

PREFAZIONE

“La legge provoca la collera di Dio”, ammonisce Paolo di Tarso nella *Lettera ai Romani*.

Talvolta, più sommessamente, la legge provoca l'intervento della Corte costituzionale, l'organo chiamato a controllarne la conformità ai principi fondamentali, a sorvegliarne la ragionevolezza, a decretarne se del caso l'illegittimità: ossia ad assicurare – come è stato detto con felice espressione – la “giustizia nella legislazione”.

Una attività tanto più delicata in materia penale, dove la dialettica tra autorità e libertà si fa più serrata, e il confronto con i diritti fondamentali più radicale e a volte vertiginoso; e dove, al contempo, più accentuata appare la tendenza della legge a colorarsi di connotazioni politiche, e più forte – conseguentemente – la tentazione del legislatore a rivendicare piena autonomia.

Del resto, proprio in tali ambiti, il compito del giudice delle leggi appare costantemente assediato dal rischio di pregiudicare la discrezionalità del Parlamento (art. 28 l. n. 87 del 1953), superando quei limiti rigorizzati – rispetto alle scelte di politica criminale – dal principio di riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.).

Nondimeno, la Corte – dopo aver garantito il “superamento del passato” con copiosi interventi di “ortopedia giuridica” sulle norme penali, e così consentito la difficile “coabitazione” tra un codice autoritario e la Costituzione democratica – si dimostra ancora molto vigile, spesso severa, e talvolta appare – a taluno – persino eccessivamente “interventista”; comunque capace di dar voce a diritti – come quelli di indagati, condannati e detenuti – sempre meno rappresentati nel circuito politico, e dei quali pochi hanno il coraggio di assumersi la paternità.

Certo in questo delicatissimo compito la Corte non è sola: come si sa, nel sistema italiano di giustizia costituzionale, declinato su un “modello accentrato ad iniziativa diffusa”, tale controllo è innescato dai singoli giudici, secondo tempi, modalità e cadenze che presentano, non di rado, aspetti peculiari e specifici nel contesto penale; e ad esso si accede sempre che l'antinomia non trovi una sua composizione in quella prodigiosa “stanza di compensazione” che è l'interpretazione conforme, che proprio nei giudici comuni ha il suo *primum movens*.

Soprattutto, e sempre più, questo controllo è assoggettato alla convergenza di più parametri, provenienti da fonti non solo domestiche – le molte carte dei diritti, e tra queste la Carta di Nizza e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo – e

registra dunque la compartecipazione più o meno protagonista di diversi attori, tra i quali spiccano le Corti europee, con le quali la Consulta si relaziona secondo schemi modulari e differenziati a seconda della tipologia della fonte in rilievo, del suo grado di cogenza e vincolatività, della sua diretta disponibilità e “giustiziabilità” da parte del giudice comune: e si dipana in un dedalo di possibili percorsi che ha non poche zone d’ombra, specie nei campi di “*overlapping protection*”, e che comunque manifesta ricadute significative sul perimetro del controllo accentrato di costituzionalità.

In un panorama giuridico via via più reticolare, irregolare e confuso, questo studio è rivolto anzitutto al giudice comune ed ai suoi possibili interlocutori – avvocato e pubblico ministero –, che possono coadiuvarlo – spesso in modo decisivo – nella sollecitazione della questione di costituzionalità; è per tutti costoro che – ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali nei quali si va sedimentando il processo costituzionale, e facendo in primo luogo “parlare” le decisioni della Corte – si cercherà di illustrare ed analizzare i principali itinerari e le più frequenti insidie nella proposizione della questione di costituzionalità in materia penale.

Senza pretesa di arricchire il già poderoso impianto teorico del processo costituzionale, ma allo scopo – piuttosto – di fornire una guida essenziale per chi si scopra a rimuginare il dubbio di costituzionalità, e, magari, si accinga ad interpellare la Corte: per cercare di evitare – in definitiva – che tale impresa possa apparirgli un misterioso ed imponderabile “lancio di dadi”.

Bologna-Roma, maggio 2019

Si ringraziano i dott.ri Francesco Mazzacuva, Nicola Recchia, e le dott.sse Luisa Romano, Alessandra Santangelo e Olimpia Barresi per la preziosa collaborazione nella revisione, non solo formale, del volume.

I

L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA CORTE E GIUDICI COMUNI NELL'ATTUAZIONE DEL "VOLTO COSTITUZIONALE" DELL'ILLECITO PENALE

di *Vittorio Manes*

SOMMARIO: 1. Qualche dato statistico sul "declino" del giudizio incidentale. – 2. Le possibili chiavi di lettura: in particolare, la spinta centrifuga dal sindacato accentrato e le sue direttrici. – 2.1. La diretta applicabilità del diritto dell'Unione europea ed il correlativo potere/dovere di disapplicazione della norma interna contrastante. – 2.2. Il dialogo (sempre più) diretto tra giudici comuni e Corti europee in materia di diritti fondamentali. – 2.2.1. Sul fronte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 2.2.2. Sul fronte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 2.2.3. Le recenti risposte della Corte costituzionale all'"espansionismo" delle Carte e Corti sovranazionali ed alla conseguente "usucapione" del controllo di costituzionalità. – 2.3. L'onere di interpretazione conforme alla Costituzione. – 3. Prospettive: dove va il controllo di costituzionalità in materia penale? – 3.1. Una Corte vigile sui diritti, ben più che sulle geometrie del sistema. – 3.2. Principi, deroghe, bilanciamenti: verso lo *strict scrutiny*. – 3.3. L'espansione del controllo *in malam partem* tra istanze di democrazia procedurale e nuove "zone franche".

1. *Qualche dato statistico sul "declino" del giudizio incidentale*

Stando ai dati statistici esibiti nelle consuete relazioni annuali del Presidente¹, l'attività della Corte costituzionale registra ormai da anni – oltre ad una tendenziale riduzione del numero complessivo delle pronunce² – una complessiva fles-

¹ Si veda, da ultimo, la *Relazione* di GIORGIO LATTANZI, Presidente emerito della Corte, nella conferenza del 21 marzo 2019, consultabile in *cortecostituzionale.it*, e, con maggior dettaglio, le statistiche curate dal *Servizio studi e massimario* e dall'*Ufficio ruolo*, *ivi* reperibili.

² Le decisioni, nel 2018, sono state complessivamente 250 (186 sentenze e 64 ordinanze), a conferma di un costante *trend* decrescente che caratterizza l'ultimo ventennio, e comunque notevolmente distante dai livelli che sono stati talvolta raggiunti (sino al "picco" di 592 decisioni, nel 2000)

sione del giudizio incidentale, che pur continua ad offrire il dato più rilevante del contenzioso costituzionale (manifestando una inversione di tendenza rispetto ad un recente passato in cui il giudizio in via principale è risultato maggioritario).

Tale flessione è determinata anche dalla forte contrazione degli atti di promovimento, particolarmente accentuata nel 2018, ove si contano solo 199 ordinanze di rimessione (gran parte delle quali provenienti da giudici di primo grado): in sostanza, negli ultimi tre lustri, le incidentali di costituzionalità si sono ridotte di più del 75%, passando da una media di 941 nel quadriennio 2001-2004 (con un picco di 1196 nel 2003), ad una media di 275 nell'ultimo triennio, sino appunto alle 199 rimessioni del 2018, e se si guarda ai giudizi definiti, il giudizio incidentale, che ha largamente dominato nel passato, impegna ormai la Corte in una percentuale ancora preponderante ma sempre meno protagonista³.

Oltre al calo degli atti di promovimento, ed alla flessione delle decisioni all'esito del giudizio incidentale, l'ulteriore dato pressoché costante in tale giudizio è quello concernente l'elevato numero di pronunce di inammissibilità rispetto alle questioni prospettate, così come il (percentualmente elevato) numero di decisioni di manifesta inammissibilità⁴, in crescita costante ormai da tempo⁵; inammissibilità in entrambi i casi originate per lo più da riscontrati difetti dell'atto introduttivo.

Tali dati sono, in proporzione, riferibili – almeno in parte – anche alle questioni penali, sia sostanziali che, soprattutto, processuali: queste occupano in media – sempre stando al giudizio incidentale – circa un quarto dell'attività della Corte, che si è dunque sensibilmente ridotta anche in quest'ambito⁶.

“ma il numero delle sentenze è rimasto sostanzialmente invariato (186 sentenze del 2018 hanno fatto seguito alle 188 del 2017, alle 179 del 2016 e alle 168 del 2015)”.

³ Come evidenzia il *Rapporto* sui “Dati quantitativi e di analisi” relativo alla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018, realizzato dal *Servizio studi* (a cura di R. Nevola, G. Verrengia e I. Norelli), per il settimo anno consecutivo, il totale delle decisioni rese in via incidentale (142) è risultato comunque inferiore a 200 (196 nel 2011, 141 nel 2012, 145 nel 2013, 171 nel 2014, 145 nel 2015, 158 nel 2016 e nel 2017) e per la undicesima volta nella storia della Corte costituzionale (come già negli anni 1956, 2006, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017), in termini percentuali, non ha raggiunto la soglia del 60% delle decisioni.

⁴ Nel periodo 2009-2016 le decisioni di inammissibilità sul totale delle sentenze rese all'esito del giudizio incidentale si sono attestate, nella media, sul 57% del totale. Nel 2017, su un totale di 158 decisioni in sede di giudizio incidentale, a fronte di 39 dichiarazioni di illegittimità costituzionale (29 sentenze), si contano 92 dichiarazioni di inammissibilità (75 decisioni), di cui 39 di manifesta inammissibilità. Quanto al 2018, poi, l'ammontare di 142 decisioni rese in seguito a giudizio incidentale conta 70 dichiarazioni di inammissibilità (61 decisioni), di cui 34 di manifesta inammissibilità, rispetto a 42 dichiarazioni di illegittimità costituzionale (39 sentenze): si veda, ancora, il *Rapporto* citato alla nota precedente, p. 17 ss.

⁵ Il dato è stato sottolineato a più riprese, e già da tempo: cfr. ad es. M.E. MELE, *Interpretazione costituzionalmente conforme e modalità di redazione dell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità costituzionale*, relazione svolta al corso destinato ai magistrati ordinari di tirocinio, 11 novembre 2011, in *cosmag.it*, 1 ss.

⁶ Qui si dispone di dati disaggregati meno aggiornati: in ogni caso – e solo a titolo di esempio – nel primo quadrimestre del 2014 sono pervenute 20 ordinanze di rimessione concernenti la materia penale

2. *Le possibili chiavi di lettura: in particolare, la spinta centrifuga dal sindacato accentrato e le sue direttrici*

Le statistiche sembrerebbero far emergere – a prima vista – un indebolimento di una delle funzioni della Corte⁷: se l'aumento delle pronunce di inammissibilità può essere spiegato con un “deperimento qualitativo” delle ordinanze di rimessione – ovvero «una certa difficoltà dei giudici rimettenti nel formulare in termini tecnicamente corretti le questioni da sottoporre alla Corte»⁸ –, il più generale *trend* negativo nel giudizio incidentale sembrerebbe schiudere a valutazioni più generali, e persino lasciare emergere una complessiva *perdita di effettività* del controllo di costituzionalità⁹.

Le chiavi di lettura, peraltro, possono ovviamente essere molteplici.

Chi osservi la scena in prospettiva diacronica – specie dall'angolatura penalistica – potrebbe persino pensare che il ridimensionamento possa essere coerente con una “funzione storica” andata via via esaurendosi: quasi che la Corte, dopo aver accompagnato il “disgelo costituzionale” e la “transizione democratica”¹⁰, ed aver comunque consentito la sopravvivenza del codice Rocco detergendone le incrostazioni più autoritarie con tecniche decisorie diverse ed interventi progressivamente più invasivi a seconda dei diversi ambiti più o meno condizionati dall'ideologia fascista (fino a settori interamente falcidiati, come quello dei “Delitti contro l'economia pubblica”)¹¹, sia tornata all'“ordinaria amministrazione”, per

sostanziale e processuale, sulle 95 complessive (16 in materie civilistiche; 49 in materia di diritto amministrativo e diritto pubblico generale; 7 in materia giuslavoristica e previdenziale; 3 in materia tributaria).

⁷ Del resto, è noto che in dottrina – e già da tempo – si registrano voci diffuse che segnalano una “crisi del giudizio in via incidentale” come modo di accesso “normale” alla Corte costituzionale: in tale senso, si veda, ad es., M. SICLARI, *Verso il ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali?*, in AA.VV., *Par condicio e Costituzione*, a cura di F. Modugno, Milano, 1997, 133 ss.

⁸ Il rilievo è frequente, e qui prende corpo nella parole del Presidente emerito FRANCO GALLO, tratte dalla *Relazione sull'attività giurisdizionale della Corte*, tenuta il 12 aprile 2013, in *corte costituzionale.it*, 3.

