



La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza *NE*

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto giuridico nel quale il caso *NE* si inserisce, le conclusioni dell’AG e la soluzione della Corte di giustizia. – 3. L’effetto diretto del principio di proporzionalità della sanzione nella sentenza *NE*: Taricco *in bonam partem*? – 4. La disapplicazione delle disposizioni sanzionatorie nazionali: *vulnus* al principio di legalità e di separazione dei poteri? – 5. Conclusione.

1. Il principio di proporzionalità, definito dalla Corte di giustizia “principio generale dell’ordinamento comunitario”¹,

* Dottoranda di ricerca in Diritto europeo presso l’Università di Bologna.

¹ Il principio di proporzionalità, dopo essere stato implicitamente evocato in alcune sentenze (29 novembre 1956, causa 8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*; 14 dicembre 1962, cause riunite 5-11 e 13-15/62, *Società acciaierie San Michele*; 19 marzo 1964, causa 18/63, *Schmitz*), è stato tematizzato compiutamente nella pronuncia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Il quesito posto alla Corte, che ha trovato risposta positiva, era se la proporzionalità costituisse anche nell’ordinamento comunitario un limite generale della legislazione limitativa dei diritti fondamentali. Sul ruolo della Corte di giustizia nell’elaborazione dei principi generali, si veda, A. ADINOLFI, *I principi generali della giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 1994, p. 521 ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell’elaborazione dei principi generali dell’ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea. Annuario 1999, Atti*

“costituzionalizzato” con il Trattato di Maastricht², trova, oggi, il suo fondamento normativo in una serie di disposizioni che testimoniano la poliedricità di tale principio: nell’art. 5, par. 4, TUE³, e negli artt. 52, par.1, e 49, par. 3, CDFUE.

Ai sensi dell’art. 5, par. 4, TUE, il principio di proporzionalità coadiuva – insieme a quello di sussidiarietà – il sistema delle competenze, indicando la portata e l’intensità dell’azione dell’Unione, ovvero sia richiedendo che tutti gli atti delle istituzioni dell’UE siano idonei a raggiungere gli obiettivi perseguiti e, a tal fine, non vadano al di là di quanto necessario⁴. Rispetto all’esercizio della funzione legislativa, il principio di proporzionalità funge da criterio per la scelta del tipo di atto e del contenuto della misura da adottare⁵. In particolare,

del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 1999, p. 297 ss.; A. TIZZANO, Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario, in Il diritto dell’Unione europea, n. 1, 2009, p. 141 ss.; M. CONDINANZI, Diritti, principi e principi generali nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, in L. D’ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni), Torino, 2016, p. 82 ss.; C. AMALFITANO, General Principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights, Cheltenham, 2018, pp. 110-146. Con particolare riferimento al principio di proporzionalità si veda, M. C. CICIRIELLO, Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario, Napoli, 1999, p. 157 ss.; G. SCACCIA, Il principio di proporzionalità, in S. MANGIAMELI (a cura di), L’ordinamento europeo. L’esercizio delle competenze, Milano, 2006, p. 235; D. U. GALETTA, Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell’Unione Europea), in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n. 6, 2019, p. 903 ss.

² L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, p. 565 ss.; K. LENAERTS, *Proportionality as a matrix principle promoting the effectiveness of EU law and the legitimacy of EU action*, in occasione dell’ECB Legal Conference 2021, *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow*, 25 November 2021, p. 1 ss.

³ Al quale si aggiunge il protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Sul principio si veda, P. DE PASQUALE, *Commento art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 44 ss.

⁴ Sentenza della Corte del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, punto 67; sentenza dell’11 dicembre 2018, causa C- 493/17, *Weiss e a.*, punto 72.

⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2020, pp. 447 e 448. Si sottolinea la diversa lettura di tale principio rispetto ai Trattati fatta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 5 maggio 2020 (BVerfG, 2 BvR 859/15), per la quale si rinvia, *ex multis*, R. ADAM, *Il controlimite dell’“ultra vires” e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2020, pp. 9-27; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in

in materia penale⁶, esso include al suo interno – prima ancora del giudizio di *i*) idoneità, *ii*) necessità e *iii*) proporzionalità in senso stretto della misura⁷ – il corollario del diritto penale come *extrema ratio*⁸. Da ciò ne deriva che, in virtù di tale principio, il legislatore europeo deve prioritariamente valutare se l'intervento penale – in quanto mezzo di intervento più lesivo – sia l'unica soluzione, quella più giusta, o se siano disponibili altri strumenti⁹. In tal modo il principio di cui all'art. 5, par. 4, TUE, viene inteso come uso ragionevole del diritto penale (e, dunque, della pena) e diviene funzionale a limitare le scelte di criminalizzazione europee¹⁰.

Il diritto dell'Unione europea, Osservatorio europeo, maggio 2020; T. MARZAL, *Is the BVerfG PSPP decision "simply not comprehensible"?* A critique of the judgment's reasoning on proportionality, in *verfassungsblog.de*, May 2020.

⁶ S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 26-136; V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Napoli, 2020, spec. pp. 31-40; V. MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, Oxford, 2022, spec. pp. 89-146.

⁷ Per approfondire le tre fasi del *test* di proporzionalità si veda G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 225 ss. Questo schema ricalca quello messo a punto dal *Bundesverfassungsgericht*, come viene minuziosamente illustrato in dottrina da N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenze nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, p. 98.

⁸ Si legga *A Manifesto on European Criminal Policy*, 2009, p. 707; e, anche, comunicazione della Commissione europea, del 20 settembre 2011, *Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573, punto 2.2.1., p. 12.

⁹ Con specifico riferimento ai rapporti tra diritto penale e principio di proporzionalità si veda S. MONTALDO, *EU Sanctioning Power and the Principle of Proportionality*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *European Union Law Enforcement: The Evolution of Sanctioning Powers*, Torino, 2020, p. 115 ss.

¹⁰ W. DE BONDT, S. MIETTINEN, *Minimum Criminal Penalties in the European Union. In Search of Credible Justification*, in *European Law Journal*, n. 6, 2015, p. 724. Sul punto si veda sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate*, punto. 48. Sembra essere in linea con il principio di *extrema ratio*, l'art. 83, par. 1, TFUE, che prevede una serie di elementi che consentono di intravedere la logica dell'*extrema ratio*: *i*) l'armonizzazione è possibile soltanto qualora si tratti di sfere di criminalità particolarmente gravi e che abbiano un carattere transnazionale (comma 1); *ii*) l'elenco delle sfere di criminalità vengono quantificate in dieci specifici settori (comma 2) che possono essere aumentati solo mediante una decisione unanime da parte del Consiglio, previa approvazione da parte del Parlamento europeo (comma 3). Sembra, altresì, essere rispondente al principio di *extrema ratio* l'art. 83, par. 2, TFUE, il quale determina che la competenza penale accessoria può essere validamente esercitata solo dopo aver esperito un giudizio di "indispensabilità". Sulla competenza penale accessoria si veda C. AMALFITANO, *Commento art. 83 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 905 ss.; A. BERNARDI,

La proporzionalità funge, inoltre, in virtù dell'art. 52, par. 1, CDFUE¹¹, da criterio di bilanciamento in caso di conflitto tra diritti fondamentali sanciti dalla Carta¹². La *ratio* della disposizione, che riprende pedissequamente il ragionamento della Corte di giustizia nel caso *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, è la seguente: i diritti fondamentali, non essendo prerogative assolute¹³, possono essere soggetti a restrizioni purché queste ultime *i*) rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale e *ii*) non si risolvano, tenendo conto dello scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudichi la stessa sostanza di tali diritti¹⁴. Ne consegue che la proporzionalità diviene – assieme al criterio prioritario del rispetto del contenuto essenziale dei diritti¹⁵ – canone che giustifica (o meno) potenziali limitazioni di diritti fondamentali¹⁶. In materia

La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2012, p. 43 ss.

¹¹ F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Commento all'art. 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1061 ss.

¹² P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.

¹³ Sono invece considerati diritti assoluti, la cui compressione non è in nessun caso consentita, il diritto alla vita e il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti. Con riferimento al divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti derivanti da carenze sistemiche dello Stato membro di ingresso o di esecuzione del MAE, si veda sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punti 85-87; del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punto 78; del 15 ottobre 2019, causa C-128/18, *Dorobantu*, punto 62. Con riferimento al divieto di cui all'art. 4 CDFUE derivante dalla condizione individuale del richiedente asilo, suscettibile di essere “esacerbata da un trattamento risultante da condizioni di detenzione”, si veda sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K.*, punto 93.

¹⁴ Sentenza della Corte del 13 luglio 1989, causa 5/88, *Hubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*, punto 18. Nello stesso senso sentenza della Corte del 13 aprile 2000, causa C- 292/97, *Karlsson e a.*, punto 45.

