

## SOVRANITA' PENALE E RAPPORTI TRA CORTI NELL'EPOCA DEL COSTITUZIONALISMO MULTILIVELLO<sup>1</sup>

di Jacopo Della Valentina

(Dottorando di ricerca in diritto penale, Università di Ferrara)

Sommario: 1. Premessa. – 2. La duplice dimensione della sovranità penale. – 3. Stimolazioni sovranazionali e 'sottrazioni' di sovranità. – 3.1. Nel diritto dell'Unione Europea. – 3.2. Nel sistema della Cedu: in particolare, l'introduzione del Prot. 16. – 4. Le reazioni 'autarchiche' della Corte costituzionale. – 4.1. Le frizioni con il diritto UE: controlimiti e doppia pregiudizialità come 'schemi ricorrenti' di un dialogo problematico. – 4.2. Le frizioni con la Corte EDU: tra margine di apprezzamento e diritto consolidato. – 5. Mutamenti di paradigma nella prospettiva del 'metacostituzionalismo'. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Una tra le più vistose ricadute del "diabolico intreccio"<sup>2</sup> tra diritto costituzionale, penale, internazionale ed europeo scaturisce dalla eterogeneità contenutistica che ha interessato taluni concetti di fondo dell'ordinamento, rispetto ai quali – avendo nel tempo assunto molteplici sfumature e accezioni – si è rivelato sempre più difficile racchiuderne il significato all'interno di un'unica definizione. Ciò vale, addirittura, per le nozioni che fondano la stessa giuridicità positiva: basti pensare al concetto di "Stato" che, collocato sul crinale tra Storia, società e diritto, si mostra di volta in volta variabile a seconda del contesto di riferimento<sup>3</sup>. A tale graduale processo non sembrerebbe

---

<sup>1</sup> Il presente contributo trae spunto dall'intervento al panel "Poliedricità e adattabilità della sovranità penale" (16 settembre 2022, conferenza ICON-S Italia – *Il futuro dello Stato*), tenuto insieme al Dott. Roberto D'Andrea (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa) e alla Dott.ssa Federica Montanaro (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa) e presieduto dal Prof. Alberto Di Martino.

<sup>2</sup> Così A. Bernardi, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli 2016, 14.

<sup>3</sup> Tale considerazione trae ispirazione da un passaggio della *lectio magistralis* tenuta dal Prof. Sabino Cassese in apertura della conferenza ICON-S Italia – *Il futuro dello Stato*, Bologna, 16-17 settembre 2022. Più specificamente, la valenza polisemica del concetto di 'Stato' – il cui studio scientifico trova origini risalenti, venendo analizzata già nel corso del Cinquecento in opere come il *Principe* di Machiavelli e il trattato *De la république* di Bodin – presenterebbe sfumature differenziate a seconda del punto di vista di volta in volta assunto dall'osservatore e – soprattutto – di due variabili decisive quali l'epoca storica di riferimento (dal tempo antico alla Storia contemporanea) e la disciplina scientifica con cui ci si voglia approcciare alla materia (scienze giuridiche, scienze

essersi sottratto neppure il concetto di “sovrani ta”, al punto che in dottrina<sup>4</sup> non sono mancate posizioni scettiche in merito alla ‘definibilit ’ di simili lemmi.

Con riguardo al sistema penale, i descritti mutamenti di senso appaiono la conseguenza di un fenomeno ancor pi  generale. Ci si riferisce, in particolare, al progressivo consolidamento di un ordinamento multilivello, governato da fonti eterogenee per provenienza e finalit <sup>5</sup> e contraddistinto da un approccio *flou*<sup>6</sup> nelle relazioni tra dimensione nazionale e sovranazionale. In tale contesto ha assunto crescente rilievo – come noto – la evoluzione nei rapporti tra legislatore e giudice, da un lato; tra giudici nazionali e sovranazionali, d’altro lato: dinamiche sfuggenti ma riconducibili, in ultimo, al “solco ripetutamente arato”<sup>7</sup> - e ciononostante privo di un punto di approdo - della legalit  penale.

Se   pur vero che – nel descritto contesto di crisi della legalit  – ogni definizione rischia di apparire riduttiva<sup>8</sup>, cionondimeno non si deve desistere dal tentativo di tratteggiare la portata attuale del concetto di sovranit  penale. Al contrario, tale analisi – se correttamente condotta – potrebbe costituire una utile chiave di lettura dei fluidi scenari del diritto penale europeo<sup>9</sup>.

A seguire, l’intento   quello di isolare la nozione di ‘sovrani ta penale-costituzionale’<sup>10</sup>, vagliandone la persistente validit  nell’ordinamento penale, attualmente caratterizzato da una innovativa e articolata interazione tra Corte costituzionale, Corte EDU e Corte di Giustizia dell’Unione, per indicare la quale si   fatto riferimento al concetto di ‘metacostituzionalismo’<sup>11</sup>. Come si vedr , la prospettiva

---

filosofiche, storia delle dottrine politiche, scienze sociologiche). Sul tema v., per tutti, N. Bobbio, *Stato, governo, societ . Frammenti di un dizionario politico*, Torino 1995, in particolare 43 ss.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, *L’era dell’interlegalit *, Bologna 2022, *passim*.

<sup>5</sup> Da intendersi in un’accezione ampia, suscettibile di ricomprendere anche la giurisprudenza, alla quale deve essere pacificamente riconosciuto un ruolo quantomeno ‘con-formativo’: sul punto, v. F. Vigan , *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.1.2021, 8, 12, 18. Sulla possibilit  di assegnare alla giurisprudenza un ruolo di fonte, ancorch  non nel senso ‘istituzionale’ del termine, bens  come fonte ‘di cognizione’, all’interno di un ordinamento multilivello a pi  legalit  v. A. Di Martino, *Una legalit  per due? Riserva di legge, legalit  CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, Pisa 2014, 1, 119 ss.