⁹ Posto che la prima condizione di effettività (*effectiveness*) del *constitutional review* è il contributo degli attori – privati e pubblici – nell'interpellare la Corte (a cui si aggiungono l'autorevolezza delle argomentazioni proposte nelle decisioni – che è il presupposto stesso della costruzione di un *constitutional case law* – e la deferenza rispetto alle stesse da parte di chi è deputato a seguirle): cfr. A. STONE SWEET, *Constitutional Courts*, in M. ROSENFELD-A. SAJO (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, Oxford, 2012, 816 ss., 825 ss. [per una differente impostazione sui “criteri di effettività”, tuttavia, si veda anche A. HARDING-P. LEYLAND-T. GROUPI, *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, in A. HARDING-P. LEYLAND (eds.), *Constitutional Courts: A Comparative Study*, 2009].

¹⁰ Sin dalla sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, esercitando un controllo che ha sempre più protagonizzato i giudici comuni, con notevole impatto anche sull'ordinamento giudiziario: v. ora E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma, 2018, 53 ss.

¹¹ In questa prospettiva, come noto, la Corte ha talvolta utilizzato lo strumento della decisione *interpretativa di rigetto* (così, emblematicamente, nella sentenza n. 65 del 1970, concernente il delit-

effetto congiunto di minori sollecitazioni da parte dei giudici comuni e di un più compassato *self restraint* nelle valutazioni, e, a monte, di una progressiva ortodossia dei prodotti del legislatore penale.

Questa prima istantanea, tuttavia, non sembra particolarmente fedele.

Se l'“elaborazione costituzionale del passato” può dirsi (in gran parte) compiuta, l'esperienza recente dimostra, da un lato, che taluni eccessi punitivi così come irragionevoli equiparazioni sanzionatorie ed automatismi cadono ancora, ciclicamente, sotto il monitoraggio della Corte¹², evidenziando talvolta in modo eclatante l'obsolescenza normativa e l'arretratezza assiologica rispetto ad una realtà profondamente mutata (come nel caso del c.d. suicidio assistito)¹³; e dall'altro con-

to di apologia di reato, ove si è affermato che «l'apologia punibile ai sensi dell'art. 414, ult. comma, c.p., non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»); altre volte la Corte ha utilizzato la decisione di *accoglimento parziale* di tipo “manipolativo” (come nella sentenza n. 108 del 1974, sull'art. 415 c.p., riguardante l'istigazione all'odio tra le classi sociali, dichiarato illegittimo «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»); ma così pure in molte decisioni intervenute nel settore dei “*Delitti contro l'economia pubblica*”, capo I del titolo VIII del libro II del codice penale, concernenti in particolare i delitti in materia di sciopero e serrata – prima presidio fondamentale dell'economia corporativa, poi divenuti insopportabili limitazioni rispetto al diritto riconosciuto all'art. 40 Cost.: cfr., ad esempio, le sentenze n. 290 del 1974 e n. 165 del 1983, rispettivamente concernenti le fattispecie di “*Serrata e sciopero per fini non contrattuali*”, art. 503 c.p., e di “*Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero*”, art. 504 c.p.; analogamente la sentenza n. 222 del 1975; inoltre, la sentenza n. 84 del 1969, etc.); altre volte ancora, infine, è intervenuta dichiarando l'illegittimità *tout court* della fattispecie, ravvisando una incompatibilità frontale e non altrimenti risolvibile con diritti costituzionalmente riconosciuti [così sin dalla prima, “storica” decisione, la n. 1 del 1956, con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità – per contrasto con l'art. 21 Cost. – dell'art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 che richiedeva un'autorizzazione di polizia per distribuire volantini o affiggere manifesti, sanzionando penalmente la distribuzione o affissione non autorizzate; così pure, ancora nel settore dei delitti in materia di sciopero, la sentenza n. 29 del 1960, nella quale la Corte, dichiarando l'illegittimità dell'art. 502 c.p. che puniva “*Serrata e sciopero per fini contrattuali*”, ha statuito che «(...) anche a voler considerare la norma impugnata come isolata dal sistema dal quale e per il quale era sorta, è evidente il positivo contrasto che risulta dal suo raffronto col sistema nuovo (...)].

In non pochi casi, peraltro, la questione di costituzionalità, pur a fronte di un chiaro *vulnus*, è stata proposta solo dopo molto tempo, data la rara applicazione della norma: così, ad esempio, l'art. 271 c.p. che puniva le associazioni dirette a «deprimere il sentimento nazionale», è stato dichiarato incostituzionale solo con la sentenza n. 243 del 2001, per violazione della libertà di associazione garantita dall'art. 18 Cost. (molto tempo dopo, dunque, rispetto alla questione che ha investito la fattispecie incriminatrice della propaganda antinazionale, art. 272, comma 2, c.p., dichiarata illegittima con la sentenza n. 87 del 1966 per contrasto con l'art. 21 Cost.).

¹² Basti pensare – nel settore dei «Delitti contro lo stato di famiglia» – alle recenti sentenze n. 31 del 2012, n. 7 del 2013 e n. 236 del 2016, che hanno dichiarato la parziale illegittimità costituzionale – rispettivamente – degli artt. 569 c.p. (Pena accessoria) e dell'art. 567 c.p. (Alterazione di stato); ma anche alla sentenza n. 222 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità della pena accessoria di durata fissa prevista dall'art. 216, ult. comma, l. fall., per talune ipotesi di bancarotta.

¹³ Ci si riferisce alla denunciata incostituzionalità dell'art. 580 c.p., drammaticamente emersa nella vicenda dell'assistenza prestata da Marco Cappato a Dj Fabo, dove l'opzione punitiva del c.d. suicidio assistito – ben prima che l'equiparazione del trattamento punitivo per «istigazione» e (me-

ferma, con crescente problematicità, che la «costituzionalizzazione della politica criminale» non possa dirsi affatto scontata. Questa, del resto, alimenta un ciclico vitalismo del controllo di ragionevolezza anche in materia penale (sostanziale e processuale), cui sono state assoggettate non solo le riforme politicamente più “sensibili” (pur con diversi esiti: dal “falso in bilancio” ai reati in materia di immigrazione; dalla disciplina degli stupefacenti sino ai più radicali aggravamenti sanzionatori per i “recidivi” o alle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare, etc.).

Difficile, dunque, rintracciare le cause della flessione nella maggior conformità a Costituzione dell’attività legislativa ordinaria, o (solamente) nello scarso “attivismo” dei giudici comuni, costantemente sollecitati da un *menu* di novità normative tanto compulsivo quanto poco razionale, che non di rado manifesta la tendenza ad espropriare anche “nuclei essenziali” di libertà fondamentali¹⁴: al contrario, «il riferimento ai principi costituzionali mantiene tutta la sua forza critica

ra) «agevolazione» al suicidio – ha messo in luce l’evidente *overbreadth* di una fattispecie non poco condizionata dalla matrice ideologica d’origine, ed estesa ad abbracciare – come ha rilevato la Corte nella sua “rivoluzionaria” ordinanza n. 207 del 2018 – «situazioni inimmaginabili all’epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali» [sulla decisione, v. U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l’abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *diritticomparati.it*; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 2018; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell’anima: la richiesta di assistenza a morire e l’aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 14 marzo 2019; N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *forumcostituzionale.it*; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw journal/Rivista di Biodiritto*, 2018; A. RUGGERI, *Venuto alla luce l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *giurcost.org/Studi*, III, 2018; F. DI PAOLA, *Ritorno al futuro: e se la Corte costituzionale avesse indicato una strada già tracciata?*, in *giurisprudenzapenale.com*, 3 gennaio 2019; prima della decisione, sulla questione v. anche R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell’aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 10/2018, 97 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *Biolaw journal/Rivista di Biodiritto*, 2018].

¹⁴ Lo ricorda, tra le altre, la polemica sul negazionismo e sui «reati d’espressione» [per un quadro d’insieme, E. FRONZA, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; per una ponderata critica, cfr., da ultimo, D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in AA.VV., “Verità” del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti-G. Varraso-M. Caputo, Napoli, 2014, 63 ss., 90 ss.; ma sul tema si veda anche la densa riflessione di M. CAPUTO, *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, *ivi*, 263 ss.]; e lo confermano le più recenti riforme, come quelle che hanno trovato sbocco nella c.d. “legge spazzacorrotti” (e nella costituzionalmente dubbia riforma della prescrizione), così come nel c.d. decreto sicurezza (nel quale – in controtendenza con la dichiarazione di illegittimità dell’art. 670 c.p. operata dalla sentenza n. 570 del 1995 e con la successiva scelta di depenalizzazione – si è pianamente reintrodotta – ad opera del d.l. n. 113 del 2018, conv. in l. n. 132 del 2018 – il reato di «Esercizio molesto dell’acattonaggio», previsto nel nuovo art. 669-bis c.p.).

rispetto a una legislazione penale rimasta nel mezzo di un interminabile guado, e per tanti aspetti rifluita verso schemi discriminatori»¹⁵; e sempre più esposta – lo si registra da tempo – a derive populistiche¹⁶, cui si accompagnano non solo irragionevoli “impennate” delle cornici sanzionatorie ma, sempre più, opzioni indiziate in radice – e sotto i più diversi aspetti – di più evidente incostituzionalità¹⁷, che hanno visto estremizzare la distanza dal modello liberale di reato nelle più recenti esperienze di riforma¹⁸.

D'altronde, se certo non è ozioso continuare ad interrogarsi sul “valore attuale” della Costituzione¹⁹ – e sul “peso” da assegnare alla sua *vis* prescrittiva²⁰ –, è a tutti chiaro che questa – ben lungi dall'aver raggiunto il suo traguardo essenziale garantendo la “riconversione democratica” del passato, specie in materia penale – manifesti quotidianamente la sua inesauribile «propensione al futuro»²¹: posta al

¹⁵ È la autorevole riflessione conclusiva di D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 11 ss., 32.

¹⁶ Per tutti, ora, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 186 ss., segnalando come «[...] in anni a noi più vicini, l'enfaticizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo per una criminalità percepita come sempre più aggressiva, e il levarsi di rozze ventate “populiste” nell'ambito della stessa politica penale, hanno finito con l'alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, l'illusione che il “panpunitivismo” sia il miglior rimedio a ogni male sociale. E questa ossessione repressiva, lungi dal rimanere circoscritta alle forze politiche riformatrici, ha contagiato anche le forze progressiste (con la differenza che, mentre le forze di destra si mostrano per lo più preoccupate della criminalità comune, quelle di sinistra enfatizzano la lotta contro le mafie e la criminalità dei colletti bianchi)»; sul tema, v. già ID., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, *ivi*, 2014, 197 ss.

¹⁷ Per una recente e discussa ipotesi, concernente l'inclusione dei reati contro la PA nel regime di ostatività dell'art. 4-bis ord. pen., non solo con riferimento all'assenza di una disciplina transitoria, v. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2019, 235 ss., 237 ss., e già V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2019, 105: sul punto, *infra*, Cap. III, § 5.2.

¹⁸ Sul punto, specie con riferimento alla l. n. 3 del 2019 (la c.d. legge “spazzacorrotti”), si veda, volendo, V. MANES, *Diritto penale no limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 26 marzo 2019, ed ancora D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, *cit.*, 235 ss.

¹⁹ È una domanda che si proietta oggi sul complesso orizzonte segnato da un'avanzata e, forse, irreversibile integrazione sovranazionale, ed alla quale ha tentato di rispondere, con ponderose riflessioni, A. RUGGERI, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione*, in *federalismi.it* (11 giugno 2014).

²⁰ Torna autorevolmente sul tema, proprio a margine di una interessante ordinanza in materia penale (n. 337 del 2011), A. PACE, *La Consulta dimentica la precettività delle “regole” costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 2011, 4617 ss.

²¹ Posto che «la propensione al futuro è l'essenza delle Costituzione e la natura particolare delle sue norme ne è testimonianza»: G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 297 ss.

vertice dell'«ordinamento costituzionale»²², accogliendo «nel suo seno una pluralità di valori che ha trasformato in principi di diritto», espressi ed inespressi, essa «svolge una continua funzione dinamica»²³, che anche nella prospettiva penalistica dimostra una condizione perennemente e positivamente “insatura”.