¹⁵ K. LENAERTS, *Limits on Limitations: The essence of Fundamental Rights in the EU*, in *German Law Journal*, n. 19, 2020, pp. 779-793, spec. p. 781, in cui l'autore specifica che il concetto di essenza di un diritto fondamentale implica che ogni diritto ha un “nucleo duro” che garantisce a ogni individuo una sfera di libertà che deve sempre rimanere libera da interferenze. Tale nucleo è assoluto nella misura in cui non può essere soggetto a limitazioni.

¹⁶ R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ...con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2021, p. 19 ss. Il test di

penale, una concreta applicazione dell'art. 52, par. 1, CDFUE la si riscontra con riferimento al diritto, di cui all'art. 50 CDUE¹⁷, a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto nei casi in cui la normativa nazionale preveda un doppio binario sanzionatorio¹⁸.

proporzionalità sarà, dunque, necessario allorquando la misura adottata (europea o nazionale) non comprima l'essenza del diritto fondamentale, v. K. LENAERTS, *Limits on Limitations*, cit., p. 781.

¹⁷ C. AMALFITANO, R. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 50*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 1015 ss.

¹⁸ Si veda per tutti, P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con U. Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.; A. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in M. DONINI, L. FOFFANI, (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 77 ss.; T. LOCK, *Fishing Rights Protection: the Court of Justice on the Application of the Charter in the Member States and the Reach of the ne bis in idem*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law*, Oxford, 2019, pp. 245-258; B. NASCIMBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema Penale*, n. 4, 2020, p. 95 ss.; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 3, 2020, p. 98 ss.; M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in C. AMALFITANO - M. D'AMICO - S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europa nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 315 ss.). Il divieto del doppio giudizio, che inizialmente nella sua valenza processuale era finalizzato a vietare la duplicazione dei procedimenti, acquisisce, con le sentenze delle Corti sovranazionali, un significato sostanziale in virtù del quale è ammissibile un cumulo di procedimenti e di sanzioni con natura penale per lo stesso fatto se tale cumulo risulta dotato dei requisiti previsti dell'art. 52, par. 1, CDFUE. In particolare, i giudici di Lussemburgo (sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*; sentenza *Garlsson Real Estate*, cit.; del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e 597/16, *Di Puma e Zecca*. Per un commento si v. N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *rivista.eurojus.it*, 22 marzo 2018. Prima di queste ultime sentenze, si legga anche sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, punti 25-37 e del 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*) prescrivono, in primo luogo, che la limitazione all'art. 50 CDFUE deve essere finalizzata ad un *obiettivo di interesse generale*, nel caso di specie, ad esempio, rappresentato dalla tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione. In *secundis*, la restrizione al divieto del doppio giudizio per non costituire un intervento *inammissibile* che pregiudichi la stessa sostanza dell'art. 50 CDFUE deve essere prevista da regole chiare e precise (al fine di garantire la prevedibilità del precetto penale per il soggetto imputato) e sostanzarsi in procedimenti coordinati tra loro (di modo da non aggravare l'onere probatorio dell'interessato, e, da ultimo). Da ultimo, la Corte stabilisce che il doppio binario, per non essere considerato *sproporzionato*, deve comportare un trattamento sanzionatorio complessivo limitato a quanto

Mentre gli artt. 5, par. 4, TUE e 52, par. 1, CDFUE, costituiscono una declinazione del principio di proporzionalità che si applica in via generale a tutti i settori dell'ordinamento, l'art. 49, par. 3, CDFUE, fa specifico riferimento alla materia penale e in particolare al divieto di adottare sanzioni sproporzionate.

Siffatto divieto rappresenta un principio che, prima di essere codificato nella Carta, è stato enunciato, solo in termini di adeguatezza della pena, nel caso *Sagulo*¹⁹, e, poi anche in termini di proporzionalità con riferimento a qualsiasi tipo di sanzione nazionale, nella sentenza relativa al *mais greco*²⁰. La *ratio* delle sentenze enunciate è la seguente: gli Stati membri devono prevedere nei confronti degli autori delle condotte lesive di beni/interessi comunitari una risposta sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva²¹. Il trittico enunciato, elemento

strettamente necessario rispetto alla gravità dell'illecito in questione. Se ne deduce che, in questo caso, il *test* di proporzionalità della sanzione rappresenta uno dei criteri funzionali a giustificare la compressione – che, però, non deve tangere il contenuto essenziale – del diritto di cui all'art. 50 CDFUE.

¹⁹ Sentenza della Corte del 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, punto 12, in cui la Corte afferma: “Non si può escludere che le pene previste da una legislazione generale in materia di polizia degli stranieri, tenuto conto delle finalità di una siffatta legislazione, siano inadeguate alle esigenze risultanti dal diritto comunitario, fondato sulla libera circolazione delle persone e sull'applicazione generalizzata, salvo deroghe specifiche, del principio del trattamento nazionale; qualora uno Stato membro non abbia adattato la propria legislazione alle esigenze derivanti in materia dal diritto comunitario, il giudice nazionale dovrà far uso della libertà di valutazione riservatagli, al fine di pervenire all'applicazione di una *pena adeguata* alla natura ed allo scopo delle norme comunitarie di cui si vuole reprimere l'infrazione”.

²⁰ Sentenza della Corte del 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, punto 24. Sentenza nota per aver formulato il principio di assimilazione (codificato, oggi, all'art. 325 TFUE) e per aver enunciato l'obbligo degli Stati membri di adottare tutte le misure, atte a garantire, se necessario anche penalmente, la portata e l'efficacia del diritto comunitario (punto 23), la si deve menzionare anche per aver richiamato l'attenzione sulla proporzionalità della sanzione. La Corte, al punto 24, afferma che: gli Stati membri “pur conservando la scelta delle sanzioni, devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate (...) e che, in ogni caso, conferiscano alla *sanzione* stessa carattere di effettività, di *proporzionalità* e di capacità dissuasiva”. A tale pronuncia è seguita anche la sentenza della Corte del 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartveld*, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente specificato che in relazione alle violazioni più gravi solo sanzioni a carattere formalmente penale dovevano ritenersi in possesso dei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività.

²¹ F. GIUFFRIDA, *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality of Sanctions and Assimilation Principle: The Long-Lasting Legacy of the Greek Maize Case*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *op. cit.*, pp. 107-121.

centrale per lo sviluppo e la costruzione del diritto penale europeo, esprime il rapporto tra due necessità: quella di garantire la previsione e l'irrogazione di sanzioni effettive e deterrenti e quella che queste sanzioni siano rispettose del principio di proporzionalità.

Nonostante la Corte avesse espressamente menzionato la garanzia della proporzionalità della sanzione, il dato più significativo che si ricavava dalla sentenza del mais greco era la previsione, pur in assenza di una base giuridica che lo consentisse, di obblighi penali nazionali derivanti dall'ordinamento comunitario²². Che il principio di proporzionalità della sanzione restasse sullo sfondo lo dimostra anche il fatto che pure dopo la sua codificazione nell'art. 49, par. 3, CDFUE, questa disposizione non ha ricevuto particolare attenzione da parte della giurisprudenza della Corte, se non nei casi aventi ad oggetto il potere sanzionatorio comunitario (e dunque della Commissione)²³.

L'articolo intende analizzare la sentenza *NE*²⁴, nella quale la Corte ha recentemente valorizzato il principio di proporzionalità della pena, e il contesto giuridico in cui essa si colloca (vedi *infra* par. 2). Posto che la pronuncia sviluppa un ragionamento suscettibile di generalizzata applicazione al campo sanzionatorio penale²⁵, l'obiettivo del presente contributo è quello di concentrarsi essenzialmente su due punti, ovverosia: *i*) l'affermazione secondo cui il principio di proporzionalità della sanzione previsto dall'art. 20 della direttiva 2014/67/UE (e di conseguenza anche l'art. 49, par. 3, CDFUE) ha carattere imperativo ed è dotato di effetto diretto²⁶ (vedi *infra* par. 3) e *ii*) la circostanza che il giudice nazionale di fronte ad una sanzione sproporzionata debba

²² R. SICURELLA, *The Greek Maize Case. From sincere cooperation to Criminal Law Integration in EU*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *op. cit.*, pp. 122-135.

²³ In questo senso, si veda, tra le altre, sentenza della Corte del 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, *Musique Diffusion Française c. Commissione*, punti 23-25; del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, punti 364-374.

²⁴ Sentenza della Corte dell'8 marzo 2022, causa C- 205/20, *NE*.

²⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce della recentissima sentenza della corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, spec. p. 15.

²⁶ Sentenza *NE*, cit., punti 23 e 31.

disapplicare la parte della normativa da cui deriva la sproporzione²⁷ (vedi *infra* par. 4).

2. Come anticipato, in ambito europeo il principio di proporzionalità della sanzione ha iniziato ad avere una certa rilevanza solo negli ultimi anni. Più specificatamente, come anche accaduto nel caso che qui si commenta, le questioni sollevate dai giudici nazionali avevano ad oggetto la compatibilità di disposizioni sanzionatorie nazionali con il diritto europeo, e in particolare, con il principio di proporzionalità sancito in disposizioni di diritto derivato (contenenti la formula *greek maize*).