<sup>6</sup> Chiaro il riferimento a M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Parigi 1986, trad. it. a cura di A. Bernardi, F. Palazzo, *Dal codice penale ai diritti dell’uomo*, Milano 1992.

<sup>7</sup> Cfr. A. Bernardi, *La sovranit  penale tra Stato e Consiglio d’Europa*, Napoli 2019, 4.

<sup>8</sup> Nell’attuale ordinamento multilivello, trovare un ordine di fondo appare compito arduo: “troppi diritti; troppi giudici; troppe complicazioni”. In questi rassegnati termini, cfr. G.M. Flick, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in [www.rivistaAIC.it](http://www.rivistaAIC.it) 2019, 2, 166 s.

<sup>9</sup> Sulla natura fluida e mutevole del diritto penale comunitario e, pi  in generale, europeo, v. per tutti A. Bernardi, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario* 1999, *passim*.

<sup>10</sup> Sia concessa la suddetta locuzione al fine di denotare la nozione di sovranit  che verr  meglio declinata *infra*, § 2.

<sup>11</sup> Cos  R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it),

prescelta ben si presta alla predetta funzione chiarificatrice, interessando le complesse interazioni tra gli attori sulla scena del sistema penale. Una volta debitamente circoscritto il campo di indagine entro il quale ci si intende muovere (§ 2), si tratterà di ‘leggere’ la sovranità penale attraverso l’analisi delle relazioni – dal ‘dialogo’ alla ‘guerra’<sup>12</sup> – tra le Corti (§§ 3 e 4), soffermandosi – in particolare – sulla evoluzione dell’atteggiamento che traspare dalle più recenti decisioni della Consulta, nel segno – ci sembra – di un rinnovato paradigma di sovranità condivisa (§ 5); verranno infine formulate talune riflessioni di chiusura (§ 6), al fine di saggiare se, nell’ordinamento penale odierno, la nozione di ‘sovranità penale’ possa ancora dirsi attuale.

2. In via preliminare, una doverosa precisazione: costituzionalmente inteso, il concetto di sovranità potrebbe essere osservato da una prospettiva – alternativamente – ‘verticale’ o ‘trasversale’.

Quanto alla dimensione ‘verticale’, ci si riferisce alle dinamiche che, con geometrie variabili a seconda dell’ordinamento considerato, connotano i rapporti tra poteri dello Stato (intesi secondo la classica concezione ‘montesquieuiana’). Così concepita, la sovranità concorrerebbe a delineare l’assetto politico-istituzionale di cui si dota ciascun ordinamento<sup>13</sup>, sulla base delle attribuzioni rispettivamente distribuite tra potere legislativo, esecutivo e giudiziario. Scenari – come noto – su cui si è ormai da tempo imposto il tema della c.d. ‘crisi della legalità’<sup>14</sup>, con la concorrente espansione

---

14.4.2022.

<sup>12</sup> Sul punto v., diffusamente, G. Raimondi, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.* 2014, XXXIV, 2; F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14.7.2014 e in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e l’ordinamento italiano*, a cura di S. Sonelli, Torino 2015, 207-251; nonché, più di recente, G. Lattanzi, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 26.2.2019 e, da ultimo, R. Bin, *È scoppiata la terza ‘guerra tra le Corti’? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18.11.2020.

<sup>13</sup> Nello stesso senso, cfr. R. Bartoli, *op. cit.*, 4, il quale valorizzerebbe una dimensione ‘positiva’ della sovranità, poggiante su di una razionale organizzazione e separazione dei poteri, necessaria per la piena realizzazione del concetto di democrazia in uno Stato moderno nonché, pur nella consapevolezza della difficoltà di attribuire definizioni esaustive alla sovranità, A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 8, secondo cui il diritto penale ne costituirebbe una delle massime espressioni.

<sup>14</sup> Tema ormai dibattutissimo, per cui si rinvia, *ex plurimis*, a E. Amodio, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *RIDPP* 2004, 432 ss.; A. Bernardi et al., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano 2008; P. Costa, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2007, 36, 1 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli 2012, *passim*; Id., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’UE*, in *DPP* 2013, 411 ss.; E. Dolcini, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*,

del diritto giurisprudenziale<sup>15</sup>. Fenomeno riguardo al quale, nonostante la diversità di letture, un dato appare difficilmente contestabile: l'importanza rivestita dalla giurisprudenza-fonte – perlomeno in una accezione ‘conformativa’<sup>16</sup> – nell'adozione di soluzioni ermeneutiche decisive per lo sviluppo dell'ordinamento penale<sup>17</sup>, soprattutto in materia di diritti fondamentali<sup>18</sup>, il cui livello di tutela costituisce il metro della evoluzione di ciascun sistema giuridico.

Si assisterebbe, in altri termini, ad una riconfigurazione dei rapporti tra poteri dello Stato, al cui vertice si pone una rinnovata figura di Giudice, vero “eroe culturale” in

---

in RIDPP 2004, 50 ss.; G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in FI 2000, V, 137, ora in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, 3 ss.; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010; Id., *Riserva di legge e obblighi europei di armonizzazione*, in [www.Treccani.it](http://www.Treccani.it), *Libro dell'anno del diritto 2014*; M. Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 204; T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in IP 1999, 527 ss.; F. Palazzo, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino 1999, 230 ss.; Id., *Legalità fra law in the books e law in action*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13.1.2016; Id., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 2007, 36, 2, 1279-1329. Lo specifico tema relativo alla possibilità di identificare un equivalente funzionale alla riserva di legge è approfondito in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Crim* 2011, 77 ss., con nota introduttiva di F. Giunta e contributi di G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, 79 ss.; A. Gargani, *Verso una «democrazia giudiziaria»? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, 99 ss.; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, 125 ss.; per ulteriori dibattiti sul tema, cfr. *Il punto su... La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione*, in *Crim* 2012, 261-327, con scritti di R. Bricchetti, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, 261-266; O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, 267-284; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»*, 285-298; S. Moccia, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, 299-304; N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, 315-327; nonché in Id., *Tavola rotonda. Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, con nota introduttiva di C. De Maglie, in *Crim* 2013, 205-269. Più di recente, cfr. gli scritti in AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali. Atti del Convegno dell'AIPDP – Napoli, 7-8 novembre 2014*, Napoli 2016.