Proprio in campo punitivo, con intensità crescente negli anni recenti, principi e garanzie hanno manifestato e manifestano la loro costante “eccedenza assiologica” e la loro intrinseca “forza generativa”, in una direzione che – assecondando l'intuizione di VEZIO CRISAFULLI – vede l'interpretazione della Costituzione protendersi sempre *magis ut valeat*²⁴, e che registra costantemente nuove declinazioni garantistiche dei principi tradizionali anche alla luce della “fertilizzazione incrociata” con gli impulsi promananti dal *network* multilivello: ne sono testimonianza – e sono solo alcuni esempi – le evoluzioni che hanno interessato il perimetro delle garanzie penalistiche alla luce del concetto di “*matière pénale*”²⁵ e lo stesso principio di legalità²⁶, o le prospettive coltivate al cospetto del principio di proporzionalità²⁷, così come gli scenari aperti – con effetti scardinanti – dal prin-

²² Dove l'«ordinamento costituzionale» – nell'accezione autorevolmente proposta da A. BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016, 9 ss. – quale “insieme” «ordinato e ordinante», è sintesi di una «interazione sistemica» fra tre elementi, ossia il “testo” costituzionale (la Carta del 1948); il «contesto normativo», rappresentato «dal complesso degli altri testi normativi, spesso non formalmente costituzionali, che ad esso si collegano strettamente»; l'«ordine costituzionale», vale a dire «il contesto politico-sociale entro cui si produce il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali» (su quella traccia, v. ora anche C. CARUSO-S. ROSSI, *Settant'anni di Costituzione repubblicana. Un'introduzione*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese-C. Caruso-S. Rossi, Milano, 2018, 15 ss., 28 ss.).

²³ Sono le parole autorevoli di G. SILVESTRI, *Stato di diritto e principio di legalità costituzionale*, in *Ars interpretandi* – Annuario di ermeneutica giuridica, XVI (2011), 100 ss.; ma sul punto si vedano anche le ricche pagine di P. GROSSI, *La Costituzione italiana come espressione di un tempo giuridico post-moderno*, *Lectio doctoralis* tenuta in occasione del conferimento della *laurea honoris causa* in studi politici e internazionali (Macerata, 12 giugno 2013), Edizioni Università di Macerata, 2013, 59 ss., 76, ed anche in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 607.

²⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 11; nello stesso senso, si veda altresì P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951.

²⁵ Sul tema, di recente, v. gli studi monografici di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; inoltre, AA.VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini-L. Foffani, Torino, 2018.

²⁶ Nelle sue diverse declinazioni e intesezioni: basti pensare al principio della *lex mitior*, assoggettato ad evoluzioni coltivate soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte EDU (in *primis*, nella nota decisione della Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), che hanno trovato evidenza anche al cospetto della Corte costituzionale (tra le altre – rilanciando un dibattito molto vivo già nelle sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008 – si veda la sentenza n. 236 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3047 ss., con osservazioni di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, ma anche la sentenza n. 210 del 2013, e da ultimo la sentenza n. 63 del 2019).

²⁷ Al riguardo, soprattutto, le citate sentenze n. 236 del 2016, e n. 222 del 2018, sulle quali ampiamente si tornerà.

cipio del *ne bis in idem* (garantisticamente polarizzato su «l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico»²⁸); senza contare il corredo di originali corollari e “regole” che volta a volta affiorano nei rivoli della giurisprudenza costituzionale²⁹.

Insomma: codici e leggi penali, così come i diversi progetti riforma che periodicamente si alternano, gravitano ancora come satelliti e comete attorno alla Costituzione, pur secondo orbite che si rinnovano sempre, e con un moto non privo di “rivoluzioni”: un moto che evidentemente accresce, e non assottiglia, i momenti di verifica sulla «legittimità della legge», e al tempo stesso le potenzialità del controllo di costituzionalità³⁰.

Dunque, e piuttosto, il progressivo declino del giudizio incidentale ed il parallelo depotenziamento del ruolo della Corte sembrano dovuti ad un complesso di ragioni più articolate e generali, ed ad una spinta centrifuga dovuta, sostanzialmente, a diversi fattori sinergici, che hanno via via alterato, se non trasformato, la struttura del controllo di costituzionalità, irradiandolo sempre più in sede diffusa³¹.

²⁸ Con le parole della importante sentenza n. 200 del 2016, argomentata appunto alla luce di un ricco confronto con la giurisprudenza della Corte EDU, all'esito del quale la Corte ha affermato che «Costituzione e CEDU si saldano, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio», giacché «[l]e sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i diversi reati, oggetto dei successivi giudizi, non si confanno alla garanzia costituzionale del *ne bis in idem* e sono estranee al nostro ordinamento» [al riguardo, di recente, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 287 ss., e C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018].

²⁹ Tra i tanti, il principio del «minimo sacrificio necessario», affermato nelle diverse decisioni sulle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010 (sul punto, anche *infra*, § 3.2); il principio della «progressività trattamentale e flessibilità della pena», ossia del «graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena», riaffermato con vigore nella sentenza n. 149 del 2018.

³⁰ Quelle concernenti il ruolo e le effettive funzioni del *judicial review* – così come i relativi limiti – sono tematiche, oggi, particolarmente discusse, anche nella comunità dei penalisti: per una posizione apertamente scettica (circa l'effettività del controllo di costituzionalità in materia penale) e comunque critica (a salvaguardia del principio democratico), v. ad es., J. WILENMANN VON BERNATH, *Control institucional de decisiones legislativas politico-criminales*, in *Estudios constitucionales*, Thomson Reuters, vol. 15, n. 2/2017, 389 ss.; per una convinta replica, F. VIGANÒ, *Some thoughts about the judicial review of criminal legislation, paper* presentato al *workshop* su *Constitutional Criminal Law*, University of Toronto, 14-15 settembre 2018, in corso di pubblicazione; al riguardo, v. anche N. RECCHIA, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2018.

³¹ E dunque modificando il modello declinato sul sindacato *accentrato* (e *successivo*) ad accesso *indiretto*, oggetto, è noto, di una travagliata ma precisa opzione (sui dibattiti in seno alla Costituente in merito alla giustizia costituzionale, si veda ancora G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981), e di una chiara preferenza rispetto al modello nordamericano del *judicial review of legislation* affidato al “*judiciary as a whole*”, non solo ritenuto meno adatto alla forma di governo

Tra questi “fattori decentralizzanti” possono annoverarsi, senza dubbio, la progressiva incidenza – e la riconosciuta *diretta applicabilità* – del diritto dell’Unione europea, l’espansione dei diritti fondamentali e l’intensità crescente del dialogo tra Corti europee e giudici comuni, e – soprattutto – il (doveroso) ricorso allo strumento dell’interpretazione conforme come rimedio che consente al giudice comune, appunto, di evitare l’incidente di costituzionalità³².

2.1. *La diretta applicabilità del diritto dell’Unione europea ed il correlativo potere/dovere di disapplicazione della norma interna contrastante*

La riduzione del contenzioso incidentale sembra, anzitutto, dovuta alla progressiva incorporazione del diritto di matrice “comunitaria” (oggi: “eurounitaria”) nel sistema giuridico domestico, culminata nel riconoscimento di un (unico) “ordinamento giuridico integrato”, ed alla *diretta applicabilità* del diritto dell’Unione europea con parallelo recepimento dello schema risolutivo dei contrasti tra norma comunitaria e norma interna, consistente nello strumento della *disapplicazione diffusa* da parte del giudice comune, in rapporto diretto con la Corte di giustizia³³.

Con il progressivo consolidamento dei principi di prevalenza/*primauté* del diritto comunitario sulla normativa interna – sulla scia dei grandi *arrêts* della Corte di giustizia (a partire dai casi *Costa/ENEL* e *Simmenthal*) – la svolta si è avuta, come noto, con la sentenza n. 170 del 1984, nel caso *Granital*, che ha ribaltato la tradizionale posizione – precedentemente affermata in più occasioni – secondo la

parlamentare – e alla «sovranità legislativa» difesa dalla «separazione dei poteri» – ma anche guardato con sospetto per le recenti esperienze di *judicial activism* che ne erano germinate, troppo turbolente ed inaffidabili agli occhi dei costituenti. Un ampio ed istruttivo *excursus*, sul punto, è ora offerto da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012; per un sintetico bilancio comparatistico sul «modello centralizzato» di *judicial review of legislation*, polarizzato su un tribunale costituzionale, cfr. A. STONE SWEET, *Constitutional Courts*, in M. ROSENFELD-A. SAJO (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative constitutional law*, cit., 816 ss.

³² Al riguardo, si rinvia ora ai diversi contributi raccolti nella ricca colletanea curata da L. CAPPUCCIO-E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, passim; in prospettiva penalistica, v. anche C. SANTORIELLO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi nel processo penale*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata*, a cura di M. Montagna, tomo III, Torino, 2011, 194 ss.

³³ Anche per il tramite del rinvio pregiudiziale, che, come noto, ai sensi dell’art. 267, par. 3, TFUE, assume i connotati di un vero e proprio obbligo a carico dei giudici di c.d. ultima istanza, capace, se immotivatamente disatteso, di integrare perfino una violazione della CEDU, *sub specie* di lesione del diritto della parte in giudizio ad un equo processo (cfr. Corte EDU, 8 aprile 2014, *Affaire Dhabhi c. Italie*, mettendo a fuoco una “soluzione” che, in assenza di strumenti sanzionatori sul piano del diritto UE, a parte quello della procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, fa assumere alla Corte EDU, di fatto e sebbene in ragione di esigenze di tutela del diritto del singolo e, più in generale, di rispetto della Convenzione, il ruolo di garante di meccanismi propri del diritto dell’Unione europea).

quale la competenza a stabilire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, sino all'invalidità di quest'ultimo, spettava in ogni caso alla Corte costituzionale³⁴: da quel momento al giudice domestico – prima ineluttabilmente soggetto alla legge (art. 101 Cost.) – si è riconosciuto il potere/dovere di rilevare le antinomie tra norma interna e norma comunitaria dotata di effetto diretto, e di risolverle non solo per il tramite dell'*interpretazione conforme*³⁵, ma anche – se necessario – *disapplicando* appunto la norma interna incompatibile³⁶.

Tale progressiva, diretta incidenza – che come si sa ha guadagnato un rilievo invadente anche in materia penale, alimentando peraltro problematiche del tutto peculiari³⁷ – ha avuto come ricaduta una consequenziale contrazione dell'area di cognizione della Corte, che allo stato resta – è noto – circoscritta ai soli casi in cui si lamenti la violazione di norme di diritto UE non autoapplicative (ossia non *self-executing*)³⁸, oltre che al caso di superamento da parte delle norme stesse dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona, nei quali si concentrano i cc.dd. “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento dell'Unione³⁹: ipotesi paventata⁴⁰ ma sino ad ora

³⁴ Ovviamente, la Corte costituzionale continua ad essere interpellata sui casi liminali, come quando si dubita circa la diretta applicabilità di un atto dell'Unione o, soprattutto, sulla sua “giustiziabilità” in seno al giudizio di costituzionalità: basti il riferimento alle recenti sentenze n. 28 e n. 227 del 2010, le quali – negando l'effetto diretto di una direttiva e di una decisione quadro –, ne hanno tuttavia affermata la “giustiziabilità” di fronte alla Corte. Proprio i casi più umbratili, del resto, saranno quelli su cui si innesterà il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia (cfr., per ulteriori riflessioni, A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 4/2010, 869 ss., 881 ss.).

³⁵ Su presupposti e limiti del potere/dovere di interpretazione conforme a norme UE – oltre alla recente colletanea AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015 – v. *infra*, Cap. II, § 17.

³⁶ Sulle criticità di tale processo di armonizzazione penale “in negativo”, tra gli altri, cfr. ancora A. BERNARDI, *Ombre e luci nel processo di armonizzazione dei sistemi penali europei*, in AA.VV., *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di S. Allegrezza-G. Grasso-G. Illuminati-R. Sicurezza, Milano, 2013, 226 ss.; per una panoramica più generale, R. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in *Quest. giust.*, 2017, in pt. 3 ss.; sul difficile confine tra interpretazione conforme e disapplicazione, di recente, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Quest. giust.*, 22 ottobre 2018.

³⁷ Rinvio, per tutti, alla pensosa ricerca di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.

³⁸ Si vedano, in particolare, la sentenza n. 28 del 2010, sulle cc.dd. ceneri di pirite, e n. 227 del 2010, in tema di mandato di arresto europeo, concernenti – rispettivamente – una direttiva ed una decisione quadro.

³⁹ Per una istruttiva sintesi sul tema, di recente, A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 119 ss., 129 ss., identificando i cc.dd. controlimiti quale «nucleo duro della Costituzione “nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona” (sentenza n. 227 del 2010), assenza dell'identità costituzionale del popolo italiano», che tuttavia non è stato ancora “catalogato” dalla Corte costituzionale.

⁴⁰ Cfr. la sentenza n. 232 del 1989.

non verificatasi, e nondimeno affacciatasi con particolare allarme – come noto – nei diversi snodi della “saga *Taricco*”⁴¹.