Nella sentenza *Link Logistik N&N*²⁸ la Corte di giustizia si è occupata dell'interpretazione dell'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE che obbliga il legislatore nazionale a predisporre un sistema sanzionatorio effettivo, deterrente e proporzionato in casi di violazione degli obblighi in materia di tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci²⁹. In questa circostanza la Corte ha affermato, diversamente dalle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek (d'ora in poi AG)³⁰, che la citata norma non potesse avere effetto diretto. L'art. 9 *bis* della direttiva 1999/62/CE, secondo i giudici di Lussemburgo, risultava carente dei requisiti di precisione e incondizionatezza in quanto non stabiliva alcun criterio esplicito né in ordine alla fissazione delle sanzioni nazionali né in ordine alla valutazione della proporzionalità delle sanzioni³¹. Inoltre, la

²⁷ *Ibidem*, punti 39 e 57.

²⁸ Sentenza della Corte del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link Logistik N&N*.

²⁹ I quesiti pregiudiziali posti dal giudice ungherese, che dubitava della proporzionalità della sanzione (commisurata in modo fisso dal legislatore nazionale) irrogata a carico del conducente di un camion per l'omesso pagamento di un pedaggio autostradale, erano: *a*) se il requisito di cui all'art. 9 *bis* direttiva 1999/62 costituisce una disposizione direttamente applicabile; *b*) se l'interpretazione del diritto interno in conformità al diritto dell'Unione consente e richiede che il giudice e l'amministrazione nazionali integrino – in mancanza di intervento legislativo a livello nazionale – la normativa ungherese rilevante nella specie con i criteri sostanziali del requisito di proporzionalità.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek, del 26 giugno 2018, causa C-384/17, *Link Logistik*.

³¹ Sentenza *Link Logistik*, cit., punto 52.

disposizione controversa stabiliva un obbligo che per sua natura richiedeva l'intervento di una misura da parte del legislatore nazionale.

Vieppiù, secondo i giudici europei l'effetto diretto del requisito della proporzionalità della sanzione avrebbe condotto all'eliminazione del potere discrezionale del legislatore nazionale e alla sostituzione di quest'ultimo da parte dei giudici nazionali³². Tuttavia, la Corte concludeva – e qui è importante ricordare che la pronuncia è antecedente alla sentenza *Poplawski II*³³ – che sebbene il requisito della proporzionalità delle sanzioni non avesse effetto diretto, il giudice nazionale avrebbe dovuto tutelare pienamente i diritti concessi dal

³² *Ibidem*, punti 54 e 55.

³³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski II*. Si veda D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO A., MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, p. 81 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, T. CORTHAUT, *EU Constitutional Law*, Oxford, 2021, p. 636 ss.; L. S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea e invocabilità di esclusione: i problemi aperti della seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021, p. 1 ss.; B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, pp. 187 ss.; D. MIASIK, M. SZWARC, *Primacy and direct effect - still together: "Poplawski II"*, in *Common Market Law Review*, n. 2, 2021, p. 571 ss.; D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, n. 1, 2022, p. 576 ss. Nella sentenza *Poplawski II* la Corte compie una ricostruzione importante dei rapporti tra effetto diretto e disapplicazione. La questione che rimaneva ancora ambigua dopo decenni dall'affermazione di questi principi cardine (sentenza della Corte del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 17; del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, p. 11-13) era se la disapplicazione fosse condizionata all'effetto diretto della disposizione di diritto UE. Si leggano i contributi contenuti in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, (a cura di) A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, Lussemburgo, 13 maggio 2013. Prima della sentenza *Poplawski II* la Corte aveva ammesso la disapplicazione nonostante la disposizione non avesse effetto diretto (sentenza *Link Logistik*, cit.), senza accertare prima l'effetto della disposizione di diritto UE (sentenza della Corte del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*), o anche senza compiere nel suo ragionamento alcun rinvio all'effetto diretto (sentenza della Corte del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *Cia Security International* e del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever*). Con *Poplawski II* i giudici di Lussemburgo prendono una posizione netta sui rapporti tra effetto diretto e disapplicazione affermando, con un ragionamento ben approfondito ma ricche di insidie, che la disapplicazione è sempre subordinata all'effetto diretto non solo per quanto riguarda le decisioni quadro ma anche per tutti gli altri atti di diritto dell'Unione (punti 58 -70).

diritto dell'Unione agli individui, disapplicando se necessario la normativa nazionale contraria al diritto europeo³⁴.

Sembra allora che il caso *NE*, in cui la conclusione appena riportata viene in parte ribaltata (posto che si afferma che il principio di proporzionalità ha effetto diretto) e in parte confermata (in relazione al fatto che il giudice deve disapplicare la disposizione nazionale), si iscriva in un *trend* giurisprudenziale volto ad analizzare ancora la formula *greek maise* e a valorizzare la proporzionalità della pena, quale limite all'obbligo sanzionatorio imposto agli Stati.

La controversia che ha dato origine alla sentenza *NE* riguarda l'inosservanza da parte di un'azienda degli obblighi in materia di diritto del lavoro relativi ai lavoratori distaccati. Nello specifico, la società slovacca CONVOL s.r.o. è stata multata per aver distaccato i propri dipendenti presso una società austriaca senza rispettare gli obblighi di legge nazionali relativi alla disponibilità dei dati salariali e previdenziali.

Siffatta vicenda è stata oggetto di un primo rinvio pregiudiziale concernente la conformità delle sanzioni austriache all'art. 56 TFUE, nella misura in cui la normativa nazionale si qualifica come una restrizione alla libera prestazione di servizi, e all'art. 20 della direttiva 2014/67/UE in quanto le sanzioni non rispetterebbero la prescrizione per cui le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Posto che la questione era identica a quella risolta nella sentenza *Maksimovic e.a.*³⁵ (anche se in questo caso la Corte aveva valutato la questione solo prendendo come riferimento l'art. 56 TFUE), i giudici hanno statuito con ordinanza – *ex art. 99 dello Statuto della Corte* – che le norme nazionali controverse non erano in linea con il requisito di proporzionalità previsto dall'articolo 20 della direttiva 2014/67/UE³⁶. Più nel dettaglio, secondo la Corte, quest'ultima disposizione deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che prevede (per l'inosservanza degli obblighi lavoristici surrichiamati)

³⁴ Sentenza *Link Logistik*, cit., punti 60 e 62.

³⁵ Sentenza della Corte del 12 settembre 2019, cause riunite C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, *Maksimovic e. a.*

³⁶ Una conclusione analoga è stata raggiunta dalla Corte di giustizia, nell'ordinanza del 19 dicembre 2019, cause riunite C-140/19, C-141/19 e da C-492/19 a C-494/19, *EX e altri*.

l'irrogazione di ammende che: *i*) non possono essere inferiori a un importo minimo predefinito; *ii*) che si applicano cumulativamente per ciascun lavoratore interessato e senza un limite massimo; e *iii*) alle quali si aggiunge un contributo alle spese processuali pari al 20% dell'importo delle ammende in caso di rigetto del ricorso contro la decisione che irroga tali ammende³⁷.

Nonostante tale conclusione il legislatore austriaco non ha modificato la normativa e, parallelamente, i tribunali superiori nazionali hanno emesso una giurisprudenza divergente³⁸ in materia che ha portato a tentare la strada di un secondo rinvio pregiudiziale.

Questa volta il giudice austriaco chiedeva ai giudici di Lussemburgo: *a*) se l'art. 20 della direttiva, secondo il quale le sanzioni devono essere proporzionate, abbia effetto diretto; *b*) in caso negativo, se il giudice nazionale, nell'impossibilità di procedere a interpretazione conforme della normativa interna rispetto al requisito di proporzionalità delle sanzioni, sia tenuto a disapplicare tale normativa nella sua interezza ovvero se possa integrarla in modo da imporre sanzioni proporzionate.

L'AG, con argomentazioni più analitiche rispetto alla Corte di giustizia, ha proposto una risposta positiva alla prima domanda

³⁷ Ordinanza della Corte del 19 dicembre 2019, causa C-645/18, *NE*, punto 43.