<sup>15</sup> *Rectius*: il tema della crisi della legalità non costituirebbe altro che l'ultimo capitolo del più fallace dei miti, ‘forse utile in pristina epoche d'ingenuo progresso, dannoso però nella stagione della scienza’, vale a dire quello della completezza della legge e del ruolo puramente dichiarativo della interpretazione giurisprudenziale: v. A. Di Martino, *Una legalità per due?*, cit., 110 s.

<sup>16</sup> Cfr. *supra*, nt. 5.

<sup>17</sup> Non è infrequente che la giurisprudenza della Suprema Corte, specie se riunita nella sua massima composizione, abbia emesso pronunce suscettibili di determinare un esplicito ampliamento dell'area del penalmente rilevante. Emblematici sono i casi del tentativo di rapina impropria (Cass. S.U. 12.9.2012 n. 34952, in *CP* 2013, 1, 52 ss.); del duplice intervento sulla fattispecie di accesso abusivo a sistemi informatici (Cass. S.U. 27.10.2011 n. 4694, in *RP* 2012, 7-8, 766 ss.; Cass. S.U. 8.9.2017 n. 41210, in *RP* 2017, 11, 960); della graduale estensione applicativa – almeno secondo parte della dottrina (cfr. R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.6.2022) – del delitto di pornografia minorile, di cui all'art. 600 *ter* Cp (su cui, da ultimo, è intervenuta Cass. S.U. 9.2.2022 n. 4616 in *RP* 2022, 6, 564 ss.).

<sup>18</sup> Basti pensare, a riguardo, alle interpretazioni *in malam partem* diffuse in giurisprudenza in merito all'applicazione retroattiva delle modifiche all'art. 4 *bis* Op introdotte ad opera della legge 3/2019, c.d. *Spazzacorrotti*, sul delicato settore dei benefici penitenziari, tematiche su cui è intervenuta la stessa Corte costituzionale, con sent. 32/2020, per la quale v. *infra*, § 5.

grado di far dialogare interessi e principi concorrenti all'interno del nuovo ordine giuridico<sup>19</sup>.

Sulla descritta accezione 'verticale' (la quale non costituirà oggetto della presente trattazione) si innesta il tema della c.d. dimensione 'orizzontale' della sovranità, inteso all'individuazione di chi, all'interno del vettore giurisprudenziale, abbia acquisito una posizione sostanzialmente egemone. Allo stato, la questione non ha ancora trovato una soluzione univoca, al contrario caratterizzandosi per alterne prese di posizione che vedono protagoniste ora la Corte costituzionale, ora la Corte EDU, ora la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>20</sup>.

Poche le tessere 'certe' di un così complesso mosaico<sup>21</sup>. Tra queste, appare però incontrovertibile il progressivo 'arretramento' della Consulta nel confronto con le Corti sovranazionali sul piano della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppo riconducibile ad una molteplicità di fattori e tuttavia indotto, in ultimo, dalla crescente rilevanza delle Carte dei diritti<sup>22</sup> che, contribuendo ad una graduale riconfigurazione dei rapporti tra Corti, hanno determinato autentiche (dapprima 'tacite' e isolate<sup>23</sup> e poi, con il tempo, sempre più esplicitamente denunciate<sup>24</sup>) cessioni di sovranità. Riservando al seguito dell'esposizione la più compiuta analisi della predetta erosione di sovranità, va sin da ora evidenziato come, da un lato, la diffusa tendenza della Corte di Strasburgo a porsi quale Corte costituzionale europea<sup>25</sup>, vieppiù generalizzando la

---

<sup>19</sup> Così M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2.11.2016, 8 s.

<sup>20</sup> Sul complesso intreccio derivante dal triangolo tra Costituzione, Carta e Cedu, nonché – in parallelo – tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia dell'Unione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, v. *ex multis* M. Giorgianni, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 17.7.2014; A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in [www.rivistaAIC.it](http://www.rivistaAIC.it), 8.11.2013, 5 ss.;

<sup>21</sup> Cfr. A. Di Martino, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. Di Martino, G. Palombella, Bologna 2022, in particolare 65 s.

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. S. Manacorda, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.5.2013, 1-3.

<sup>23</sup> Per esempio, le prime, tacite, erosioni di sovranità potrebbero individuarsi in alcune norme di diritto internazionale consuetudinario che, come tali, sfuggono al controllo dei parlamenti nazionali e che tuttavia risultano cogenti all'interno di ciascuno Stato, determinando una evoluzione del diritto penale vivente di uno Stato in assenza di contribuzione da parte degli organi dello Stato medesimo. Peraltro, siffatti scenari non costituiscono che ipotesi isolate, discendendone che – in genere – non suscitano reazioni aventi a oggetto presunte sottrazioni di sovranità; sul punto, v. *amplius*, A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 39 ss.

<sup>24</sup> L'effettivo e manifesto 'svuotamento' del concetto di sovranità penale nazionale si aggraverà progressivamente e proporzionalmente all'acquisto di rilevanza delle Carte dei diritti rispetto all'ordinamento interno, come si analizzerà *infra*, § 3.