In ogni caso – come pure si vedrà – in questi ambiti la Corte sembra recentemente voler riacquistare uno spazio di intervento, senza lasciare il dialogo con la Corte UE al monopolio del giudice comune, avendo anzitutto affermato – ora anche nel contesto del giudizio incidentale di costituzionalità – la propria facoltà di disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE nell’ipotesi in cui sussista un dubbio circa la puntuale interpretazione della disposizione comunitaria e la conseguente compatibilità della normativa nazionale⁴², strada precipuamente seguita anche in materia penale, proprio nell’ambito dell’*affaire Taricco* (con l’ordinanza n. 24 del 2017); ed avendo soprattutto precisato – con chiaro impulso “riaccentratore” – che spetta alla Corte costituzionale «in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona»⁴³, sulla

⁴¹ Il riferimento è alle sin troppo note vicende generate – a seguito del rinvio pregiudiziale di un giudice piemontese – dalla sentenza della Grande Camera della Corte di Giustizia 8 settembre del 2015, C-105/14, *Taricco*, cui ha fatto seguito una prima decisione della Corte costituzionale – l’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 24 del 2017 – ed una seconda decisione della Grande Camera di Lussemburgo (CGCE, 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*), a cui ha replicato la Consulta con la “definitiva” sentenza n. 115 del 2018, che secondo parte della dottrina (autorevolmente, ad es., A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *giurcost.org/Studi*, 488 ss., 493) avrebbe, di fatto, messo in capo i controlimiti (sulla tortuosa “saga”, v. *infra*, Cap. III, § 6.2, e la bibliografia *ivi* richiamata).

⁴² Prima di trovare conferma nell’ambito della “saga *Taricco*” (con la citata ordinanza n. 24 del 2017), questa possibilità era stata finalmente affermata, anche nel giudizio in via incidentale, anzitutto con l’ordinanza n. 207 del 2013 (sulla quale si veda U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013*, in *forumcostituzionale.it*), dopo la “svolta” della ordinanza n. 103 del 2008, ove la Corte aveva appunto sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione in un giudizio in via principale, riconoscendosi per la prima volta la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell’art. 267, comma 3, TFUE.

In precedenza la nostra Corte aveva accolto una diversa ed opposta impostazione, ritenendo che il giudice comunitario non potesse essere adito dal giudice costituzionale – in quanto non qualificabile come vero e proprio «organo giurisdizionale» –, e riconoscendo, viceversa, in capo al giudice rimettente l’onere di «doversi far carico [...] di adire la CGCE per provocare quell’interpretazione certa ed affidabile che assicura l’effettiva [...] rilevanza [...] manifesta infondatezza del dubbio di legittimità costituzionale circa una disposizione interna che nel raffronto con un parametro di costituzionalità risenta, direttamente o indirettamente, della portata della disposizione comunitaria» (ord. n. 536 del 1995).

In argomento, tra gli altri, cfr. O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxemburg: The Last Cooperative Step of the Italian Constitutional Court*, in *Eur. Const. Law Rev. (EuroConst)*, 2014, 143 ss.

⁴³ Così, sulla traccia di quanto affermato già nell’ordinanza n. 24 del 2017, la sentenza n. 115 del 2018, secondo la quale «A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» (§ 8 del *Considerato in diritto*).

traccia della nuova impostazione fatta propria dalla sentenza n. 269 del 2017, della quale ampiamente si dirà (*infra*, § 2.2.3).

2.2. *Il dialogo (sempre più) diretto tra giudici comuni e Corti europee in materia di diritti fondamentali*

In secondo luogo, ed in prospettiva più ampia, una ulteriore concausa del movimento di irradiazione dalla sede accentrata al sindacato diffuso può essere individuata nell'evoluzione che ha interessato il fronte dei diritti fondamentali⁴⁴, terreno di un autentico “concorso di competenze” tra i tribunali costituzionali nazionali e le Corti sovranazionali, nei cui interstizi vanno ad insediarsi anche i singoli giudici comuni, cercando di attivare un dialogo sempre più diretto con le Corti europee⁴⁵.

In effetti – quasi in controtendenza con la previsione di HANS KELSEN che vedeva l'emersione ed il potenziamento dei diritti funzionale all'acquisizione di un maggior ruolo da parte dei tribunali costituzionali⁴⁶ – pure in questo ambito così esteso, trasversale ed aperto ad un circuito sempre più “universale”⁴⁷ e “federalizzato”⁴⁸, si registra una spinta ad avocare il discorso in sedi sovranazionali⁴⁹, e soprattutto una tendenza ad esautorare la Corte costituzionale, che del resto – non

⁴⁴ Ampiamente, sul punto, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in AA.VV., *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 13 ss.; inoltre, ID., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di dir. amm.*, n. 3/2010, 221 ss.

⁴⁵ V. ONIDA, «Armonia» tra diversi e problemi aperti. *La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 549 ss.; cfr. anche P. BIAVATI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali: una bussola per l'Europa?*, in AA.VV., *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, Bologna, 2012, 33 ss.

⁴⁶ Kelsen, in particolare, ipotizzava che la scoperta ed il rafforzamento dei diritti avrebbe sfumato la distinzione funzionale tra Parlamento e Corte costituzionale, finendo con l'attribuire anche a questa il ruolo di “legislatore positivo”: cfr. H. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1928, 197 ss.

⁴⁷ Fra le tante voci, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, cit., 299 ss.

⁴⁸ Sulla tendenza della tutela dei diritti a “federalizzarsi” ha richiamato l'attenzione, di recente, A. RUGGERI, *La “federalizzazione” dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Media laws, Rivista di diritto dei media*, n. 2/2018; ID., *Trasformazioni della costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2018, 27 ss.

⁴⁹ Basti pensare alla Carta di Nizza, le cui previsioni, immettendosi in ambito interno, possono dimostrarsi «(...) idonee a prendere subito il posto delle corrispondenti norme nazionali (persino costituzionali)», in modo da erodere o elidere lo spazio per questioni di costituzionalità, dirette o indirette che siano: così, ancora, A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni*, cit., 902.

Sul “*Global Triumph of Right-Based discourse*”, e sulle relative ricadute in termini di internazionalizzazione del diritto costituzionale, si veda, tra gli altri, W-C. CHANG-J-R. YEH, *Internationalization of Constitutional Law*, in M. ROSENFELD-A. SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, cit., 1165 ss., 1171 ss.

diversamente da altri tribunali costituzionali – manifesta non di rado un certo disagio di fronte alla “condivisione forzata” del proprio tradizionale compito di custode del livello di tutela dei diritti⁵⁰.

Anche sotto questo profilo – in ogni caso – all’erosione dei margini di intervento della Corte sembra far seguito l’apertura di spazi di controllo diffuso occupati dal giudice comune⁵¹, in sinergia con le indicazioni offerte – *in apicibus* – dalle Corti di Lussemburgo⁵² e Strasburgo⁵³, che vanno colmando una Costituzione che appare sempre più (positivamente) «parziale»⁵⁴ e che interpellano quo-

⁵⁰ Cfr. ancora M. CARTABIA, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., 224, ove si sottolinea come «tutta la storia dei “controlimiti” alle limitazioni di sovranità accettate dagli Stati per permettere la nascita e lo sviluppo dell’integrazione europea ha avuto proprio il significato di mettere i diritti fondamentali al riparo da ogni contrattazione politica e di escluderli dal gioco dei beni negoziabili a livello europeo», secondo «una linea di comportamento ancora oggi mantenuta da molte corti costituzionali – italiana, tedesca, spagnola, francese, polacca – e [...] di nuovo fermamente ribadita dal Tribunale costituzionale tedesco nel *Lissabon Urteil* del 30 giugno 2009».

⁵¹ Sulla progressiva protagonizzazione del giudice comune che accompagna il trionfo del *Rights-Based Discourse*, a scapito della Corte costituzionale, si vedano anche – all’esito di un più generale, stimolante studio – le (preoccupate) riflessioni di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, cit., 101 ss., pur rilevando che – allo stato – i giudici italiani dimostrano ancora una preferenza per un dialogo diretto con la Corte costituzionale, e segnalando altresì «un clima di “complicità” tra la Corte costituzionale e le altre supreme magistrature, le quali si sostengono a vicenda nel mettere in atto le necessarie contromisure per combattere ogni tentativo di ‘colonialismo giurisdizionale’ in materia di diritti fondamentali da parte delle corti sovranazionali (...)»; sul varco apertosi con l’interpretazione conforme, e sulla retrostante *scelta di politica del diritto e giurisdizionale*, cfr. anche T. EPIDENDIO, *Riflessioni teoriche-pratiche sull’interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2012, 6 (e nota 14).

⁵² Basti pensare alla tendenza della Corte di giustizia a dichiarare l’effetto diretto di norme dei Trattati, e della stessa Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

Sull’obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme interne in contrasto con direttive comunitarie prive di effetti diretti, ma espressive di principi generali, interrogandosi sul se l’art. 11 Cost. consenta questa ulteriore deroga al sindacato accentrato di legittimità costituzionale delle leggi spettante alla Corte costituzionale, M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 406 ss.

⁵³ Tale apertura incontra anche autorevoli apprezzamenti, specie nell’ottica di chi riconosce nel sindacato diffuso lo strumento più duttile per ricomporre le fonti (e le carte) dei diritti “a sistema”, in una linea di progressivo potenziamento dei livelli di tutela: cfr., in particolare, A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU: alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in *giurcost.org/Studi*, 15, secondo il quale il sindacato diffuso – oltre ad avere il pregio di poter far luogo alle operazioni di bilanciamento tra le «forme graduate» di tutela offerte dalle diverse «norme» in modo «conservativo» (e non demolitivo, come avverrebbe in sede accentrata) – ancor più che a ripianare antinomie «si presta alla selezione della norma in cui si situa la più intensa tutela in ragione del caso» (in linea con questa posizione dell’illustre A., peraltro già precedentemente espressa, cfr. anche l’impostazione di R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, in ptc. 108 ss.).

⁵⁴ Si deve a A. RUGGERI, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *giurcost.org*, 2013, 11 ss., l’aver evidenziato «l’idea di una Costituzione-parziale», «che al fine di vedere colmate le proprie lacune di costruzione si dispone a farsi fecondare dalle altre Carte, laddove si dimostrino ancor più attrezzate a venire incontro alle istanze suddette»; ma anche V. ONIDA sottolinea come punto di forza della nostra Costituzione «quello derivante dal processo di “in-

tidianamente il giudice tanto sul fronte dell'interpretazione quanto su quello della disapplicazione della normativa domestica (ove possibile); fomentando un «diritto vivente a rovescio»⁵⁵ le cui ricadute promettono ulteriori sviluppi sia per la forza centripeta che i *fundamental rights* sono in grado di sviluppare sugli ambiti di competenza dove gli stessi si irradiano⁵⁶, sia nella prospettiva dell'adesione dell'UE alla CEDU⁵⁷, oltre che in vista di (eventuali) ulteriori «insediamenti costituzionali» della CEDU⁵⁸.

E non può stupire il fatto che il contesto dove maggiormente si avverte questa ulteriore spinta centrifuga – e dove più intenso si dimostra il magnetismo esercitato dalla giurisprudenza dalle Corti europee –, sia proprio il contesto penalistico, «per l'ovvia considerazione che ci si trova nell'ambito disciplinare ove maggiore è la penetrazione dei diritti fondamentali»⁵⁹.

ternazionalizzazione” dei principi costituzionali specie in tema di diritti fondamentali, a seguito del quale si può dire che la Costituzione non è più “sola” nell’affermare quei principii, ma è integrata, e a sua volta integra, un quadro normativo sovranazionale giuridicamente efficace e vincolante: onde la rigidità della Costituzione si alimenta di nuove fonti, e si sottrae al rischio di troppe vistose devianze derivanti da cause interne all’ordinamento nazionale, anche al di là del presidio offerto dalle “clausole di eternità” dei principi supremi in essa sancite» [così V. ONIDA, *La rigidità della Costituzione e il garante*, in AA.VV., *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2011), Milano, 2012, 39 ss., 43].

⁵⁵ L’espressione è di M. BIGNAMI, *L’interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 595 ss., 608, 614.

⁵⁶ Al riguardo, ancora M. CARTABIA, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., 222; nella prospettiva penalistica, cfr. soprattutto le ricche osservazioni di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

⁵⁷ Non è neppure sicuro, peraltro, che l’adesione alla CEDU possa cambiare l’assetto attuale: cfr. sul punto, sopra tutti, l’autorevole e severa riflessione di G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, Relazione tenuta nel corso dell’Incontro di studio su “Applicazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani come diritto comunitario”, svoltosi a Bruxelles dal 24 al 26 maggio, Bruxelles, 25 maggio 2012, 6 ss. del dattiloscritto, in *cortecostituzionale.it*; sul punto, dalla prospettiva penalistica, cfr. anche E. ANDOLINA, *Nuovi scenari nella tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 764 ss., 774 ss.; ma si vedano già, in prospettiva più ampia, le sollecitazioni di V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Europeanrights.eu*, 19 dicembre 2007.