³⁸ Come illustrato nelle conclusioni dell'AG Bobek nella causa *NE* (punti 75-85), da una parte vi è stato l'approccio adottato nella sentenza del Verwaltungsgerichtshof (Corte suprema amministrativa) che ha dichiarato che per conformarsi al diritto dell'Unione, non si doveva tener conto dell'espressione "per ciascun lavoratore interessato". Disapplicare tale espressione equivale non solo a ridurre considerevolmente l'importo potenziale delle sanzioni pecuniarie, e introdurre una cornice edittale chiara degli importi ammissibili, ma anche ad introdurre un massimo edittale complessivo. Inoltre, la Corte suprema amministrativa ha dichiarato che anche le sanzioni pecuniarie minime previste dalla legge non dovevano più essere applicate. Dall'altra parte, il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) ha adottato una posizione diversa. Pronunciandosi su un ricorso costituzionale diretto contro una decisione di un giudice amministrativo di grado inferiore che irrogava sanzioni, la Corte costituzionale ha tenuto conto delle conclusioni della Corte nella sentenza *Maksimovic*, per dichiarare la violazione del diritto di proprietà. Dopo aver ricordato la giurisprudenza della Corte secondo la quale i giudici nazionali devono applicare integralmente il diritto dell'Unione, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria del diritto nazionale, la Corte costituzionale ha annullato le sanzioni inflitte. Nel giungere a tale conclusione, la Corte costituzionale ha dichiarato che l'applicazione di sanzioni nazionali incompatibili con norme dell'Unione dotate di effetto diretto equivale a imporre sanzioni senza un adeguato fondamento giuridico.

sostenendo che l'art. 20 della direttiva 2014/67/UE, seppure a prima vista vago, risulti chiaro e preciso³⁹. In particolare, può dirsi chiaro: *a)* che le pene inflitte non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario; *b)* che la proporzionalità delle sanzioni va commisurata rispetto alla gravità dell'infrazione commessa; *c)* che nel determinare la pena si deve tenere conto delle specifiche circostanze del caso di specie⁴⁰. Inoltre, la norma, secondo l'AG, risponde anche al requisito dell'incondizionalità nella misura in cui sebbene lasci agli Stati membri un margine discrezionale, essa impone loro un limite sufficientemente chiaro⁴¹. Siffatta tesi viene, altresì, ulteriormente arricchita da considerazioni di natura sistematica. In primo luogo, l'AG sostiene che negare l'effetto diretto dell'art. 20 della direttiva significherebbe negare l'effetto diretto all'art. 49, par. 3, CDFUE, non considerando che, sebbene la Corte non si sia ancora occupata di questa specifica previsione, essa ha statuito l'effetto diretto di altre disposizioni della Carta⁴², altrettanto vaghe⁴³. In secondo luogo, l'AG ha ricordato che nella sentenza *Maksimovic* la Corte ha dichiarato le disposizioni nazionali oggetto della causa *NE* contrarie all'articolo 56 TFUE in quanto sproporzionate. Egli, dunque, sostiene che sarebbe paradossale ritenere le previsioni sanzionatorie nazionali disapplicabili in quanto contrarie al divieto generale di introdurre ostacoli sproporzionati alla libera circolazione, e non perché contrarie alla più specifica

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punto 36.

⁴⁰ *Ibidem*, punto 37.

⁴¹ *Ibidem*, punti 40-42.

⁴² Sul tema dell'effetto diretto della Carta, per tutti, si veda L. S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2016, p. 336 ss.; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, T. CORTHAUT, *op. cit.*, p. 636 ss.; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e i rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, spec. pp. 79-137.

⁴³ L'AG (punti 47-48) fa espresso riferimento al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (sentenze della Corte del 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*, punto 78; del 29 luglio 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a. - Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema*, punto 162), al principio di non discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (sentenza della Corte dell'11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*, punto 69 e del 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation*, punto 76); il principio di *ne bis in idem* (sentenza *Garlsson Real Estate*, cit., punto 66) o il diritto a ferie retribuite (sentenza del 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Bauer e Willmeroth*, punto 85).

disposizione riguardante la proporzionalità delle sanzioni prevista dalla direttiva⁴⁴. Da ultimo, l'AG sostiene che se la Corte, nel caso *Taricco*⁴⁵, ha ritenuto che l'obbligo in capo agli Stati di adottare sanzioni efficaci al fine di tutelare gli interessi finanziari, *ex art.* 325 TFUE, ha effetto diretto, sarebbe difficilmente giustificabile che, invece, l'obbligo per gli Stati di prevedere che le stesse sanzioni siano proporzionate non lo avesse⁴⁶.

Accogliendo la tesi dell'AG, la Corte di giustizia, con una sentenza concisa e laconica, ha compiuto un *overruling*⁴⁷ della sua precedente giurisprudenza (pronuncia *Link Logistic*). I giudici del Lussemburgo, riducendo l'argomentazione "allo stretto necessario", hanno affermato che l'articolo 20 della direttiva 2014/67/UE, laddove esige che le sanzioni siano proporzionate, è dotato di effetto diretto e può essere invocato dai singoli dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro che l'abbia recepito in modo non corretto. Inoltre, e questo coerentemente con quanto affermato in tema di rapporti tra effetto diretto e disapplicazione nella sentenza *Poplawski II*⁴⁸, la Corte impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate⁴⁹.

⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale *Bobek* alla causa *NE*, cit., punti 49-52.

⁴⁵ Sentenza della Corte dell'8 settembre 2015, causa C-105/2014, *Taricco*. Nell'impossibilità di raccogliere in una sola nota la riflessione della dottrina sulla vicenda, si rinvia a tre volumi completi: A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti: primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018.

⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale *Bobek* alla causa *NE*, cit., punti 53-54.

⁴⁷ La sentenza, come sottolineato da X. GROUSSOT, A. LOXA, *Of the Practicability of Direct Effect and the "Doctrine of Change"*, in *EU Law Live*, 29 March 2022, pp. 2-3, rientra in una categoria esclusiva di sentenze in cui la Corte ha proceduto a un *overruling* aperto ed esplicito. Questo risultato, a parere di chi scrive, potrebbe derivare da almeno tre circostanze: a) la riproposizione delle conclusioni dell'AG *Bobek*; b) la diversa composizione del collegio giudicante rispetto alla sentenza *Link Logistik*; c) la pronuncia della Corte nel caso *Poplawski II*.

⁴⁸ Vedi nota sopra n. 33.

⁴⁹ Sentenza *NE*, cit., punto 58.

3. Ci si deve chiedere, allora, sulla base di quali argomentazioni giuridiche – e se esse risultino convincenti – la Corte di giustizia ha giustificato il cambio di passo nella sentenza *NE*.

I giudici di Lussemburgo, invero, non hanno offerto un ragionamento chiaro e puntuale.

La Corte per spiegare l'effetto diretto dell'art. 20 della direttiva 2014/67/UE (e dell'art. 49, par. 3, CDFUE)⁵⁰ ha fatto riferimento, come spesso accade⁵¹, al solo requisito dell'incondizionatezza⁵². Tale carattere incondizionato deriverebbe, da una parte, dal fatto che la suddetta disposizione si esprime “in termini assoluti”⁵³, ovvero si afferma in maniera perentoria che le pene inflitte non devono andare al di là di quanto è strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo

⁵⁰ Sul tema dell'effetto diretto la dottrina è amplissima, *ex multis*, J. A. WINTER, *Direct applicability and direct effect – Two distinct and different concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss.; P. PESCATORE, *The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.; P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, p. 453 ss.; L. DANIELE, *Tendenze attuali della giurisprudenza comunitaria in merito alla nozione di norma direttamente efficace*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p. 219 ss.; P. CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 1997, p. 519 ss.; G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 2124; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.; S. PRECHAL, *Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitution of the European Union*, in C. BARNARD (eds.), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, 2007, pp. 35 ss.; M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 931 ss.; E. CANNIZZARO, *La dottrina degli effetti diretti in taluni dei suoi sviluppi più recenti*, in M. DISTEFANO (a cura di), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 9-20; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; M. DOUGAN, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1459 ss.; B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 187 ss.

⁵¹ Sentenza della Corte del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, punto 23; del 1° luglio 2010, causa C-194/08, *Gassmayr*, punto 45.

⁵² In senso critico si veda, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., pp. 163-202; ID., *Rethinking direct effect and its evolution*, cit., p. 592.

⁵³ Sentenza *NE*, cit., punto 23.

legittimamente perseguito⁵⁴. Dall'altra parte, il carattere incondizionato della norma deriverebbe dalla circostanza che il divieto di non adottare sanzioni sproporzionate “non richiede l’emanazione di alcun atto delle istituzioni europee (...) e non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà di condizionare o di restringere la portata di tale divieto”. Gli Stati, dunque, sono chiamati a rispettare sempre tale principio e qualora uno Stato membro oltrepassi il suo potere discrezionale, adottando una normativa nazionale che prevede sanzioni sproporzionate, l’interessato deve poter invocare direttamente il requisito di proporzionalità delle sanzioni⁵⁵.

L’argomentazione dei giudici di Lussemburgo non convince e sembra sovrapporre piani e requisiti diversi. Se, da un lato, l’art. 20 della direttiva – e di conseguenza l’art. 49, par. 3, CDFUE⁵⁶ – può definirsi non incondizionato ma chiaro rispetto al risultato finale che gli Stati membri devono raggiungere (ovverosia la predisposizione di un sistema sanzionatorio che sia proporzionato all’offesa/al reato), tutt’altro che chiari e definiti appaiono, invece, i criteri che guidano la valutazione – che deve fare il legislatore, in astratto, quando stabilisce il *quantum* sanzionatorio e il giudice, in concreto, quando irroga la sanzione – della proporzionalità. La vicenda rievoca – e lo stesso AG l’ha citata nelle sue conclusioni⁵⁷ – la tanto tormentata “saga” Taricco⁵⁸, con la sola – non trascurabile – differenza che in quest’ultimo caso gli effetti per il singolo erano *in malam partem*. Anche in quella occasione, il “peccato originale”⁵⁹ della Corte consisteva nell’aver dichiarato l’efficacia diretta dell’art. 325 TFUE⁶⁰ che se nell’obiettivo –

⁵⁴ Conclusioni dell’Avvocato generale Bobek alla causa NE, cit., punto 37.