<sup>25</sup> Sulla tendenza della Corte EDU ad autorappresentarsi quale Corte costituzionale europea, v. A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 81 s.; A. Osti, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre*

portata delle proprie pronunce in presenza di riscontrati malfunzionamenti sistemici<sup>26</sup>; d'altro lato, le finalità extragiuridiche, quando non politico-economiche<sup>27</sup>, perseguite dalla Corte di Lussemburgo abbiano determinato un significativo depotenziamento del controllo accentrato di costituzionalità<sup>28</sup> - specie in tema di diritti fondamentali - conseguendone un paradigma di sovranità forzosamente condivisa.

Proprio da questa - spesso problematica<sup>29</sup> - convivenza<sup>30</sup> tra le Corti appare dunque utile proseguire.

3. Plurimi sono i fattori che - originati tra Strasburgo e Lussemburgo - hanno contribuito al descritto 'decentramento' della Corte costituzionale<sup>31</sup>, suscitandone frequenti reazioni di diffidenza - quando non di franca opposizione - nei confronti di una dimensione sovranazionale sempre più percepita come opprimente.

In via di esemplificazione (e, necessariamente, per cenni), merita rammentarne taluni, avendo cura di distinguere tra contesto 'eurounitario' e 'convenzionale'.

3.1. Quanto al primo, viene anzitutto in rilievo il sensibile incremento di fattispecie dotate di effetti diretti. Il meccanismo è noto: la tendenza a riconoscere natura *self-*

---

*modelli a confronto*, in *Quad. cost.* 2017, 4, 858 ss.: nell'attività ermeneutica della Corte EDU può riconoscersi un forte attivismo giudiziario, favorito - come è stato osservato - dalla maggiore ampiezza delle norme della Cedu rispetto ai principi costituzionali, da un lato; dalla diversità nella cultura giuridica dei giudici della Corte rispetto agli ordinamenti delle Alte Parti condannate sottoposte a giudizio, dall'altro lato.

<sup>26</sup> Espressione ricorrente nelle decisioni della stessa Corte EDU: cfr., a titolo di esempio, C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*, §§ 86 ss.

<sup>27</sup> Nella descritta prospettiva, si assisterebbe ad un graduale svuotamento del contenuto dei diritti fondamentali, dovuto alla intrinseca attitudine dei medesimi a 'perdere la loro dimensione giuridica', perché snaturati da concorrenti elementi extragiuridici a carattere prettamente politico: sul tema, si rinvia ad A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 51.

<sup>28</sup> Sul progressivo declino del giudizio incidentale e sul graduale depotenziamento del ruolo della Corte costituzionale v., diffusamente, V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 8-48.

<sup>29</sup> Eppure, come si vedrà, imprescindibile per lo sviluppo - benché talora burrascoso - dei diritti fondamentali che, specie in materia penale, non trovano adeguata rappresentazione nel circuito politico, non essendovi alcuno disposto a farsene strenuo promotore. Da ciò derivandone la necessità di uno *strong judicial review* talora idoneo a temperare i rischi derivanti da un'applicazione cieca del principio democratico, solo in quanto tale: sul punto, cfr. *amplius* N. Recchia, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *DPenCont* 2018, 4, 10 ss.

<sup>30</sup> A riguardo, non si può fare a meno di richiamare la vivace immagine che descrive le tre Corti come tre lottatori di sumo che combattono sul ring della tutela dei diritti fondamentali per non venire marginalizzate dallo stesso, riconducibile ad A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 18.

<sup>31</sup> Fenomeno che non è certo limitato alla sola Corte costituzionale italiana, estendendosi invece ad altre Corti che, in risposta, oppongono diverse forme di 'resistenza' al riconoscimento delle pronunce di Strasburgo: sul tema, cfr. A. Osti, *L'implementazione*, cit., spec. 855.

*executing* ad un numero crescente di disposizioni (anche contenute all'interno della Carta di Nizza e, pertanto, sul piano dei diritti fondamentali<sup>32</sup>) ha incoraggiato il Giudice comune ad avvalersi viepiù diffusamente dello strumento della disapplicazione (previo eventuale esperimento di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), essendo al contempo sempre meno propenso a richiedere l'intervento della Corte costituzionale<sup>33</sup> (da ciò derivando, in molteplici occasioni, criticabili effetti *in malam partem* in capo ai singoli consociati<sup>34</sup>).

Peraltro, neppure può passare sotto silenzio come la descritta tendenza 'espansiva' della disapplicazione abbia talora promosso istanze di un riconoscimento riflesso del fenomeno anche con riferimento alla dimensione 'convenzionale'. A riguardo, è nota la prassi di certa giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>35</sup> di attribuire effetti parimenti diretti a disposizioni della Cedu che riproducano il contenuto di fattispecie di diritto dell'Unione dotate, per l'appunto, di diretta applicabilità<sup>36</sup>. Fenomeno che –

<sup>32</sup> L'esempio più recente della suesposta tendenza può rinvenirsi in C.G.U.E, GS, 8.3.2022, C-205/20, *NE*, in cui è stata esplicitamente riconosciuto l'effetto diretto e, di conseguenza, la diretta applicabilità del principio di proporzionalità di cui all'art. 49, § 3 Carta. Sul punto, cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26.4.2022; M.G. Brancati, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in *AP*, 2022, 2.

<sup>33</sup> Sul punto v., diffusamente, R.G. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22.10.2018.