⁵⁸ Cfr., al riguardo, R. NANIA, *I diritti tra Costituzione e tutele sovranazionali*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell’ordine giuridico europeo*, a cura di L. Mezzetti-A. Morrone, ed ora anche in R. NANIA (a cura di), *L’evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, 33 ss., 37 ss., segnalando in particolare Corte cost. n. 311 del 2009, ove in un passaggio della motivazione si è precisato che le questioni di costituzionalità relative al contrasto con disposizioni convenzionali sarebbero deducibili non soltanto alla stregua dell’art. 117 Cost., ma anche dell’art. 10 Cost., sempre che si tratti di «norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta». Secondo l’illustre A., in particolare, se «l’avvento del diverso referente costituzionale, laddove ne sussistano i presupposti, non sembra comunque mettere in discussione l’obbligo dei giudici di sollevare apposita questione di costituzionalità nel caso di legge interna contrastante con la norma internazionale», (...) «in quest’ultima ipotesi potrebbe profilarsi una diversa modulazione del rapporto tra convenzione e principi costituzionali».

⁵⁹ S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, in *Dir. pen. cont.*, 17

2.2.1. *Sul fronte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Le sollecitazioni sono fortissime, e la partita è assolutamente aperta, anzitutto, sul fronte della (sempre più evocata⁶⁰) *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*⁶¹, dove diverse pronunce della Corte di giustizia⁶² sembrerebbero far emergere – come è stato segnalato⁶³ – un “inesorabile” processo di marginalizzazione dei tribunali costituzionali anche rispetto a una loro prerogativa storica, ossia l'esame della normativa statale finalizzato alla salvaguardia delle garanzie minime di protezione dei diritti fondamentali.

Sotto un primo profilo, infatti, i giudici di Lussemburgo – facendo leva anche sulle ambiguità dell'art. 51 CDFUE, a norma del quale le disposizioni della stessa «[...] si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*»⁶⁴ – hanno a più riprese adottato una posizione volta

maggio 2013, 4; ricchi approfondimenti anche in A. RUGGERI, “*Dialogo*” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), in *dirittifondamentali.it*, 11 novembre 2013, ed ora in *Id.*, “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti, XX (studi dell'anno 2013), Torino, 2013, 231 ss.; per un'analisi di taglio critico, v. ora G. GUARNIERI-G. INSOLERA-L. ZILLETI (a cura di), *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, Bari, 2018.

⁶⁰ I richiami alla Carta dei diritti fondamentali sono sempre più frequenti, sia da parte dei giudici ordinari che da parte del giudice delle leggi. Da una nota del Servizio studi della Corte costituzionale (a cura di R. Nevola, giugno 2017, consultabile in cortecostituzionale.it/Documenti/Convegni_Seminari) si apprende che, al 31 maggio 2017, ben 106 pronunce recano un'esplicita menzione della Carta, pur spesso richiamata a conforto di scelte già operate dalla nostra Costituzione; gran parte delle pronunce si riferiscono a giudizi incidentali, e tra le disposizioni più citate compaiono gli artt. 49 e 47, che affermano, rispettivamente, i principi di legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene e il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

⁶¹ Al riguardo, ora, v. il ricco commentario a cura di R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017; inoltre, AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, a cura di V. Piccone-O. Pollicino, Napoli, 2018; v. anche N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; in precedenza, tra gli altri, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

⁶² Il riferimento è a CGCE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in tema di *ne bis in idem* [per un diffuso, ed a tratti preoccupato commento, si rinvia ancora a S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, cit.; altresì, R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *diritticomparati.it*, 6 marzo 2013].

⁶³ F. FONTANELLI, *Hic sunt nationes: Tale Elusive Limits of the EU Charter and German Constitutional Watchdog: Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in *Eur. Const. Law Rev. (EuroConst)*, 2013, 315 ss.

⁶⁴ «Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite al-

ad estendere l'ambito di applicazione della Carta⁶⁵, sino a coprire misure statali – anche in campo penale – che abbiano un legame affievolito o persino “accidentale” con il diritto UE⁶⁶ (così fomentando – peraltro – le prime reazioni di chiusura da parte dei tribunali costituzionali nazionali)⁶⁷. E tale posizione – accompagnandosi al crescente riconoscimento di effetti diretti alle singole disposizioni della CDFUE⁶⁸ – ha come primo corollario la conseguenza che spetta al giudice comune – ancora una volta – valutare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni della Carta⁶⁹, ed eventualmente elidere il contrasto – come ritiene la stessa

l'Unione nei trattati»: art. 51, par. 1, seconda parte, CDFUE, che peraltro specifica, al par. 2, che «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

⁶⁵ Per una istruttiva disamina degli itinerari giurisprudenziali, v. B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. dir. internazionale*, 2015, 49 ss.; sul processo di progressivo ampliamento dell'ambito applicativo della CDFUE cfr. altresì, in prospettiva penalistica, A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016, 7 ss.

⁶⁶ Un riferimento emblematico è offerto ancora da CGCE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., che ha avvalorato una lettura dell'art. 51 della Carta decisamente estensiva (andando peraltro in direzione contraria rispetto a quanto suggerito dall'Avvocato generale nelle sue *Conclusioni*).

Significativo che la vicenda alla base della sentenza *Fransson*, prendesse spunto da un problema di applicabilità del principio del *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE) in tema di reati ed illeciti amministrativi (sovrattasse) in materia tributaria, e che la Corte, al riguardo, abbia precisato che «Il fatto che le normative nazionali che fungono da base a tali sovrattasse e procedimenti penali non siano state adottate per trasporre la direttiva 2006/112 non può essere tale da rimettere in discussione detta conclusione, dal momento che la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione» (punto n. 28).

⁶⁷ Si veda, in particolare, la chiara posizione restrittiva sull'ambito applicativo della Carta di Nizza accolta dal tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), nella decisione del 24 aprile 2013, di cui da conto ancora F. FONTANELLI, *Hic sunt nationes*, cit., 3 ss.

⁶⁸ Effetti diretti talvolta negati (ad es. in relazione all'art. 21 CDFUE, da CGCE, 15 gennaio 2014, causa 176-2012, *Association de médiation sociale*, §§ 45 ss., sulla quale si tornerà), ma altre volte riconosciuti, come nel caso – *inter alia* – delle disposizioni degli artt. 21, 47, 49, 50 CDFUE; e ciò, nonostante le peculiarità della Carta, la quale – anche se giuridificata e posta a livello primario dell'ordinamento eurounitario – non risponde alle stesse esigenze di uniformità di alcune norme dei Trattati aventi effetto diretto, ossia alle esigenze tipiche di un mercato unico (A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 406 ss.).

⁶⁹ Questa, del resto, è l'indicazione fornita ancora dalla citata sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punto n. 23: «Spetta al giudice del rinvio valutare (...) se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali (...), circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

Corte di giustizia – mediante lo strumento della disapplicazione⁷⁰: strumento che tuttavia, *in subiecta materia*, si dimostra non poco problematico⁷¹.

In secondo luogo, la Corte di giustizia, in alcuni casi, è giunta a manifestare una tendenziale indifferenza rispetto ai principi costituzionali dei singoli Stati, ed all'interpretazione che di questi offre la giurisprudenza delle Corti costituzionali domestiche, qualora gli stessi siano invocati per limitare l'operatività del diritto UE, affermando espressamente che «in virtù del principio del primato del

⁷⁰ Sul punto, si veda ancora CGCE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punto n. 45: «Per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante con la legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»; ove la Corte ha anche precisato che «Il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima».

Più di recente, in termini analoghi, con la sentenza *Garlsson Real Estate* (C-537/16, del 20 marzo 2018), la Corte di giustizia ha ribadito la tesi della diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE, peraltro interpretato tenendo ampio conto della parallela giurisprudenza di Strasburgo, con conseguente dovere da parte del giudice comune di disapplicare ogni disposizione interna che abbia effetto di determinare una violazione del *ne bis in idem* [e senza alcuna necessità di investire la Corte costituzionale; sulla sentenza *Garlsson* – così come sulle coeve sentenze *Menci* (C-524/15) e *Di Puma e Zecca* (cause riunite C-596/16 e C-597/16) – v. tra gli altri 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].

La tesi della diretta applicabilità dell'art. 50 CDFUE è stata puntualmente recepita – *inter alia* – da Cass., sez. V, 21 settembre-31 ottobre 2018, n. 49869, in *Cass. pen.*, 2019, 642 ss. (ma sul punto v. anche *infra*, Cap. III, § 6.4).

⁷¹ Cfr., sul punto, già i rilievi di F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, cit., 657 ss.; inoltre, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., in ptc. 34 ss., 70 ss.; da ultimo, proprio a margine delle affermazioni indubbiamente *tranchantes* della sentenza *Fransson*, ancora S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, cit., 11, secondo il quale «Ci si potrebbe tuttavia domandare se la interpretazione indistinta, ad opera della Corte di Giustizia, di tutte le disposizioni della Carta come dotate di effetti diretti sia conforme alla distinzione tra regole e principi prevista nell'art. 51, co. 1, ove si precisa appunto che: «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». Secondo i termini delle spiegazioni: «Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri (...). A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga sia elementi di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34 (...).».

diritto dell'Unione (...), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, *quand'anche di rango costituzionale*, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione in tale Stato»⁷²; e così perimetrando in modo ancora più angusto il campo di gioco dei giudici costituzionali nazionali.

Ancora, la Corte di giustizia – pur ritenendo che l'art. 267 TFUE non preclu-

⁷² È quanto affermato (punto 59, corsivo nostro) nella “famigerata” sentenza – resa, lo stesso giorno della sentenza *Fransson*, ancora dalla Grande Sezione – CGCE, 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, in tema di mandato di arresto europeo, dove la Corte – in replica a un rinvio pregiudiziale del *Tribunal constitucional* spagnolo – ha ritenuto appunto che non sia possibile opporre un più elevato “livello di protezione” del diritto fondamentale in gioco a livello domestico (il “diritto ad un processo equo”, rispettivamente riconosciuto dall'art. 47 CDFUE ma anche – e nel caso concreto con maggior intensità – dall'art. 24 par. 2 Costituzione spagnola) per limitare l'efficacia del diritto dell'Unione europea (nella specie, un mandato di arresto europeo all'esito di una sentenza di condanna *in absentia*), dando dunque una interpretazione – pur anticipata da taluni precedenti ma – piuttosto “originale” dell'art. 53 CDFUE [al riguardo, cfr. ancora S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”*, cit., 12 ss., ed altresì – con forti accenti critici – A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema” (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *diritticomparati.it*, 2 aprile 2013, 1 ss.; ID., *“Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., 19 ss.], e decisamente perentoria («È vero che l'art. 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»: punto n. 60), e già accompagnata da puntuali conferme [cfr., in particolare, la più volte citata sentenza CGCE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punto n. 29: «Quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (corsivo nostro)], nonostante le molte critiche sollevate in dottrina [sulle conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso Melloni, per tutti, A. RUGGERI, *Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione (notarelle a margine delle Conclusioni dell'avv. Gen. Y. Bot su una questione di interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in *diritticomparati.it*, 5 ottobre 2012; per una apologia non convenzionale della sentenza Melloni, si veda tuttavia R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europolitano). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, *ivi*, 5 aprile 2013; per ulteriori riflessioni sul tema, v. inoltre D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2012; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il “Caso Melloni”*, *ivi*, 7 giugno 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, *ivi*, 4 luglio 2013; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *Eur. Const. Law Rev. (EuroConst)*, 2014, 308 ss.; ed ancora, con interessanti implicazioni sistematiche, G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla sentenza Melloni*, in *Criminalia* 2013, 301 ss., ed altresì C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, *ivi*, 339 ss.].

de l'esperibilità di una domanda di annullamento *erga omnes* davanti ad una Corte costituzionale, e consentendo dunque «margine di apprezzamento» al singolo ordinamento – ha ritenuto contraria a tale disposizione la previsione di un *obbligo* per il giudice nazionale che gli imponga di adire il giudice costituzionale per ottenere una pronuncia di illegittimità di una norma interna (attuativa di una direttiva europea) per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali; e ciò perché tale obbligo finirebbe per limitare il potere di disapplicazione “*omisso medio*” e per impedire ai giudici di Lussemburgo di svolgere la funzione di verifica, in sede di rinvio pregiudiziale, della compatibilità del diritto derivato col diritto primario⁷³.