⁵⁵ Sentenza NE, cit., punto 30.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 31. Si veda sul punto, D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution*, cit. p. 592.

⁵⁷ Conclusioni dell’Avvocato generale Bobek alla causa NE, cit., punti 53 e 54.

⁵⁸ Sentenza Taricco, cit. Si veda sopra nota n. 45.

⁵⁹ G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *federalismi.it*, 23 maggio 2018, n. 11, 2018, spec. pp. 3-7.

⁶⁰ Base giuridica su cui si è discusso molto sia perché era stata la prima base giuridica scelta della Commissione per la proposta della direttiva PIF (v. L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della Procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 novembre 2013, pp. 1-31; A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell’Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018), sia, come ricordato nel testo, per il ruolo svolto nella vicenda Taricco, v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza*

l'effettività della tutela da apprestare agli interessi finanziari europei – può dirsi chiaro, nel contenuto degli obblighi per gli Stati membri, invero, non lo è⁶¹. E così, confermando la teoria dei corsi e ricorsi storici, la storia si ripete anche per il principio di proporzionalità.

Si deve notare che la proporzionalità, intesa in senso giuridico, sebbene cerchi di ricalcare il concetto matematico in virtù del quale due grandezze variabili sono in rapporto costante e proporzionato tra di loro, non è calcolabile attraverso una operazione matematica, come sembra dal ragionamento della Corte; qui le grandezze (reato e sanzioni) sono messe in relazione tra di loro ma necessitano di essere meglio indagate e individuate. Mancano, o meglio andrebbero elaborate, traendo dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, le coordinate essenziali della proporzionalità della sanzione, altrimenti il rischio è quello di essere in presenza di una norma che è un contenitore vuoto.

Se è evidente dall'art. 49, par. 3, CDFUE (e dalle disposizioni contenute nelle direttive che riprendono la formula *mais greco*) che il rapporto di proporzionalità si instaura tra sanzione e reato⁶², e quindi, sembra chiaro che l'ordinamento europeo accolga un modello di proporzionalità rispetto al fatto commesso⁶³ (in particolare rispetto alla

Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 9, 2016; D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la "saga Taricco": tra riserve di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2018, p. 885 ss.

⁶¹ In senso critico rispetto alla diretta efficacia dell'art. 325 TFUE, E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 45 ss.

⁶² In senso critico, M. GAMBARDELLA, *Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, n. 11, 2020, p. 113. L'autore sottolinea che se si legge la versione inglese e quella francese dell'art. 49, par. 3, della Carta si osserva come soltanto la versione italiana sembra richiedere un accertamento "in concreto" della proporzionalità della pena (le "pene inflitte"); mentre nelle altre due si fa riferimento alla gravità, alla severità, all'intensità della pena senza ancorare esplicitamente il concetto alla fase di irrogazione giudiziale della sanzione criminale (*the "severity of penalties" must not be disproportionate to the criminal offence; "l'intensité des peines" ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction*).

⁶³ Ciò emerge dalla sentenza *Garlsson Real Estate*, cit., punto 56.

sua gravità)⁶⁴ e non rispetto ai fini della pena⁶⁵, si deve, d’altro canto, ricordare che la valutazione della proporzionalità presuppone necessariamente l’articolazione di una scala di valori e interessi da tutelare⁶⁶. Infatti, il punto di partenza del giudizio di proporzionalità è l’identificazione dell’interesse/bene giuridico fondamentale che giustifica la scelta di criminalizzare una condotta⁶⁷. Tale concetto non è da confondersi con quello dello “scopo legittimo” della norma penale. La differenza sembra di poco momento, invero, rappresenta un punto centrale: lo scopo della previsione penale è quello di prevenire la commissione del reato e punire coloro i quali si rendono autori di condotte che mettono a rischio o ledono un bene/interesse fondamentale, che costituisce, invece, l’oggetto giuridico della tutela che può essere individuale, collettivo, pubblico/istituzionale. Se si desse prioritaria importanza allo scopo piuttosto che all’interesse da tutelare, avremmo un diritto penale di “lotta”⁶⁸ – come se il diritto penale costituisse un’arma – e non un diritto penale come forma di giustizia garantista. Il fatto che l’Unione europea disponga di una competenza penale indiretta (art. 83, parr. 1 e 2, TFUE) – esercitata, per

⁶⁴ Sentenza della Corte del 12 luglio 2018, causa C-451/14, *Fujikura*; sentenza del 21 maggio 2014, causa 519/09, *Toshiba Carp*; sentenza del 12 dicembre 2012, causa C-588/08, *Eni*.

⁶⁵ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, p. 112 ss.; R. A. DUFF, *Proportionality and Criminal Law: Proportionality of What to What?*, in E. BILLIS, N. KNUST, J. P. RUI (eds.), *Proportionality in Crime control and Criminal Justice*, 2021, p. 29 ss.

⁶⁶ M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests*, in *European Criminal Law Review*, n. 1, 2011, p. 37 ss.

⁶⁷ Sul concetto di bene giuridico, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 350 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 5; D. PULITANÒ, *Voce offensività del reato (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 2015 p. 665 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 2105 ss. Qui l’autore chiarisce che il rango del bene tutelato, la gerarchizzazione costituzionale, l’offesa e gradazione, la sanzione minacciata in astratto e in concreto rappresentano il “necessario puntello di ogni giudizio di (s)proporzione in ordine al *quantum* sanzionatorio”.

⁶⁸ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2, 2007, p. 58.

il momento, in chiave di “lotta” alla criminalità⁶⁹ – e non disponga, invece, di un sistema di misure sanzionatorie armonizzato non consente ancora di intravedere un vero e proprio sistema europeo di interessi e beni giuridici da tutelare mediante il diritto penale. La predisposizione di tale assetto permetterebbe di valutare la proporzionalità delle sanzioni non solo in relazione alla gravità del reato, ma anche in relazione alle diverse sanzioni previste dall’ordinamento tutto. Stabilire un sistema di beni giuridici da preservare consente, infatti, al legislatore di classificare i reati in base alla loro gravità e di associare le diverse categorie di reati a determinate pene (proporzionalità ordinale) e al giudice di determinare le pene proporzionate per ogni rango di reati (proporzionalità cardinale)⁷⁰. Ciò che si intende sottolineare è che la proporzionalità della pena va considerata alla luce dell’intero sistema sanzionatorio – per ora solo – nazionale (a volte non solo penale) e che la quantità e qualità della sanzione diventano “specchio del differente valore attribuito all’ordinamento – *sempre per ora nazionale* – ai beni giuridici offesi” (corsivo aggiunto)⁷¹.

Si deve fare i conti, inoltre, con il fatto che il principio di proporzionalità negli ordinamenti nazionali europei (con le dovute differenze) è legato a doppio filo ad altri principi costituzionali – funzionali, a loro volta, a stabilire i parametri deputati a concretizzare il vaglio di proporzionalità –, quali il principio di uguaglianza, di colpevolezza, di offensività⁷² e – con particolare riguardo

⁶⁹ Sul punto si pensi alla direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale*; alla direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, *sulla lotta contro il terrorismo* e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio; alla direttiva (UE) 2018/1673 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, *sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*.

⁷⁰ N. AUDENAERT, *Mind the Proportionality Gap! Scrutinizing the Theoretical Framework for Offenders who have Committed Multiple Offences in EU*, in *European Criminal Law Review*, n. 12, 2022, p. 155.

⁷¹ C. F. GROSSO, P. PISA, M. PELISSERO, D. PETRINI, *Manuale di diritto penale*, Torino, 2023, p. 663.