<sup>34</sup> L'incontrastata affermazione del primato del diritto Ue, suscettibile di essere applicato anche se produttivo di effetti *in malam partem* a carico dei consociati, non costituisce certo un fenomeno limitato al solo caso *Taricco*. Al contrario, si contano esempi ben più risalenti, a partire dal filone giurisprudenziale chiamato a decidere se disapplicare o meno la normativa interna sulla nozione di 'rifiuti', alla luce delle decisioni della Corte di Giustizia (*Tombesi e Niselli*) che riconoscevano effetti diretti alla contrastante disciplina eurolunitaria. Analoghi gli sviluppi del caso *Trinca*, relativo alla disapplicazione (poi effettivamente attuata) della normativa italiana più favorevole, che introduceva un limite quantitativo alla rilevanza penale della pesca di novellame, in diretto contrasto con il corrispondente Regolamento dell'Unione. Più di recente, simili problematiche sono sorte (e continueranno a sorgere) con riguardo al caos normativo di diritto interno in materia di concessioni demaniali, difficilmente coordinabile con alcuni principi sanciti dalla direttiva *Bolkestein*. Per ulteriori approfondimenti sui contrasti tra legalità penale e disapplicazione con effetti *in malam partem*, si rinvia a C. Sotis, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi nei tre volti del penalista europeo*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 23 ss.

<sup>35</sup> Sul tema, v. 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 [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 8.10.2013; più di recente, con riferimento al noto caso *Padula*, cfr. A. Cardone, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2022, 1, 65 ss.

<sup>36</sup> Ormai da tempo, autorevole Dottrina costituzionalistica prospetta la possibilità di una applicazione diretta (ancorché non generalizzata) di disposizioni della Cedu in una serie di ipotesi tra cui figurerebbero, in particolare, la sostanziale equivalenza tra norma convenzionale e norma eurolunitaria dotata di effetti diretti nonché – soprattutto – le *lacunae legis* dell'ordinamento, legittimamente colmabili da idonee disposizioni contenute nella Convenzione. A riguardo, cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Ruggeri, *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Diritto pubblico*

peraltro – trova condivisione in quella parte della dottrina favorevole a riconoscere effetti diretti della Convenzione (benché soltanto) nelle ipotesi di autentiche *lacunae legis* che affliggono il diritto interno<sup>37</sup>, a tal fine valorizzando la ‘norma-passerella’ di cui all’art. 52, § 3 della Carta<sup>38</sup>.

Evidenti le conseguenze: innegabilmente, le descritte spinte di matrice ‘eurounitaria’ (ma altresì, seppur indirettamente, convenzionale) convergono verso la progressiva riduzione del controllo accentrato di costituzionalità quale prerogativa della Consulta, al contrario favorendo un modello condiviso<sup>39</sup>. Stagliandosi – sullo sfondo di tale mutamento – la figura del giudice comune come rapsodo<sup>40</sup> capace di dialogare dinamicamente e contestualmente con le tre Corti.

3.2.- Sul piano ‘convenzionale’, la Corte di Strasburgo ha assunto crescente consapevolezza della idoneità delle proprie pronunce ad assicurare la miglior tutela dei diritti fondamentali. Paradigmatico – in tal senso – l’amplessimo filone giurisprudenziale in cui vengono elaborate le così dette ‘nozioni autonome’<sup>41</sup>: da quella di ‘accusa’ a quella d’‘illecito penale’, da quella di ‘legge’ a quella di ‘pena’<sup>42</sup>. Sull’onda del carattere naturalmente evolutivo della propria giurisprudenza – per vero, dappprincipio forse non preveduto, né prevedibile dagli Stati contraenti<sup>43</sup> – i giudici alsaziani hanno conferito valenza ‘universale’ al tenore delle proprie decisioni, predicandone l’efficacia *erga omnes* anche nei confronti di Stati non direttamente coinvolti nelle vicende oggetto delle medesime. Parallelamente, all’ampliamento della platea dei destinatari ha fatto da contrappunto una tendenza generalizzatrice dei

---

comparato e europeo 2011, 4, § 5.

<sup>37</sup> Ancora, v. F. Viganò, *L’adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati*, in *DPenCont* 2014, 2, in particolare 170 ss.; V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone 2019, 50 ss.

<sup>38</sup> Premesso che, da un lato, ai sensi dell’art. 51 della Carta di Nizza le norme della stessa trovano applicazione rispetto agli Stati membri limitatamente alle materie interessate dal diritto UE, peraltro potendo assumere effetti diretti, come già evidenziato al paragrafo precedente; che, d’altro canto, la portata delle suddette norme è identica a quella delle corrispondenti disposizioni della Cedu, arricchite dell’*acquis* della Corte di Strasburgo, ai sensi del citato art. 52, § 3 della Carta; nell’ambito di applicazione del diritto UE il giudice ordinario potrà avvalersi dello strumento della disapplicazione delle norme interne in caso di contrasto con la Cedu.

<sup>39</sup> Cfr. V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., 8.

<sup>40</sup> Così V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra ‘diritto giurisprudenziale’ e ‘legge’* ([Osservazione a] Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230), in *GCos* 2012, 3478.

<sup>41</sup> Sulla *interprétation autonome* delle disposizioni della Cedu come tendenza opposta alla concezione del legislatore come *dominus* esclusivo delle qualificazioni giuridiche, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 1 s. e *passim*.

<sup>42</sup> V. altresì A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 55.

<sup>43</sup> A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 53 s.



contenuti della sentenza, poi teorizzata – financo espressamente positivizzata all’art. 61 Reg. proc. Corte EDU – nelle note sentenze pilota<sup>44</sup>. Il consolidamento di tali aspetti strutturali delle sue decisioni avrebbe dunque permesso alla Corte EDU di assumere i tratti di una ‘Corte costituzionale europea’<sup>45</sup>, provocando in molti Stati membri (e nelle relative Corti costituzionali) reazioni di insofferenza, sovente sfociate in aperta resistenza giurisdizionale<sup>46</sup>.