⁷³ Più in particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che imponga ai giudici ordinari di sollevare incidente di costituzionalità, qualora ritengano che una legge nazionale sia contraria a disposizione della CDFUE, «se i suddetti giudici ordinari restano liberi di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione» (CGCE, 11 settembre 2014, causa 112/13, *A. e B. e altri*).

Dunque e in altri termini, la CGUE ritiene che il controllo incidentale di costituzionalità non può impedire il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, e pur riconoscendo la possibilità di prevedere un coordinamento di tale rinvio con il controllo di costituzionalità nelle fattispecie che pongano problemi interpretativi su entrambi i fronti, ha considerato legittimo rispetto al diritto UE l'obbligo del giudice comune di sollevare preliminarmente l'incidente di costituzionalità – nei casi di *overlapping* – a tre condizioni, ossia che sia comunque riconosciuta al giudice comune la facoltà di procedere in qualsiasi momento ad un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia; quella di adottare misure cautelari; e quella di disapplicare, ove necessario, le norme interne contrastanti con il diritto UE.

In questo senso si vedano, in particolare, prima la sentenza *Melki e Abdeli* (CGCE, 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10), e poi la citata CGCE, 11 settembre 2014, causa 112/13, *A. e B. e altri* (sulla quale v. la nota di R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089 ss.); tali principi sono stati ulteriormente confermati da CGCE, 4 giugno 2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, ove la Corte ha ribadito persino con maggior forza che in caso di incidente di costituzionalità il giudice nazionale non può essere privato del potere (o dovere, se giudice di ultima istanza) di effettuare il rinvio pregiudiziale; successivamente la sentenza CGCE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet* ha sancito l'irrelevanza del contenuto di una decisione costituzionale rispetto all'obbligo di procedere al rinvio pregiudiziale; sino alla decisione – successiva alla sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, di cui di dirà – CGUE, 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB, ZA, secondo la quale «i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», con la espressa precisazione che ciò vale anche per le disposizioni della CDFUE («È dunque nel rispetto di tale quadro costituzionale che vanno interpretati e applicati in seno all'Unione i diritti fondamentali, quali riconosciuti in particolare dalla Carta»).

2.2.2. Sul fronte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Ma anche sul fronte della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* i movimenti tellurici sembrano tutt'altro che placati.

Dopo l'assetto disegnato dalle "sentenze gemelle" (Corte cost. n. 348 e 349 del 2007), che già avevano precisato con vigore la differenza di statuto e di vincolatività tra diritto UE e normativa promanante dalla Convenzione EDU, riconoscendo a quest'ultima solo la possibilità di fomentare una «interpretazione adeguatrice» ovvero – ove questa fosse impercorribile – di fungere da «parametro interposto di legittimità costituzionale» (ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.), tali confini sono stati ribaditi dalla sentenza n. 80 del 2011, con la quale la Corte ha negato – anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – effetti diretti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, respingendo la tesi della c.d. "comunitarizzazione della CEDU"⁷⁴ e conseguentemente escludendo, in capo al giudice domestico, il potere/dovere di disapplicazione della norma interna contrastante con una disposizione convenzionale ovvero con una pronuncia della Corte di Strasburgo⁷⁵.

In questo contesto, tuttavia – nonostante la stessa Corte di giustizia abbia rimesso al «margine di apprezzamento» dei singoli Stati tale delicata questione⁷⁶ –

⁷⁴ Tale tesi – alla luce del "nuovo" art. 6 TUE – è stata peraltro proposta in dottrina, con varietà di accenti, secondo un duplice percorso: da un lato sostenendo che i diritti previsti dalla Convenzione sarebbero stati "comunitarizzati" *in via diretta e immediata*, tramite il loro riconoscimento ufficiale come «principi generali del diritto dell'Unione»; dall'altro, ritenendo tali diritti "comunitarizzati" *in via indiretta*, come conseguenza della "trattatizzazione" della carta di Nizza.

⁷⁵ Su tale importante pronuncia si rinvia a A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it; B. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in giurcost.org; R. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1243 ss.

⁷⁶ Il giudice di Lussemburgo è stato una prima volta interrogato sul punto proprio da un giudice italiano, il Tribunale di Bolzano, che il 7 dicembre 2010 ha inoltrato un rinvio pregiudiziale al fine di richiedere se, in caso di conflitto fra norma nazionale e CEDU, il richiamo operato dall'art. 6 TUE alla CEDU consenta – contrariamente a quanto deciso dalla Corte costituzionale italiana – di disapplicare *omisso medio* la fonte interna, senza invocare l'intervento del tribunale costituzionale. Con la sentenza della Grande Sezione, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*, la Curia ha tuttavia negato che il diritto UE – ed il nuovo art. 6 TUE – imponga la via della disapplicazione, precisando che «il rinvio operato dall'art. 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU (...) non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente e disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»; tale disposizione, infatti, «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale» (orientamento successivamente ribadito – ad esempio – nella già citata sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punto n. 44).

Nella pronuncia, peraltro, la Corte di giustizia non ha preso posizione sul delicato problema dell'applicazione diretta della CEDU nell'ambito del diritto dell'Unione [sulla sentenza *Kamberaj* si rinvia al denso commento di A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in

non sono mancate e continuano a registrarsi crescenti sollecitazioni, anche da parte dei giudici comuni, volte a promuovere un loro più immediato coinvolgimento nella tutela dei diritti fondamentali, reclamando spazi di interlocuzione diretta – senza il tramite della Corte costituzionale – soprattutto al cospetto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁷⁷; posizioni che si mescolano e finiscono persino per sopravanzare le voci dottrinali che ammettono la diretta applicabilità della fonte convenzionale (quantomeno) laddove la norma CEDU insista su di una *lacuna legis*, e cioè su di uno *spazio giuridicamente non regolato* dalla normativa interna⁷⁸.

Del resto, e più in generale, non mancano neppure – già allo stato attuale – possibili aree di «inclusione indiretta» della CEDU nel novero delle fonti comunitarie, per il tramite del rinvio contenutistico che la Carta dei diritti fondamentali

giurcost.org, 21 maggio 2012; più in generale, sul valore legale della Convenzione EDU nell'immaginario della Corte di giustizia UE, cfr. il denso studio di L. GORDILLO, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Oxford and Portland Oregon, 2012, in ptc. 98 ss., 106 ss.].

⁷⁷ In effetti, da parte dei giudici comuni, l'accoglimento delle indicazioni tracciate dalla sentenza n. 80 del 2011 e dalle successive pronunce non è stato del tutto incontrastato, né sembra sopirsi l'aspirazione a poter fare diretta applicazione delle norme convenzionali: basti pensare alla decisione in tema di procreazione assistita che – prima della nota sentenza della Corte costituzionale, n. 162 del 2014 – ha (sostanzialmente) disapplicato il divieto interno ritenendolo in contrasto con la decisione della Corte EDU (II sez., 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*): Trib. Roma, Sez. prima civile, ordinanza 23 settembre 2013, *Costa e Pavan contro Asl Roma A e Centro Tutela della Donna e del Bambino S. Anna* (giudice Galterio), ora in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2013, con ricca nota di A. VALLINI, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 "in esecuzione" di un giudicato della Corte EDU in tema di diagnosi preimpianto*; sul punto, inoltre, già A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *diritticomparati.it*.

Del resto, la conferma di una «serpeggiante» instabilità degli attuali rapporti emerge spesso nella stessa sede del controllo di costituzionalità, dove periodicamente l'Avvocatura dello Stato, in diversi atti di intervento, continua a riproporre la tesi della «comunitarizzazione» della CEDU, e di una sua diretta applicabilità (con diretta disapplicazione della norma interna contrastante) da parte del giudice comune (si veda, ad esempio, la nota questione relativa ai cc.dd. «fratelli minori» di Scoppola, poi decisa con la sentenza n. 210 del 2013, punto 2 del *Ritenuto in fatto*).

⁷⁸ Cfr., ad es., A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento 'intercostituzionale'*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 4 ss., e più in generale sostenendo convintamente – in molti altri lavori – la tesi di una applicabilità diretta (almeno *in parte qua*) della CEDU [da ultimo, cfr. ID., *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti ...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in *giurcost.org*, 9 ss.]; nella prospettiva penalistica, soprattutto F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in AA.VV., *Sistema penale e fonti sovranazionali. La giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete*, volume estratto da *La Giustizia penale 2013 e 2014*, Roma, 2014 (ed anche in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014), 78 ss., con varie esemplificazioni; sull'applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici comuni – non solo in mancanza di (altra) norma legislativa applicabile al caso –, v. ora V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionali, giudici comuni e Corte europea*, Key editore, Frosinone, 2019, in ptc. 50 ss.

dell'UE opera rispetto alla Convenzione mediante la clausola di omogeneità dell'art. 52⁷⁹.

Senonché, proprio dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito all'efficacia delle disposizioni della Carta di Nizza pare emergere la necessità di “ripensare” separatamente il problema del rango (*para-costituzionale* o *sub-costituzionale*) della fonte sovranazionale rispetto al tema della sua *efficacia diretta* (con o senza contestuale disapplicazione di una fonte interna).

I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno rimarcato come il difetto di precisione di una disposizione contenuta nella Carta finisca per rivelarsi ostativo rispetto ad una sua efficacia diretta⁸⁰; e tale impostazione – pur non sempre seguita con particolare rigore anche al di fuori del perimetro della CDFUE⁸¹ – si dimostra non priva di coerenza, specie se si considera che l'applicabilità diretta del diritto comunitario, storicamente, ha trovato giustificazione soprattutto nella sua natura “regolamentare”, subordinando ai requisiti di precisione e chiarezza il riconoscimento degli effetti diretti delle direttive scadute e delle disposizioni contenute nei trattati istitutivi⁸².

⁷⁹ Si veda da ultimo F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, in corso di pubblicazione, segnalando come «[...] per effetto dell'art. 52 (3) della Carta, i diritti da quest'ultima riconosciuti hanno il contenuto minimo loro assicurato dalle corrispondenti disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli; e, come chiarito dalle Spiegazioni ufficiali allo stesso art. 52, tale richiamo deve intendersi comprensivo dell'interpretazione delle disposizioni convenzionali da parte della giurisprudenza di Strasburgo. Penetrando però nella Carta attraverso la finestra dell'art. 52 (3), l'*acquis* convenzionale acquista la peculiare forza giuridica caratteristica del diritto dell'Unione, ed in particolare il suo carattere di primazia – nell'ormai vastissimo ambito di applicazione del diritto dell'Unione – rispetto al diritto nazionale degli Stati membri; con conseguente idoneità a determinare, in capo a tutti i giudici nazionali, l'obbligo di disapplicare le norme interne con esso contrastanti, senza necessità di alcun passaggio avanti alla Corte costituzionale [...]»; sul punto, già S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti*, cit., 7, segnalando come la stessa sentenza *Fransson* – in linea con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia – ricorda al riguardo che «l'art. 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione», così rendendo plausibile ritenere – a parere dell'A. – che «se anche la CEDU non è oggetto di formale comunitarizzazione – che avrebbe avuto come effetto, nel nostro ordinamento, di renderla direttamente applicabile dinanzi al giudice ordinario – laddove la Carta enunci, sia pure in forma generica, diritti riconosciuti dalla CEDU o dalla Corte EDU, il loro significato e la loro portata devono essere mutuati dall'interpretazione elaborata a Strasburgo».

⁸⁰ Cfr. CGCE, 15 gennaio 2014, causa 176-2012, *Association de médiation sociale*, §§ 45 ss., nella quale sono stati esclusi gli effetti diretti dell'art. 27 della Carta. Tale disposizione, infatti, è stata ritenuta bisognosa di specificazione ad opera di ulteriori norme dell'Unione ovvero di norme nazionali e, pertanto, insuscettibile di applicazione diretta anche attraverso una lettura combinata con la direttiva 2002/14/CE. Certo nella sentenza si poneva anche il problema dell'ammissibilità dei c.d. “effetti orizzontali”, ma la conclusione raggiunta dalla Corte pare effettivamente generalizzabile.

⁸¹ Come dimostra, *inter alia*, l'attribuzione di effetti diretti all'art. 325 TFUE (norma pattizia di cui paraltro la Carta ha lo stesso valore), nell'ambito delle sentenze della Grande Sezione rese *in re Taricco*.

⁸² Basti pensare alla copiosa giurisprudenza che ha fatto seguito alla celebre sentenza CGCE, 5 febbraio 1963, causa 26-62, *Van Gend en Loos*, in cui si esclude l'efficacia diretta dello stesso diritto.