⁷² V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 5; ID., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018, p. 1 ss.

all'ordinamento italiano – della funzione rieducativa della pena⁷³. Si pensi al principio di colpevolezza, il cui ruolo cambia in sede di commisurazione della sanzione a seconda dalla funzione che quest'ultima assume nell'ordinamento (retributiva, preventiva, risocializzante). In ottica retributiva la pena è intesa come corrispettivo della colpevolezza; diversamente, quando la sanzione svolge la funzione di prevenire la commissione (o la ricommissione da parte di un soggetto che si è già reso autore del fatto criminoso) di reati, la colpevolezza funge da limite alla irrogazione della pena; e ancora, nella prospettiva risocializzante la colpevolezza rappresenta elemento fondamentale per assolvere alla stessa funzione rieducativa⁷⁴. Tra l'altro, i principi citati condizionano anche la scelta degli elementi tanto oggettivi, quanto soggettivi, che vanno presi in considerazione, prima dal legislatore, per costruire la fattispecie di reato e, poi, dal giudice, al fine di valutare la gravità (che serve a graduare la sanzione⁷⁵ non solo

⁷³ Si veda, per quanto riguarda il sistema italiano, la sentenza della Corte costituzionale n. 264/1974 in cui la Corte afferma la polifunzionalità della sanzione. Sulla base di tale concezione, la Corte stabilisce che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena, da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, dall'altro quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, non può stabilirsi a priori una gerarchia statica assoluta che valga una volta per tutte e non in ogni condizione (sentenza della Corte costituzionale del 7 agosto 1993, n. 306; sentenza del 4 luglio 2006, n. 257). Vi è tuttavia la necessità che la finalità rieducativa non venga elusa o obliterata, in quanto qualità essenziale e generale che caratterizza la pena nel suo contenuto e l'accompagna da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue (sentenza n. 313/1990). Infatti, proprio in nome della funzione rieducativa la Corte ha svolto un sindacato intenso su alcune presunzioni di pericolosità, ovverosia automatismi sanzionatori, in contrasto con il principio della funzione rieducativa. Si vedano sul punto le sentenze nn. 322/2007, 129/2008, 149/2018.

⁷⁴ Sentenze della Corte costituzionale del 1988, n. 364 e n. 1085 in cui si afferma il collegamento tra il principio di colpevolezza e la funzione rieducativa della pena. La Consulta stabilisce che il principio di colpevolezza richiede che gli "elementi più significativi" della fattispecie devono essere sorretti da un coefficiente di rimproverabilità soggettiva, tale da rendere l'agente rimproverabile per averli realizzati.

⁷⁵ M. DELMAS – MARTY, *Harmonisation des sanctions et valeurs communes: la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité*, in M. DELMAS – MARTY, G. GIUDICELLI - DELAGE E. LAMBERT ABDELGAWAD (sous la direction de), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, 2003, p. 583 ss. Si pensi all'ordinamento italiano che ha come riferimento normativo per il giudice l'art. 133 c.p.

nella fase di commisurazione della pena ma anche nella fase esecutiva⁷⁶) del fatto commesso.

Da ultimo, ci si deve interrogare anche su quale tipo di giudizio è quello di proporzionalità, ovvero se si tratti di un sindacato della pena condotto mediante la comparazione con le sanzioni previste per altre fattispecie criminose ritenute assimilabili o un sindacato condotto direttamente, in termini assoluti, sull'entità della pena o, ancora, di entrambi, a seconda dei casi. La mancanza di un sistema di sanzioni armonizzato e la stessa pronuncia *NE* sembrano suggerire un giudizio di proporzionalità che non necessiti di un *tertium comparationis*, un giudizio volto, quindi, a rinvenire un'intrinseca irragionevolezza e sproporzione della sanzione. Sennonché, non tutte le sproporzioni sanzionatorie si possono rintracciare attraverso questo giudizio intrinseco. Ad esempio, tale modello risulterà adeguato quando si tratta di pene “fisse”, indiziate di irragionevolezza perché non graduabili⁷⁷, o quando la sproporzione sia talmente evidente, quasi da essere definita “abnorme” – anche se persino su questa categoria servirebbe chiarezza –, ma non lo sarà quando vengono in considerazione altre sproporzioni sanzionatorie che si rintracciano solo operando un confronto con altre figure delittuose di disvalore comparabile.

⁷⁶Anche questo elemento andrebbe ulteriormente indagato. La domanda è se bisogna considerare nel giudizio di proporzionalità anche il fatto che la pena in senso “statico” stabilita con sentenza possa subire una variazione nel *quantum* di afflizione durante la sua esecuzione (per così dire, nel suo momento “dinamico”) in virtù, per esempio, della applicazione di misure alternative alla detenzione. Si legga, G. NICOLÒ, *Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*, in *Consultaonline*, 2 settembre 2022, p. 1025 ss.

⁷⁷In questa categoria può certamente rientrare la sanzione di cui si discute nel caso *NE*. Si veda sul punto la Corte costituzionale nella sentenza n. 222 del 2018 (e anche sentenza 50/1980) che con riferimento alle sanzioni penali accessorie, ritiene che, in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appai[a]no in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale e siano anzi “indiziate” di illegittimità costituzionale, potendo il relativo dubbio essere superato, caso per caso, solo a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato. Sono compatibili con il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. quelle pene fisse che sono comminate per sanzionare fattispecie di reato non graduabili, reati cioè che per la loro peculiare struttura sono da considerarsi sempre espressivi del medesimo livello di gravità così che la sanzione fissa appaia, in concreto, sempre proporzionata (si veda per l'estensione di tale principio anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo, la sentenza n. 185 del 2021).

Allora si comprende che se davvero si vuole costruire un giudizio di proporzionalità europeo nella materia penale è necessario che queste coordinate vengano chiarite a livello sovranazionale. In altri termini, è vero che la valutazione di proporzionalità si compone sicuramente di elementi noti – idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto – ma alla base presuppone concetti che, come dimostrato finora, non sono stati ancora elaborati e definiti – o anche solo mutuati dalle tradizioni costituzionali⁷⁸ – a livello europeo⁷⁹.

Del resto, la complessità di siffatta valutazione è testimoniata dalla circostanza che le stesse Corti costituzionali degli Stati membri cercano di affinare gli strumenti e i criteri per espletare tale giudizio, sperimentando tecniche decisorie nuove⁸⁰, ma premurandosi di

⁷⁸ J. ZILLER, *Common Constitutional Traditions*, in L. F. M. BESSELLINK, N. LUPO, M. WENDEL (eds.), *Research Handbook of European Constitutional Law*, 22 March 2023.

⁷⁹ Tale argomento non può essere superato, come tenta di fare l'AG, utilizzando l'affermazione secondo la quale la giurisprudenza della Corte conferma che il carattere chiaro e preciso di una disposizione è un concetto alquanto elastico e dunque, una disposizione può soddisfare tali requisiti pur contenendo concetti indefiniti o addirittura vaghi o nozioni giuridiche indeterminate (conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punto 36). Nel caso di specie i concetti indefiniti sono proprio gli elementi strumentali a fondare il giudizio di proporzionalità e se non chiariti il rischio è quello di ammettere la disapplicazione di disposizioni sanzionatorie nazionali in virtù di ventisette giudizi di proporzionalità differenti.

⁸⁰ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, n. 2, 2019, p. 786 ss.; R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 2573 ss. Sul percorso evolutivo fatto dalla Corte Cost. in tema di giudizio di proporzionalità, si veda F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 224-325. Qui, basti ricordare che la Corte costituzionale che inizialmente utilizzava con parsimonia e timidezza l'art. 3 Cost. (inteso nel senso della ragionevolezza) per verificare la costituzionalità della pena, ha iniziato a combinare sinergicamente il principio di ragionevolezza e proporzionalità a quelli di rieducazione e offensività, determinando così un nuovo modello di sindacato delle scelte legislative. Infatti, cambia anche il tipo di decisione adottato della Corte costituzionale: dalle sentenze di manifesta inammissibilità (in ragione della necessità di preservare prioritariamente la valutazione discrezionale del legislatore) a sentenze che sindacavano la proporzionalità della sanzione secondo il c.d. modello delle "rime obbligate". In virtù di tale sindacato la Corte poteva compiere il suo sindacato solo se nell'ordinamento fosse stato individuato un *tertium comparationis*, ovverosia una norma che punisse in maniera meno afflittiva una condotta dalle modalità analoghe e lesiva del medesimo bene giuridico. Negli ultimi anni, in realtà, la Corte ha fatto un ulteriore passo avanti, ammettendo che al modello "a rime obbligate" possa anche affiancarsi il modello delle "rime sciolte", ovverosia la possibilità di dichiarare una

preservare le prerogative del legislatore nazionale ed evitare una sovrapposizione tra i diversi poteri in gioco⁸¹.

4. Le considerazioni che precedono permettono di focalizzarsi sul secondo punto del ragionamento, ovverosia sugli effetti dell'efficacia diretta del principio di proporzionalità, sui quali la Corte, invero, si era già soffermata nella sentenza *Link Logistic N&N*, evidenziando come la disapplicazione (in tutto o in parte) della disposizione nazionale avrebbe comportato, di fatto, una ingerenza da parte del potere giudiziario nel potere legislativo.

Senonché, nella sentenza *NE*, i giudici di Lussemburgo (ed anche lo stesso AG nelle sue conclusioni)⁸², non hanno menzionato l'argomento, dimostrandosi meno sensibili a questo tipo di obiezione e hanno affermato che per eliminare l'incompatibilità della legge nazionale con il diritto europeo è sufficiente una disapplicazione parziale della norma sanzionatoria nazionale⁸³.

La Corte argomenta che la soluzione prospettata non contrasta *i)* né con il principio di certezza del diritto in quanto esso esige che la normativa sia chiara e precisa affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza⁸⁴;

sanzione per sé in contrasto con il principio di proporzionalità a prescindere dall'identificazione di una terza disposizione.