Restando nel contesto ‘convenzionale’, va peraltro osservato che alla valorizzazione di un paradigma di sovranità condivisa in materia di diritti fondamentali potrebbe contribuire – quantomeno in potenza, non essendone ancora conoscibili gli effetti<sup>47</sup> –

---

<sup>44</sup> A partire dal caso *Broniowski c. Polonia*, la Corte EDU ha inaugurato un nuovo *typus* di pronunce che, riscontrando sistematiche violazioni della Cedu negli ordinamenti degli Stati parte, si esprimono allo scopo di fornire una *regula juris* generale e idonea a evitare future e analoghe condanne degli Stati membri, purché si adeguino adottando le misure che, sovente, vengono suggerite dalla Corte all’interno della stessa decisione. Sul tema, cfr. G. Repetto, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2019, 1, 10 ss.

<sup>45</sup> Negli stessi termini A. Bernardi, *op. ult. cit.*, 59; A. Osti, *op. cit.*, 858.

<sup>46</sup> Invero, non sempre la resistenza mostrata dagli Stati membri si è appalesata per mezzo degli organi giurisdizionali, talora traducendosi in reazioni di carattere politico. Più specificamente, la Dottrina che ha studiato il suddetto fenomeno ha ricondotto le varie forme di reazione essenzialmente a tre modelli fondamentali, che trovano il proprio paradigma – rispettivamente – nei casi del Regno Unito, della Russia e, appunto, dell’Italia. Quanto al Regno Unito, si è parlato di una diffusa resistenza politica, innescata a seguito della nota sentenza *Hirst*, con cui la Corte EDU condannava lo Stato per violazione dell’art. 3 Prot. 1 Cedu sul delicato tema del divieto di voto generalizzato nei confronti dei detenuti. Alla condanna – che ravvisava un difetto strutturale nel sistema – seguiva l’adozione di un documento ufficiale del governo ove veniva ribadita la concezione britannica sul diritto di voto, di fatto rigettando quanto statuito dai giudici alsaziani. Ancor più rigida, tanto da assumere i tratti di una resistenza istituzionalizzata, la reazione della Russia: in tal caso le aperte critiche mosse dalla Corte costituzionale russa alla vincolatività tendenzialmente generalizzante delle sentenze di Strasburgo si fondavano su di una novella legislativa del 2010, con cui era stata espressamente introdotta la possibilità per la Corte di sindacare le predette decisioni. Più attenuato, ma ugualmente efficace, il modello di disobbedienza funzionale coniato dalla Consulta, che verrà ora trattato nel testo. Per un’ampia ricostruzione dei diversi modelli di resistenza degli Stati nei confronti delle sentenze della Corte EDU, v. A. Osti, *op. cit.*, in particolare 860 ss.

<sup>47</sup> Come noto, la ratifica del Protocollo 16 è sfumata nell’estate del 2020 e, allo stato, non ‘pendono’ d.d.l. volti a discuterne in Parlamento l’entrata in vigore. Si rammenti che la ratifica del Prot. 16 era inizialmente accorpata a quella del Prot. 15 in un unico d.d.l. (C. 1124); sennonché, la difficoltà di sciogliere alcuni nodi interpretativi in merito al Prot. 16, unitamente alla necessità di velocizzare la procedura con riguardo al Prot. 15, la cui ratifica era obbligatoria, determinavano lo stralcio dell’art. 3 (relativo, appunto, al Prot. 16) con momentaneo (si auspica) accantonamento della tematica. Numerosi gli studi che, in dottrina, hanno preso in esame i connotati e i potenziali effetti derivanti dall’eventuale adesione dello Stato italiano al Prot. 16, nonché le problematiche successive allo stralcio del medesimo. Tra questi, si segnalano R.G. Conti, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27.12.2019; E. Crivelli, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Rivista AIC* 2021, 2, 50 ss.; M. Luciani, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l’audizione innanzi la 2<sup>a</sup> Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27.11.2019; M.S. Mori, *Il bivio dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: alcune riflessioni*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 4.10.2021; O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2.4.2014; A. Ruggeri,

il “rinvio pregiudiziale alla Corte EDU”<sup>48</sup> di cui al Prot. 16 allegato alla Convenzione. A fronte di opinioni diametralmente divergenti<sup>49</sup>, tale istituto – allo stato – rappresenta una effettiva incognita<sup>50</sup> nel percorso di implementazione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU.

Da un lato, esso potrebbe infatti segnare una svolta per il futuro del dialogo tra le Corti: se suscettibile di funzionare alla stregua del rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TrFUE<sup>51</sup> - pur senza ereditarne il valore vincolante e, al contrario, rimanendo un momento di mero dialogo tra giudici<sup>52</sup> - potrebbe incoraggiare un equilibrato confronto tra giurisdizioni, attualizzando una dialettica sinora soltanto indiretta.

---

*Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2021, 1, 213 ss.; più di recente e con specifico riguardo alle criticità derivanti dalla sinora mancata ratifica del Protocollo 16 da parte dell’Italia, v. altresì E. Crivelli, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino 2022; C. Grieco, *Il Protocollo n. 16 Allegato alla CEDU e la funzione consultiva della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo anche alla luce della futura e ancora incerta ratifica italiana*, in *Cuadernos de derecho transnacional* 2022, 14, 1; con specifico riguardo al rapporto con il concetto di ‘sovrantà’ cfr., infine, E. Lamarque, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 18.11.2020.

<sup>48</sup> In questi termini M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6.2.2019, 5.

<sup>49</sup> Per una esaustiva ricognizione delle diverse posizioni sposate dalla dottrina nel senso, rispettivamente, dell’accoglimento o della critica del Prot. 16, cfr. R.G. Conti, *op. ult. cit.*, 2 ss., nonché E. Crivelli, *Il contrastato recepimento*, cit., 65 ss.