Semberebbe riaffiorare, in definitiva, la distinzione – ormai diffusamente ricevuta – tra *regole* e *principi*⁸³: distinzione che vede i secondi – tipici delle Carte dei diritti fondamentali – insuscettibili di applicazione diretta da parte del giudice ordinario e bisognosi, invece, di quell'opera di bilanciamento e concretizzazione che può essere svolta più proficuamente dalla Corte costituzionale – cui, dopotutto, lo stesso legislatore costituente ha affidato il compito di risolvere il conflitto tra legge e principi costituzionali (a dimostrazione della natura non dirimente dell'argomento del rango para-costituzionale della CEDU o di quello incentrato sul rinvio contenuto nell'art. 6 TUE)⁸⁴ – ovvero dagli organi politici negli ordinamenti privi di un sindacato di costituzionalità⁸⁵.

In effetti, la principale ragione ostativa rispetto all'applicabilità diretta delle norme convenzionali risiede, in molti casi, nella loro fisiologica mancanza di chiarezza e precisione (che, come si osserverà, talvolta preclude lo stesso sindacato della Corte costituzionale). E se determinati percorsi giurisprudenziali della Corte europea hanno nel tempo consentito una certa specificazione dei diritti sanciti dalla Convenzione – il pensiero corre, in particolare, alla copiosa giurisprudenza relativa all'art. 6 CEDU (norma particolarmente analitica già nella sua stesura)⁸⁶ –, lo stes-

to primario qualora lo Stato abbia un margine discrezionale nell'attuazione della disposizione considerata.

⁸³ Tale distinzione, notoriamente elaborata attraverso le riflessioni di Esser, Dworkin e Alexy, è stata peraltro significativamente condivisa nella stessa letteratura penalistica da M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 25 ss.; sul fronte della dottrina di diritto UE, v. tra gli altri E. DUBOUT, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in RTDE, 2014, 409 ss.; D. GUDMUNSDÓTTIR, *A Renewed Emphasis on the Charter's Distinction between Rights and Principles: Is a Doctrine of Judicial Restraint More Appropriate?*, CML Rev, 2015, 685 ss.; v. al riguardo anche F. MAZZACUVA, *La Consulta come arbitro dei controlimiti: tra approcci dualistici e prove di dialogo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2018, segnalando come, peraltro, «il problema non sembra poter essere veramente superato con una sorta di “gioco delle tre carte”, ossia sostenendo l'efficacia diretta degli standard convenzionali in quanto richiamati dalle c.d. “clausole orizzontali” della Carta di Nizza, almeno laddove, sulla base di tali disposizioni, la Corte di giustizia non abbia elaborato indicazioni più precise e dettagliate in sede di rinvio pregiudiziale».

⁸⁴ Del resto, è noto che una sfaldatura tra i piani della precettività della norma e della sua diretta applicabilità era già illustrata dalla Corte costituzionale nella prima storica sentenza n. 1/1956 con riferimento ai principi costituzionali e alla necessità della questione di legittimità per fare valere il contrasto della legge con i medesimi: in proposito, sia sufficiente rinviare alle considerazioni di R. GUASTINI, *Commento all'art. 101*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, 187 ss., il quale richiama la giurisprudenza costituzionale che consente l'applicabilità diretta delle sole norme la cui struttura è sufficientemente completa per poter valere come regola di casi concreti, osservando come però gran parte delle norme costituzionali siano prive di tale caratteristica.

⁸⁵ È significativo, in effetti, che anche la soluzione “estrema” rappresentata dalla *declaration of incompatibility* delineata dall'art. 4 dello *Human Rights Act* non contempra, nei casi di contrasto frontale tra ordinamenti, la possibilità di applicazione diretta della norma convenzionale e rinvii, piuttosto, ad un meccanismo di riallineamento di natura più propriamente “politica” (si tratta, peraltro, di una soluzione poco praticata dai giudici inglesi, a fronte del frequente riferimento all'obbligo di interpretazione conforme sancito dal precedente art. 3).

⁸⁶ E, non a caso, proprio su questo terreno sono stati costruiti i principali esempi di applicabilità diretta degli *standard* convenzionali (cfr. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale*, cit., 6 ss.).

so non può dirsi rispetto a quei canoni che gli stessi giudici di Strasburgo declinano ricorrendo a complessi bilanciamenti alla luce di tutte le variabili del caso concreto⁸⁷, soprattutto nell'ambito del giudizio di *proporzione* (o «necessità in una società democratica»)⁸⁸.

2.2.3. *Le recenti risposte della Corte costituzionale all'“espansionismo” delle Carte e Corti sovranazionali ed alla conseguente “usucapione” del controllo di costituzionalità*

Se la tendenza all'applicazione diretta delle previsioni sui diritti fondamentali sanciti nelle Carte europee, dunque e da un lato, è «segno (...) di una sempre più acuta sensibilità costituzionale dei giudici comuni e di una piena consapevolezza della necessità di edificare un sistema integrato europeo di protezione delle libertà»⁸⁹, dall'altro un tale *trend* sembrerebbe segnalare una loro sempre maggiore *inclusione* nel modello di tutela – e di giustizia costituzionale – che si va concretamente delineando (e che da più parti si tende a tematizzare in forma stabile)⁹⁰, con un effetto di “traboccamento”⁹¹ delle Carte nella giurisprudenza

⁸⁷ In altri termini, un sindacato “diffuso” di compatibilità convenzionale richiederebbe una piena confidenza del giudice interno con il metodo casistico e con la concretezza del giudizio che caratterizza la giurisprudenza di Strasburgo – come sottolineato da M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss., e V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, V, 2006, 365 –, in mancanza della quale è facile prevedere la moltiplicazione di contrasti tra giudici interni circa l'applicabilità delle leggi sospette di illegittimità convenzionale.

⁸⁸ In questo contesto, non poco peso sembra doversi attribuire all'assenza dello strumento del rinvio pregiudiziale nel sistema CEDU (sulla rilevanza di tale circostanza, cfr. ancora M. CARTABIA, *Le sentenze gemelle*, cit., 3573); e a tale riguardo sarà necessario, dunque, misurare l'impatto che potrà avere il parere consultivo oggetto degli impegni assunti con il Protocollo n. 16, dovendo verificarsi, in particolare, se tale meccanismo potrà effettivamente consentire una reale specificazione dei principi convenzionali, favorendo – parallelamente – una loro applicazione diretta da parte del giudice interno.

I dubbi al riguardo, peraltro, sono piuttosto nutriti: il Protocollo n. 16, infatti, prevede che il parere consultivo debba comunque concernere “questioni di principio” e, nei primi commenti, si è notato che la Corte europea potrebbe finire per rispondere alla richiesta di parere soprattutto riepilogando i *principes généraux* enunciati nella precedente giurisprudenza (come avviene nelle sentenze, nella prima parte del ragionamento in diritto) piuttosto che “anticipando” il contenuto di una sua decisione su un eventuale ricorso proposto sulla medesima materia (in questo senso, autorevolmente, V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Torino, 2015, 91 ss.).

⁸⁹ Così, autorevolmente, F. GALLO, nella sua *Relazione* del 12 aprile 2013, cit., 3.

⁹⁰ Al riguardo, con una proposta giudicata dallo stesso autore “provocatoria”, v. R. ROMBOLI, *Differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *forumcostituzionale.it*, n. 1/2015, in ptc. 22 ss., avanzando l'ipotesi di una trasformazione, per la tutela dei diritti, del modello di giustizia costituzionale da “misto” (quale è attualmente) a “duale”, caratterizzato dalla convivenza di un controllo diffuso e di un controllo accentrato, “diversamente tra loro coordinati”.

⁹¹ Mutuiamo il termine da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e*

ordinaria⁹² e – simmetricamente – una progressiva marginalizzazione dal *right-based discourse* della nostra Corte delle leggi, che pure, per sua parte, ha evitato di attestarsi su posizioni rigidamente nazionalistiche, ed ha anzi favorito – con un uso certo non avaro della dottrina del parametro interposto (art. 117, comma 1, Cost.), ma anche attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione – l'integrazione dell'ordinamento nazionale con i livelli sovranazionali di protezione dei diritti⁹³.

Proprio di recente, in effetti, la Consulta sembra aver realizzato, tuttavia, che le infiltrazioni sovranazionali hanno aperto una breccia sempre più estesa, trasformandosi ormai in un flusso torrenziale, via via che il processo di integrazione è avanzato annettendo nuovi ambiti materiali e rivestendoli di normative di varia intensità prescrittiva. Ed è in questo mutato contesto che si possono dunque comprendere – se ne condividano o meno gli approdi – talune prese di posizione di segno restrittivo affiorate nella giurisprudenza degli ultimissimi tempi: decisioni che, non diversamente da altre, riflettono periodiche «*actiones finium regundorum*, o forse atti interruttivi dell'usucapione» – come si è detto – «anche se noi amiamo chiamarli dialogo»⁹⁴; e che segnano «una significativa linea di tendenza» a ritroso, dalla “diffusione” all’“accentramento”⁹⁵.

a) Sul fronte della Carta di Nizza, anzitutto, la Corte ha in primo luogo affermato – con la sentenza n. 63 del 2016 – che «[...] perché la Carta dei diritti UE sia invocabile [...] occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna [...] sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto del-

la Corte di Giustizia, relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia – Siviglia, 26/28 ottobre 2017, consultabile in *cortecostituzionale.it*.

⁹² Tra i diversi esempi, ne segnaliamo due, con intensità (e “creatività”) crescente: la Corte d'Appello di Roma, 11 aprile 2002, ha disapplicato le norme del Codice di procedura penale relative al gratuito patrocinio applicando direttamente l'art. 47 della Carta dei diritti ad una situazione meramente interna anziché sollevare incidente di legittimità costituzionale in base all'art. 24 della Costituzione italiana; il Giudice di pace di Taranto si è rivolto alla Corte di giustizia invocando sia vari articoli della Carta di Nizza sia gli obiettivi della Direttiva 2012/29 che prevede “norme minime” in materia di protezione delle vittime del reato, intendendo così disapplicare il d.lgs. n. 7 del 2016 che ha depenalizzato l'art. 594 c.p., sostituendolo con «sanzione pecuniaria civile» (ma la Corte di giustizia ha escluso la competenza europea: CGCE, 13 dicembre 2016, C-484/16, *Semeraro*).

⁹³ Così ancora F. GALLO, *Relazione*, cit., 7; ma al riguardo deve segnalarsi l'opposta opinione di F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014.

⁹⁴ Così R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tra cose che so su di lei*, in A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 17 ss.

⁹⁵ In questo senso, R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, I, 2018, 2226 ss.

l'Unione [...] e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto»⁹⁶.

In secondo luogo, e più in generale, con un penetrante (e discusso) *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, il giudice costituzionale italiano – approfondendo quanto anticipato nell'ordinanza n. 24 del 2017 a margine della vicenda *Taricco*⁹⁷ – ha voluto ri-avocare a sé ambiti di controllo ogni volta che si dia un caso di violazione congiunta della Carta dell'Unione e della Costituzione: ogni volta, cioè, che «una legge sia oggetto di dubbi di costituzionalità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria» (esattamente come accaduto, del resto, con riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene nell'ambito dell'*affaire Taricco*⁹⁸).

In tali ipotesi la Corte ha appunto ritenuto che deve «essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per questioni di interpretazione o di validità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»⁹⁹, così sembrando postergare rispetto all'incidente costituzionale

⁹⁶ Così apponendo un “freno” giudicato “assai opportuno” da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, cit., 5, secondo il quale – alla luce dell'art. 51, comma 2, CDFUE – «la Carta dei diritti non ha fissato una competenza generale dell'Unione in materia di diritti fondamentali ma richiede, per la sua applicazione, la “corrispondenza” con una specifica competenza dell'Unione».

⁹⁷ Se nell'ordinanza 24 del 2017 la Corte ha riservato a se stessa il “diritto all'ultima parola”, con la sentenza n. 269 del 2017 – si è detto – sembra che la Corte «punti ora a conquistarsi il “diritto alla prima parola” [...]» (A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *forumcostituzionale.it*, 2017, 2).

⁹⁸ Vicenda a chiusura della quale la Corte, con la sentenza n. 115 del 2018, ha ribadito infatti – in sintonia con la richiamata ordinanza n. 24 del 2017 – che l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di Giustizia – ossia «il compito di saggiare la compatibilità della “regola Taricco” con il principio di determinatezza in materia penale [...] che è, sia principio supremo dell'ordine costituzionale italiano, sia cardine del diritto dell'Unione, in base all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) [...]» – «è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona», precisando che a tale scopo «il ruolo essenziale che riveste il giudice comune» consiste *solo* «nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto [...]».