⁸¹ V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 344-372. Si vedano le sentenze della Corte costituzionale (sentenze n. 222 del 2018, n. 236 del 2016; nello stesso senso, sentenza n. 40 del 2019 e recentemente anche n. 40 del 2023) nelle quali si afferma che laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore «si riveli manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto», dunque, «un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di “precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo”, intesi quali “soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata”». Non mancano, nel panorama interno, voci critiche su tale soluzione, si veda, per tutti M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate? in federalismi.it*, 27 gennaio 2021, p. 54 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, p. 251 ss.

⁸² Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek alla causa *NE*, cit., punti 96-98, 102 e 136.

⁸³ Sentenza *NE*, cit., punti 43-44.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 46.

ii) né con il principio di legalità dei reati e delle pene posto che la sanzione, per effetto della disapplicazione, sarà meno elevata e quindi il risultato finale sarà favorevole all'imputato⁸⁵; e iii) nemmeno con il principio di parità di trattamento in quanto il requisito di proporzionalità implica una limitazione delle sanzioni che deve essere rispettata da tutte le autorità nazionali⁸⁶.

In realtà, si deve sottolineare che il fatto che il giudice nazionale possa decidere in quali casi e quale parte della norma disapplicare per rendere la sanzione rispettosa del principio di proporzionalità crea di per sé una disparità di trattamento per i soggetti sottoposti alla sanzione. Infatti, alcuni giudici potrebbero, sulla base della formulazione della disposizione, operare una disapplicazione parziale di essa escludendo, in taluni casi, alcuni elementi e, in altri, segmenti differenti della previsione normativa; vi potrebbero, altresì, essere situazioni in cui l'autorità giudicante sceglie di disapplicare completamente la norma, creando così un vuoto di tutela per il bene/interesse giuridico che la disposizione penale intende tutelare e un *vulnus* all'esigenza di effettività e deterrenza della sanzione.

In secondo luogo, al momento della commissione della condotta l'imputato potrebbe aver fatto affidamento su orientamenti giurisprudenziali nazionali non univoci – visto che la disapplicazione avviene “al bisogno” a seconda del caso di specie e delle circostanze di questo ultimo – in virtù dei quali la disposizione sanzionatoria è stata disapplicata. Ciò alimenterebbe il convincimento che, a certe condizioni, il reato non sia punito con la sanzione stabilita dalla legge, ma con una sanzione di minore entità, scelta dal giudice. Questo potrebbe, quindi, avere due effetti: quello di minare la certezza del diritto e la prevedibilità della risposta sanzionatoria, che è tra l'altro un corollario del principio di legalità.

Inoltre, sebbene l'effetto della disapplicazione comporti un esito *in bonam partem* per l'imputato non si può non ricordare che il principio di legalità – tralasciando, ma non dimenticando, l'interpretazione rigida a questo data dalla Corte costituzionale italiana⁸⁷ – prevede che tutti gli

⁸⁵ *Ibidem*, punti 47-51.

⁸⁶ *Ibidem*, punti 54 e 55.

⁸⁷ Sentenza della Corte costituzionale n. 115 del 2018. Si veda, *ex multis*, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, in *Diritto penale contemporaneo*,

Corte costituzionale, compresa la sanzione, siano definiti dalla legge (facendovi rientrare all'interno di tale ultimo concetto anche la giurisprudenza). Ebbene, la soluzione della disapplicazione parziale o "disapplicazione quanto basta" non sarebbe comunque rispettosa del principio di legalità posto che non servirebbe a determinare né l'*an* e né il *quantum* della pena in termini generali.

Senonché, il profilo su cui, invece, la Corte avrebbe potuto, *rectius* dovuto, soffermarsi è il potenziale conflitto di tale soluzione con i principi di separazione dei poteri e di legalità, corollari del valore dello Stato di diritto. In particolare, il principio di separazione dei poteri, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, viene dalla recente dottrina adattato all'ordinamento europeo in quanto principio fondamentale per l'architettura costituzionale europea che può contribuire al carattere democratico dell'ordinamento giuridico e politico dell'Unione europea⁸⁸. Il principio di separazione dei poteri va letto insieme al principio di legalità che richiede che ogni potere agisca

11 luglio 2018, p. 1 ss.; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo certo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 giugno 2018, p. 227 ss.; C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018; F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in *federalismi.it*, n. 18, 2018, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2018, p. 1 ss.

⁸⁸ Sulla applicazione di tale principio all'ordinamento dell'Unione europea si veda, K. LENAERTS, *Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1991, pp. 53-76; J. ZILLER, *Separation of powers in the European Union's intertwined system of government a Treaty based analysis for the use of political scientists and constitutional lawyers*, in *Il Politico*, n. 3, 2008, p. 133 ss.; F. FABBRINI, *La separazione dei poteri nell'Unione europea*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, n. 1, 2023 p. 13 ss.; C. FASONE, N. LUPO, *La separazione tra poteri nei raccordi tra Unione europea e Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1, 2023, p. 45 ss. In senso più critico si v. E. CORELAN, D. CURTIN, *In search of a new model of checks and balances for the EU: Beyond Separation of Powers*, in J. MENDES, I. VENZKE (eds.), *Allocating Authority. Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford, 2018, p. 53 ss.; P. PONZANO, *Les institutions de l'Union*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (sous la direction de), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2007, p. 439 ss.

nei limiti fissati dalla legge⁸⁹ e che qualsiasi controversia sia risolta in conformità – e solo in conformità – con le norme applicabili previste dalla legge⁹⁰. Testimonianza dell'importanza di siffatti principi è la violazione sistemica⁹¹ della garanzia dell'indipendenza del giudice – qualificata dalla Corte come una concretizzazione dello Stato di diritto⁹² – posta in essere da parte di alcuni degli Stati membri, in particolare quello polacco⁹³.

Sebbene le contingenze attuali abbiano “monopolizzato” il dibattito e la riflessione della dottrina e delle istituzioni nazionali e sovranazionali sui rapporti tra potere giudiziario e potere esecutivo, ciò non significa che non si debbano attenzionare anche altri tipi di tensioni,

⁸⁹ Comunicazione della Commissione del 30 settembre 2020, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea*, COM (2020) 580final; comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2015) 158final.

⁹⁰ K. LENAERTS, *Upholding the Rule of Law within the EU*, in *2nd RECONNECT conference*, 5 July 2019, p. 20.

⁹¹ L. PECH, J. JARACZEWSKI, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: Updated and New Article 7 (1) TUE Recommendations*, in *CEU DI Working Papers*, n. 2, 2023, p. 1 ss.; si consenta, inoltre, di rinviare a M. LANOTTE, *I criteri funzionali al riconoscimento di una “carezza sistemica e generalizzata” dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *Quaderno AISDUE - Serie Speciale*, n. 2, 2022, p. 131 ss.

⁹² Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*. Per un commento si veda, L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, n. 6, 2018, p. 1827 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti Umani e Diritti fondamentali*, n. 2, 2018, p. 421 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3, 2018, pp. 622-643; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2018, p. 985 ss. Si veda anche una sentenza che riassume efficacemente il ruolo del principio dell'indipendenza nell'ordinamento europeo, sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

⁹³ La dottrina recente sulla situazione in Polonia, L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021; L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *verfassungsblog.de*, 20 July 2021; ID., *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, in *verfassungsblog.de*, 17 January 2023.

sicuramente caratterizzati da una minore intensità conflittuale, quale ad esempio quella tra potere legislativo e giudiziario.

In base al valore dello Stato di diritto ciascun potere dello Stato trova nelle norme il suo modo di essere, di esistere, di estrinsecarsi, compresi i limiti formali e sostanziali⁹⁴. È proprio la *Rule of Law* che disciplina i delicati rapporti tra diritto e politica. Se da un lato, la politica si nutre di una legittimazione popolare ed esprime la volontà del corpo elettorale attraverso la produzione del diritto, dall'altro lato, spetta agli organi giurisdizionali, anch'essi soggetti alla legge ma slegati dal popolo, il compito di applicare tale diritto e di controllare il prodotto dell'attività politica, o meglio, di verificare la compatibilità della produzione⁹⁵. Controllare tale prodotto, però, non vuol dire né sostituirsi al legislatore adoperando soluzioni non previste dalla legge e nemmeno sostituirsi alla Corte Costituzionale che nel caso italiano – come nella maggior parte degli Stati membri – opera un sindacato accentrato di costituzionalità⁹⁶. È quello che accadrebbe dando seguito alla soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nel caso *NE*.

Imporre al giudice di disapplicare la normativa sanzionatoria, comporta, di fatto, l'ingerenza di quest'ultimo nel potere legislativo e, in particolare, in un segmento della materia penale, lo *ius puniendi*, custodito nel “giardino segreto” nazionale⁹⁷. Il giudice, che solitamente è chiamato ad irrogare una sanzione compresa tra un minimo e un massimo edittale, potrà, disapplicare una parte della normativa nazionale, scegliendo, di fatto, arbitrariamente la sanzione. La disapplicazione potrebbe riguardare il carattere fisso della sanzione, il minimo o il massimo edittale, un moltiplicatore del *quantum* della pena. Ebbene, in ognuno di questi casi il giudice comune non sceglie la pena discrezionalmente, ovverosia esercitando la libertà di apprezzamento

⁹⁴ P. COSTA, *Come limitare i poteri del sovrano? Cenni sulla storia dello Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, n. 3, 2010, p. 9 ss.