<sup>50</sup> Pur essendo stato ratificato dagli altri Stati parte della Cedu, ad oggi ancora sporadico è l’impiego del predetto strumento, tant’è che si contano – allo stato attuale – rare ipotesi di “rinvio pregiudiziale alla Corte EDU”. Il primo caso risale all’ottobre 2018, quando la Corte di Cassazione francese ha sospeso un procedimento al fine di richiedere delucidazioni in merito al rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita riguardante un bambino nato all’estero da maternità surrogata che designi come madre quella non biologica e come padre quello biologico. Successivamente, del Prot. 16 ha usufruito la Corte costituzionale armena, chiedendo ai giudici strasburghesi chiarimenti sulla nozione di “legge” rilevante ai sensi dell’art. 7 Cedu, al fine di decidere della legittimità costituzionale dell’art. 300.1 del Codice penale armeno. Sul punto, si rinvia *amplius* a F. Vitarelli, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un “rinvio pregiudiziale convenzionale” per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 18.11.2019. Per una ricognizione aggiornata delle richieste di parere consultivo pervenute alla Corte EDU v. C. Grieco, *op. cit.*, 332, nt. 108.

<sup>51</sup> Peraltro, a riguardo si segnala la tendenza recente della Corte costituzionale ad avvalersi direttamente del predetto strumento, in tal modo sfruttando un canale diretto di comunicazione con la Corte di Giustizia. Anticipando le conclusioni, tale innovativo impiego del rinvio pregiudiziale costituisce uno dei plurimi indici sintomatici del mutato atteggiamento della Consulta nei rapporti ‘sovrnazionali’ con le altre Corti dei diritti. Esempi ‘celebri’ dell’azionamento del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale si rinvencono C. cost., 10.5.2019 n. 117, in materia di diritto al silenzio; C. cost., 18.11.2021 nn. 216 e 217, in materia di mandato d’arresto europeo.

<sup>52</sup> In realtà, il punto è fortemente controverso e, al momento, irrisolto, dopo lo stralcio del Prot. 16 dal d.d.l. che ne prevedeva la ratifica unitamente al Prot. 15. In particolare, non è chiaro se la Corte costituzionale possa considerarsi Alta Giurisdizione – o le sia in ogni caso concesso di avvalersi della procedura *de qua* – o meno. Le incertezze derivano, in particolare, dalla insoddisfacente formulazione dell’art. 3 d.d.l. C. 1124 (in epoca anteriore allo stralcio): infatti, se il co. 1 individuava esplicitamente la Alte Giurisdizioni deputate ad attivare il meccanismo di parere consultivo alla Corte EDU senza menzionare la Corte costituzionale (comparivano invece la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di Giustizia amministrativa per la

All'opposto, si contano altresì le posizioni scettiche di coloro che, tanto qualora il rinvio venisse riservato ad un'Alta Giurisdizione diversa dalla Consulta, quanto laddove potesse essere attivato anche da quest'ultima, riconoscono in tale strumento la definitiva conferma della erosione della sovranità penale costituzionale<sup>53</sup>. Nella prima ipotesi, in quanto il Prot. 16 non farebbe che approfondire la tendenza a *bypassare* il controllo accentratore di costituzionalità, forzando interpretazioni convenzionalmente conformi; nella seconda ipotesi, in quanto un responso della Corte EDU non vincolante, ma dal quale è arduo discostarsi<sup>54</sup>, equivarrebbe ad una forma di 'sudditanza' della Consulta nei confronti dei giudici strasburghesi.

Nella perdurante incertezza sull'*an* e sul *quomodo* della ratifica, nonché sui potenziali effetti dispiegabili nei rapporti tra le Corti, un dato appare evidente: il Prot. 16 favorisce intrinsecamente la tendenza alla 'condivisione', come tale postulando una sovranità comune che appare contrastante con il paradigma monistico che sino a una decina di anni orsono veniva gelosamente custodito dalla Corte costituzionale.

4. I citati esempi – benché evidentemente non esaustivi – rivelano il progressivo decentramento della Corte costituzionale dalla scena della tutela e implementazione dei diritti fondamentali<sup>55</sup>. Decentramento che – tuttavia – la stessa non ha accettato passivamente. La Consulta, infatti, ha innescato stridenti frizioni con il contesto sovranazionale, adottando contromisure intese a reinvestirla delle originarie prerogative sovrane.

Volendo 'sistematizzare' le reazioni 'autarchiche'<sup>56</sup> attuate dalla Corte costituzionale nel corso dell'ultimo decennio, possono riconoscersi alcuni paradigmi ricorrenti di "disobbedienza funzionale"<sup>57</sup> (diversamente connotati eppure)

---

Regione siciliana), il co. 3 – frutto di un successivo emendamento – riconosce alla Consulta la facoltà di "provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1", dando luogo a dibattiti e perplessità riguardo ai 'rapporti interni' tra Corte costituzionale e attivazione del Protocollo 16.

<sup>53</sup> Per tali posizioni, cfr. i riferimenti contenuti in E. Crivelli, *op. ult. cit.*, 65, nt. 55.

<sup>54</sup> Cionondimeno, non può non rilevarsi come nel caso sollevato dalla Corte di Cassazione francese quest'ultima, dopo avere ricevuto il parere della Grande Camera, sia pervenuta ad una soluzione che, pur discostandosi da quella inizialmente prospettata, neppure aderiva pienamente al parere reso dalla Grande Camera, superandone il contenuto e così dimostrando di tenerlo in considerazione ma, al contempo, di potersi altresì allontanare dal medesimo.

<sup>55</sup> Cfr. A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 76, il quale parla, a proposito, di "fine del costituzionalismo nazionale".

<sup>56</sup> L'icastica espressione si deve, ancora una volta, ad A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 60 ss., il quale, più diffusamente, definisce il fenomeno come 'atteggiamento autarchico': a riguardo, cfr. F. Palazzo, A. Bernardi, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo* 1988, 33.

<sup>57</sup> In questi termini G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*, in *DPenCont* 2015,

accomunati dall'intento di contrastare i continui 'attacchi' al suo ruolo di suprema custode dei diritti, tanto sul piano 'europolitano', quanto su quello convenzionale. Ai fini presenti, sarà sufficiente menzionarne i principali.

