cessioni di sovranità all'Unione ex art. 11 Cost., il diritto euro unitario immediatamente esecutivo comporta, oltre l'interpretazione conforme, la disapplicazione della normativa nazionale e la diretta applicazione del diritto europeo. Il controllo di costituzionalità, per la materia europea, da accentrato diventa diffuso, così come diffuso è il controllo di costituzionalità nei Paesi di *common law*²¹.

Il dialogo con la Corte EDU è, invece, a differenza rispetto alla CGE, ancora improntato alla diffidenza. La CEDU non è equiparata al diritto euro unitario, l'art. 6 del TUE pur riconoscendo i diritti fondamentali così come sanciti dalla CEDU non effettua un riconoscimento formale, ma limitato ai contenuti materiali della CEDU. Tanto è vero che il primo comma dell'art. 6 TUE riconosce il valore della CEDU, ma soltanto il comma secondo stabilisce che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da ora CDFUE) ha il valore giuridico dei Trattati. La CEDU costituisce così il *minimum standard* esigibile di garanzie a livello europeo, ma non costituisce diritto europeo. La CEDU ha una valenza sub costituzionale, nel senso che le violazioni della CEDU da parte della normativa nazionale daranno sempre vita a questioni di legittimità costituzionale e mai a forme di disapplicazione.

Se volessimo operare un parallelismo, il dialogo con la CEDU è analogo alla prima fase del dialogo con la CGE.

La differenza non sta soltanto nel fatto che nei confronti delle violazioni della CEDU non possa operare la disapplicazione, ma risiede nella diversa estensione dei contro limiti. Vale a dire che l'ordinamento può derogare al diritto sovranazionale quando esso violi i principi fondamentali dell'ordinamento.

Testo integrale riservato ai soli Abbonati

Questa è una soluzione ancora patrocinata dalla dottrina per le questioni in *malam partem*, v. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 142 ss.

²¹ PATERNITI F., *La Corte di Giustizia apre "al sindacato diffuso di legittimità comunitaria"?*, in www.forumcostituzionale.it; RIONATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia (influenza, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art.177 TCE, questioni di costituzionalità)*, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 1135 ss; VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti-giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1062 ss.