⁹⁵ G. PITRUZZELLA, O. POLLICINI, M. BASSINI, *Corti europee e democrazia. Rule of Law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, p. 15.

⁹⁶ G. SCIACCA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3, 2021, p. 235 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro italiano*, n. 1, 2018, p. 2227 ss.

⁹⁷ Espressione utilizzata da S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale*, cit., p. 26.

entro i limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, ma lo fa arbitrariamente posto che quando disapplica non dispone più di quei limiti che erano stati previsti dalla legge per stabilire la sanzione.

Vieppiù è opportuno sottolineare che laddove la disapplicazione parziale non sia operabile perché il giudice non è in grado di individuare un'altra soluzione – si pensi al caso in cui la pena è fissa e non vi è un moltiplicatore di pena da poter disapplicare per ridurre la pena – la disapplicazione totale non sarebbe comunque una soluzione in linea con il diritto europeo. Infatti, come già ricordato, la formula *greek mais* prescrive la necessità che l'assetto sanzionatorio nazionale sia, da un lato, proporzionato, ma dall'altro, sempre effettivo e deterrente.

Onde evitare fraintendimenti, è bene chiarire che il punto del ragionamento non è mettere in discussione il principio del primato, dell'efficacia diretta e il meccanismo della disapplicazione, ma evidenziare come sia necessario utilizzare lo strumento più “invasivo” dell'effetto diretto (e disapplicazione)⁹⁸ laddove la disposizione sia davvero sufficientemente precisa e incondizionata di modo da non creare tensioni nei rapporti tra i poteri (legislativo e giudiziario nel caso di specie), soprattutto quando la materia interessata da tale operazione è quella penale. In altri termini, come autorevole dottrina osserva l'effetto diretto attribuisce al giudice nazionale, eventualmente attraverso la cooperazione anche del giudice comunitario, il compito – sostitutivo di quello del legislatore – di realizzare comunque lo scopo del diritto europeo in funzione della tutela delle posizioni giuridiche/diritti in ipotesi⁹⁹, ma è opportuno anche sottolineare che tale compito non deve legittimare l'applicazione di soluzioni arbitrarie, ma di soluzioni, nella materia penale, dai contorni definiti.

5. Se la valorizzazione del principio di proporzionalità della sanzione può sicuramente registrarsi in senso positivo, dall'altro lato, l'effetto diretto della disposizione della direttiva e anche dell'art. 49, par. 3, CDFUE e la conseguente disapplicazione, anche solo parziale, della norma interna sono foriere, come si è cercato di dimostrare, di

⁹⁸ Così definito dall'Avvocato generale A. Tizzano nelle conclusioni, del 30 giugno 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 117.

⁹⁹ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 174.

criticità non di poco momento, a maggior ragione nell'ordinamento italiano in cui vige una nozione “forte” di legalità della pena¹⁰⁰. Nei rapporti con l'ordinamento italiano il rischio potrebbe essere – provando ad ipotizzare lo scenario peggiore e non sperato – quello di suscitare da parte della Consulta una risposta simile a quella data nel caso *M.A.S, M.B.*¹⁰¹, in cui velatamente (ma forse neanche troppo)¹⁰² la Corte ha minacciato i controlimiti, sostanzialmente statuendo che la regola Taricco non avrebbe trovato cittadinanza nell'ordinamento italiano.

Diversamente, si auspica che alla dichiarazione dell'effetto diretto del principio di proporzionalità della pena segua un dialogo fruttuoso tra la Corte di giustizia, la Corte Costituzionale e i giudici comuni al fine di costruire una lettura condivisa – in questo momento ancora mancante nel panorama europeo – di tale principio. La costruzione di uno statuto condiviso della proporzionalità della pena potrebbe avvenire magari secondo il “modello temperato 269”¹⁰³ se la questione

¹⁰⁰ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., p.17.

¹⁰¹ Si veda nota 87.

¹⁰² F. BAIO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in *Consulta online*, 2017, p. 1 ss.

¹⁰³ Secondo la lettura offerta da C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, p. 296 ss. Sull'*obiter dictum* pronunciato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 269/17 (che ha avuto poi ulteriori precisazioni nelle sentenze 20/2019, 63/2029, 112/2019, 117/2019, 182/2020, 254/2020, 67/2022) si veda, per tutti, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017, p. 1 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 ss.; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it* n. 3, 2018, p. 2 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi passando per la Ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 1 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, p. 1 ss.; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 9 ss.; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 159

relativa a tale principio fosse prima portata all'attenzione della Corte costituzionale o direttamente attraverso l'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale se il giudice comune si dovesse rivolgere immediatamente alla Corte di giustizia o ancora attraverso l'esperimento di entrambi i mezzi congiuntamente.

Infatti, un elemento che merita di essere debitamente preso in considerazione nella vicenda relativa al caso NE è il coinvolgimento della Corte costituzionale austriaca la quale, però, non ha saputo sfruttare al meglio l'opportunità. Quest'ultima, di fronte ad un inadempimento del legislatore austriaco, il quale non ha modificato il quadro sanzionatorio nonostante la sentenza *Maksimovic*, si è limitata

ss.; C. SCHEPISI, *I futuri rapporti tra le Corti dopo la sentenza n. 269/2017 e il controllo erga omnes alla luce delle reazioni dei giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 22, 2018, p. 2 ss.; G. MARTINICO, G. REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *The European Constitutional Law Review*, 2019, p. 731 ss.; F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2019; P. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, in *I Post di AISDUE*, 3 settembre 2019, p. 55 ss.; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online*, n. 2, 2019, p. 242 ss.; ID., *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, in *I Post di AISDUE*, 31 ottobre 2019; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2019, p. 166 ss.; F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 481 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il Rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; N. LAZZERINI, *Dual Preliminary Within the Scope of the EU Charter of Fundamental Rights in the Light of Order 182/2020 of the Italian Constitutional Court*, in *Europeanpapers.it*, n. 3, 2020, p. 1463 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *Europeanpapers.eu*, n. 1, 2020, p. 493 ss.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 1 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di riaccentramento*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2021, p. 91 ss.; S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 37 ss.; B. NASCIMBENE, *Carta dei diritti fondamentali e rapporti fra giudici. La necessità di una tutela integrata*, in *Europeanpapers.eu*, n. 1, 2021, p. 81 ss.

a ricordare la giurisprudenza della Corte di giustizia e ad annullare le sanzioni inflitte.

Invero, la Corte costituzionale austriaca avrebbe potuto aprire il dialogo con la Corte di giustizia, consentendo a questa di elaborare alcune delle caratteristiche del *test* di proporzionalità della sanzione, e piuttosto che annullare le sanzioni inflitte – tra l’altro, soluzione evidentemente non adeguata perché si finisce per garantire l’impunità, senza eliminare il problema di un regime sanzionatorio sproporzionato – sarebbe potuta intervenire al fine di eliminare definitivamente la parte della disposizione incompatibile con l’ordinamento europeo.

Sembra allora che la Corte di giustizia, di fronte ad un legislatore inadempiente (per il quale, magari, sarebbe stato opportuno aprire una procedura di infrazione), ad una Corte costituzionale che non riesce a garantire una soluzione idonea, e ad una sua stessa giurisprudenza particolarmente stringente come *Poplawski II* (in cui la disapplicazione è possibile solo se la norma ha effetto diretto) sia stata quasi “costretta” a cambiare il suo orientamento e dichiarare l’effetto diretto del principio di proporzionalità della sanzione, non tenendo, però, in debita considerazione le reali ripercussioni negli ordinamenti nazionali di tale scelta.

È chiaro, sin dalle sentenze *Van Gend & Loos*¹⁰⁴ e *Costa Enel*,¹⁰⁵ che il riconoscimento del singolo come soggetto titolare di diritti direttamente conferiti dalle disposizioni europee rappresenti uno dei principali elementi di originalità dell’ordinamento europeo. Questa “soggettività europea dell’individuo”¹⁰⁶ deriva anche dalla diretta efficacia del diritto dell’Unione, che si sostanzia, in questo senso, nella creazione di un diritto in capo al singolo. Se l’efficacia diretta è funzionale alla salvaguardia di prerogative individuali, si deve, però, considerare che tale strumento, nell’ambito penale, dovrebbe essere utilizzato tenendo presente la necessità che l’effetto sostitutivo, derivante dalla disapplicazione, debba condurre l’interprete alla applicazione di regole certe e definite e non create arbitrariamente dal

¹⁰⁴ Sentenza *Van Gend & Loos*, cit.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*.

¹⁰⁶ R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 39.

giudice, di modo da evitare qualsiasi *vulnus* al principio di legalità e di separazione dei poteri.