⁹⁹ Così la sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2. L'importante decisione ha una chiara anticipazione nella posizione sostenuta dal giudice A. BARBERA (*La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, cit., in ptc. 7 ss.), che aveva con particolare vigore, in precedenza, rimarcato – a fronte del “traboccamento” della Carta dei diritti UE e del dialogo diretto fra giudici comuni e Corte di Giustizia – i rischi di una erosione di ruolo e poteri della Corte costituzionale, e, soprattutto, di una compromissione delle «garanzie di certezza che accompagnano gli istituti di legittimità costituzionale accentrata» (istituti che costituiscono, nell'Europa continentale, un aspetto della “identità costituzionale” di molti stati), su tali basi invocando dunque il doveroso ricorso al controllo di costituzionalità ogni volta che l'antinomia riguardi una norma nazionale in contrasto non con *regole* ma con *principi*.

la pregiudiziale comunitaria – che in ossequio alla giurisprudenza pregressa doveva essere previamente scandagliata, a pena di inammissibilità –, quasi a voler rinvigorire il ricorso incidentale rispetto al rinvio pregiudiziale (strumento sempre più utilizzato dai giudici italiani); ed allo scopo, soprattutto, di imporre un *early warning* della Consulta sui profili costituzionali interni riferibili a questioni *rights sensitive*¹⁰⁰.

La portata innovativa della pronuncia – insita nell'inversione dell'ordine logico e cronologico della “doppia pregiudizialità” – è stata, pur autorevolmente, “sdrammatizzata” [cfr. ad es., evidenziando i profili di ambiguità della pronuncia, L.S. ROSSI, *La sentenza n. 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*; ed anche ID., *Il “triangolo costituzionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, paventando il dubbio che, nei casi in cui la questione riguardi norme UE senza effetti diretti o in generale la Carta di Nizza, «la Consulta pensi di potersi arrogare un diritto prioritario, se non addirittura esclusivo, di interpretare essa stessa il diritto dell'Unione, alla luce dei parametri propri dell'ordinamento giuridico di quest'ultima»], ma ha trovato riscontro nella maggioranza dei commentatori, sia sul fronte adesivo (A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”*, in *forumcostituzionale.it*; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”*. Invito alla discussione sulla sentenza n. 269 /2017, in *forumcostituzionale.it*; A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, cit.; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *forumcostituzionale.it*; G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *osservatorio sullefonti.it*, n. 2/2018; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *forumcostituzionale.it*), che sul fronte critico (con accenti più o meno marcati: A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *diritticomparati.it*, 2017; ID., *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *giurcost.org/Studi*, I, 2018, 155; ma v. anche ID., *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 18 novembre 2018, 5 ss., 25 ss.; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *dirittounioneeuropea.eu*, voce *Oss. Eur.*, dicembre 2017; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*; ID., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *diritticomparati.it*, 2018; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *diritticomparati.it*, 16 marzo 2018; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica di Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *osservatorio sullefonti.it*, n. 1/2018; G. BRONZINI, *La Corte costituzionale mette sotto tutela i Giudici ordinari nell'applicazione diretta dei diritti della Carta di Nizza. Le linee di tensione con l'orientamento della Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.*; C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269 del 2017*, in *giurcost.org/Studi*, II, 2018, 377 ss., in ptc. 386 ss.).

¹⁰⁰ In questi termini G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della*

In effetti, se restano – indubbiamente – talune zone d’ombra, ciò che è certo è l’obiettivo di questa pronuncia: scongiurare la diretta applicazione di norme della CDFUE da parte dei giudici comuni in assenza di incidente costituzionale¹⁰¹.

b) Un freno ancor più deciso, e forse persino più problematico, è stato imposto alla penetrazione del diritto convenzionale, dove la Corte non si è limitata a censurare e sconfessare la tendenza di non pochi giudici italiani a riconoscere a tale fonte una efficacia diretta (con conseguente disapplicazione *per saltum*), o a dare spazio – in più occasioni – al «margine di apprezzamento nazionale» per allontanarsi dai principi stabiliti a Strasburgo¹⁰², ma si è spinta sino a limitare bruscamente e, per così dire, *in radice* la vincolatività delle sentenze della Corte europea – originariamente affermata senza *distinguo*¹⁰³ – alla presenza di un «diritto consolidato». E ciò con una pronuncia – la sentenza n. 49 del 2015¹⁰⁴ – che non ha

Corte costituzionale n. 269 del 2017, cit., 2 ss., secondo il quale, conseguentemente, la pregiudiziale comunitaria viene dunque «configurata come ipotesi eventuale e residuale, almeno nei casi in cui sussistano dubbi di costituzionalità per contrasto con diritti protetti sia dalla Costituzione, sia dalla CDFUE».

¹⁰¹ O di rinvio pregiudiziale: così ancora, G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale"*, cit., 11; tuttavia, secondo parte della dottrina «resta ancora da chiarire quale sia l'ordine giusto di successione della pregiudizialità "comunitaria" e di quella costituzionale e, nel caso che a quest'ultima sia accordata la precedenza, se la prima vada soggetta a limitazioni in relazione ai profili per i quali può farsi valere» (così A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici*, cit., 26).

¹⁰² Oltre alla nota sentenza n. 317 del 2009, si veda, ad esempio, la sentenza n. 102 del 2016, dove nell'affrontare una questione sollevata dalla Corte di Cassazione invocando la sentenza della Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in tema di *ne bis in idem*, la Corte costituzionale si è allontanata dai più stringenti principi stabiliti dalla Corte di Strasburgo allineandosi, viceversa, ai più flessibili principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni evocati dalla Corte di Lussemburgo in relazione all'art. 50 della Carta di Nizza.

¹⁰³ Vincolatività parzialmente temperata già quando la Corte ha preso a sottolineare che «[...] l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la *sostanza* di quella giurisprudenza» (così le sentenze n. 311 e 317 del 2009, corsivo nostro).

¹⁰⁴ La decisione ha destato un notevole dibattito in dottrina; per alcune considerazioni, a prima lettura, si veda il commento adesivo di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015, e quelli, di vivace taglio critico, di F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, ivi (in sede di editoriale, sempre in data 30 marzo 2015) e di R. CONTI, *La CEDU assediata?* (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015), in *giurcost.org.*; ancora, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, ivi (1° aprile 2015); G. CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologo di Corti?*, in *Arch. pen.*, n. 1/2015; N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo la Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2015; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, ivi; G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza*

mancato di prospettare anche precipui «indici di ricognizione» di una tale «giurisprudenza consolidata»¹⁰⁵, avanzando una «dottrina» tanto discussa quanto sostanzialmente confermata, pur con talune precisazioni¹⁰⁶, nelle successive decisioni¹⁰⁷.

Tali pronunce sono tutte – come si vede – ispirate ad una chiara apposizione di termini rispetto all'invasività delle fonti sovranazionali e soprattutto della giurisprudenza delle corti europee, e sono volte a frenare – come accennato – la progressiva “usucapione” del controllo di costituzionalità maturata – parallelamente – dai giudici comuni, in una direzione tesa dunque a limitare la corrispondente compromissione delle garanzie di certezza insite negli istituti di legittimità costituzionale “accentrati”.

funzionale”, in *Dir. pen. cont.*, 28 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *forumcostituzionale.it*; D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015; V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulla prime reazioni di Strasburgo*, in *forumcostituzionale.it*; D. GALLIANI, *“È più facile perdonare un nemico che un amico”. La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzianti (2011-2015)*, Torino, 2016, 5 ss.; ed altresì ID., *Sul mestiere del giudice, tra Costituzione e Convenzione*, in *giurcost.org/Studi*, I, 2018, 138 ss., 140 (nota 11).

¹⁰⁵ Come noto, nelle argomentazioni della sentenza n. 49 del 2015 – ed in particolare nel punto 7 del *Considerato in diritto*, non privo di ambiguità – emerge, in estrema sintesi, che ai fini della vincolatività delle pronunce europee rileverebbero – oltre alla riferibilità del caso all'Italia – diversi elementi, indici del “consolidamento” giurisprudenziale: tra questi – con notevole eterogenità qualitativa – la natura di “sentenza pilota” della sentenza evocata; la intervenuta pronuncia della *Grande Chambre*; il numero e il tenore delle opinioni dissenzianti; ed appunto – più in generale – la continuità negli indirizzi della Corte: per una serrata quanto autorevole critica, al riguardo, si rinvia, tra i molti, a V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit., 5 ss.; per una ipotesi di rilettura della decisione, volta a negare rilievo alle sole decisioni «che contengano bruschi e immotivati *revirement* rispetto all'orientamento pregresso», G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015*, cit., 6 ss.

¹⁰⁶ Evidenziando, da un lato, che «il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base di principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima» (corsivo nostro): così, tra le altre, le sentenze n. 68 e n. 109 del 2017; e dall'altro sollecitando – con incisività ben maggiore – i giudici a tenere conto di una pronunzia della grande Camera, che – rileva la Corte – si pone quale *novum*, rispetto all'indirizzo dapprima invalso (così la sentenza n. 43 del 2018, con la quale – si è evidenziato – «ci si avvia speditamente lungo la via che porta alla meta della assegnazione anche alle pronunzie della Corte EDU di un carattere “normativo” che fin qui è parso essere appannaggio esclusivo delle decisioni della Corte dell'Unione»: così A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici*, cit., 24 ss.).

¹⁰⁷ Dopo le prime, immediate conferme (e tra queste, anzitutto, la sentenza n. 36 del 2016, sulla legge Pinto) è ormai frequente, nel dare spazio a decisioni della Corte EDU, il richiamo alla «giurisprudenza europea consolidata», o al fatto che le sentenze evocate sono espressione di un «approdo giurisprudenziale stabile» (tra le molte, sentenze n. 200 del 2016, n. 120 del 2018).

Si potrà obiettare che – anche di recente – non mancano decisioni apparentemente di segno diverso, come quelle che registrano un uso innovativo e generosamente inclusivo della dottrina del «parametro interposto» per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost.¹⁰⁸, che ad esempio è giunto a ricomprendervi – con la sentenza n. 120 del 2018¹⁰⁹ – la stessa *Carta sociale europea*. Ma è difficile sfuggire all’impressione che, proprio per quel tramite – e mediante l’*entrenchment* “*infracostituzionale*” – la Corte voglia quasi “irregimentare” la fonte sovranazionale per sottrarla – anche qui – alla disponibilità del giudice comune ed assoggettarla al proprio vaglio, sterilizzandone ogni possibile effetto diretto e con esso la più dirompente e ingovernabile capacità di penetrazione; un po’ come Tancredi, il nipote del principe di Salina, che alla notizia dello sbarco delle armate liberatrici decise di unirvisi non tanto per cavalcarne lo spirito di rinnovamento, quanto per tentare di imbrigliarne la carica rivoluzionaria.

In ogni caso, la prospettiva di consolidamento e di tenuta degli arresti di segno “restrittivo” – al di là della loro specifica precettività¹¹⁰ – andrà misurata volta a

¹⁰⁸ Con ricadute di notevole impatto anche in materia penale: si veda, ad esempio, la sentenza n. 7 del 2013, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 569 c.p., riscontrando un difetto di ragionevolezza ma anche, al contempo, un contrasto con l’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, assunta a norma interposta per il tramite, appunto, dell’art. 117, primo comma, Cost.: sulla decisione, volendo, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, primo comma, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013.

¹⁰⁹ La sentenza n. 120 del 2018 ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell’art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66 del 2012 (Codice dell’ordinamento militare), che negava in radice il diritto di associazione sindacale ai militari, accogliendo il lamentato contrasto – per il tramite dell’art. 117, comma 1, Cost. – non solo con disposizioni Convenzionali (come interpretate in due precispue decisioni della Corte EDU) ma anche, appunto, con l’art. 5, paragrafo unico, terzo periodo, della *Carta sociale europea*: Carta che secondo la Corte – presentando «spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali [...] che la collegano alla CEDU», di cui è «naturale completamente sul piano sociale» – «deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.», con la conseguenza che «[e]ssa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l’intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di illegittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell’art. 117 Cost., della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta», e «[c]iò tanto più in considerazione del fatto che la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione»; di rilievo, tuttavia, il fatto che la Corte non riconosce il medesimo rango alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, impedendo in tal modo che l’equiparazione tra *Carta sociale europea* e CEDU si estenda anche ai rispettivi interpreti e garanti (sul punto, in chiave critica, v. S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora socchiusa per la Carta sociale europea*, in *forumcostituzionale.it*, in ptc. 5 ss.).

¹¹⁰ Discussa, in particolare, con riferimento alla natura di (mero) *obiter dictum* da riconoscersi alle affermazioni della sentenza n. 269 del 2017: peculiarità “sdrammatizzata” da C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule “antiche” (forse troppo) per un processo “nuovo” (ma non troppo)*, in A. RUGGERI, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, in ptc. 317 ss.; su quella traccia, v. altresì L.