4.1. Si è in precedenza osservato<sup>58</sup> come i profili di disallineamento tra Corte costituzionale e dimensione europolitano originino dalla *vis* espansiva degli effetti diretti del diritto dell'Unione che, notoriamente, si connota per la capacità ipertrofica di interessare sempre più settori dell'ordinamento<sup>59</sup>, corrispondendo a istanze di natura (talora dichiaratamente) extragiuridica.

Obiettivo sovente perseguito con l'ausilio di tecniche di armonizzazione, ma altrettanto frequentemente grazie alla modalità 'indiretta' di espansione del diritto UE, ossia mediante il riconoscimento di effetti diretti in capo alle norme europee. Con la logica conseguenza che, all'infittirsi del dialogo tra Corte di Giustizia e giudice comune, il canale di confronto tra quest'ultimo e la Corte costituzionale viene relegato in secondo piano. Per tale ragione, le descritte dinamiche avrebbero innescato frequenti 'scambi di battute' tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, nei quali è agevole rilevare alcune costanti, quasi degli 'schemi ricorrenti' di dialogo a distanza: in particolare, (i) a statuizioni dei Giudici del Kirchberg volte a riconoscere il primato incondizionato delle norme UE, (ii) la Consulta ribatte con toni di forte contrapposizione, talora prospettando l'impiego di contromisure al punto che, spesso, (iii) la Corte di Giustizia rivede quantomeno parzialmente le sue posizioni iniziali, mitigandole.

Pare, quindi, utile soffermarsi su talune di queste vicende (menzionando, per maggiore linearità di esposizione, le più note)<sup>60</sup>, al fine di meglio discernere l'andamento del dialogo ora descritto.

(a) Con riguardo al perenne rischio di una incontrastata affermazione del primato del diritto UE, significativa è – all'evidenza – la c.d. 'saga' *Taricco*<sup>61</sup>, la quale ha (quasi)

---

2, 303 ss.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*, § 3.1.

<sup>59</sup> Sulla incidenza della armonizzazione nello specifico settore del diritto penale, cfr., per tutti, V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti e casi*, Torino 2020, in particolare 37 ss.

<sup>60</sup> All'evidenza, l'intento non è certo quello di ritornare su casi commentatissimi e oggetto di profonde analisi dottrinali, bensì quello di porre in luce come lo schema del dialogo a distanza tra Roma e Lussemburgo segua un percorso collaudato, sviluppando cadenze ricorrenti.

<sup>61</sup> La vicenda, originata da un rinvio pregiudiziale del G.u.p. di Cuneo (G.u.p. Cuneo ord. 17.1.2014), esitava in una prima decisione della Corte di Giustizia dell'UE (C.G.U.E, GS, 8.9.2015, C-105/14), che, suscitando variegata reazioni nella giurisprudenza ordinaria, in particolare portava al sollevamento di due analoghe questioni di legittimità costituzionale (da parte di Cass. 30.3.2016 n. 28346, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle*

innescato la paventata attivazione dei cc.dd. controlimiti da parte della Corte costituzionale<sup>62</sup>.

A ben vedere, l'iter giurisprudenziale che ha scandito i capitoli della vicenda riproduce lo schema di cui sopra: (i) dalla Corte di Giustizia promana una decisione fondata sul riconoscimento di un primato ormai incondizionato<sup>63</sup> del diritto dell'Unione. Le ragioni, una volta ancora, vanno ricondotte a tutt'altro che velate istanze di matrice extragiuridica<sup>64</sup> la cui prevalenza, sotto specie di interessi finanziari, viene espressamente invocata dalla Corte lussemburghese nel segno dell'art. 325 TrFUE<sup>65</sup>. Da ciò dovendone discendere – nella prospettiva della medesima Corte – la disapplicazione con effetti *in malam partem* del diritto interno (e, in particolare, delle disposizioni regolative della prescrizione), a prescindere dagli 'effetti collaterali' di una simile presa di posizione<sup>66</sup>. (ii) Epilogo inaccettabile per la Consulta che – ribadita la

---

*Finanze* 2016, 4, II, 124 ss.; App. Milano ord. 18.9.2015). La Corte costituzionale, interessata della vicenda, minacciava quindi l'attivazione dei controlimiti con ord. 27/2017, promuovendo a sua volta un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. Quest'ultima, in C.G.U.E, GS, 5.12.2017, C-42/17, mitiga le proprie iniziali posizioni, in una ritirata tattica di fronte alle statuizioni della Corte costituzionale. Da ultimo, la Consulta chiude definitivamente la 'saga', ribadendo fermamente la propria impostazione, con sent. 115/2018. Per una sintesi della dettagliata vicenda, v. V. Manes, M. Caianiello, *op. cit.*, 25 ss.

<sup>62</sup> Costituendo il protratto e difficile dialogo tra le due Corti oggetto di sterminata letteratura, si rinvia, per tutti, a *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Milano 2018.

<sup>63</sup> Principio affermato, probabilmente nella sua massima estensione applicativa, in C.G.U.E, GS, 26.2.2013, C-399/11, *Melloni*, per cui si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a C. Cupelli, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Crim* 2013, 1, 339 ss.

<sup>64</sup> In estrema sintesi, nella prospettiva della Corte di Giustizia gli interessi finanziari dell'Ue, messi a repentaglio dalle cc.dd. frodi carosello – illeciti riconducibili, nel sistema penale italiano, alle fattispecie di cui al d. lgs. 74/2000 – sarebbero stati ulteriormente frustrati dalla disciplina italiana della prescrizione (in particolare, con riguardo agli artt. 160 e 161 Cp), che permetteva la estinzione – e, dunque, l'impunità – di diverse frodi fiscali.

<sup>65</sup> Indicativo, a riguardo, il fatto che la Corte di Giustizia giustifichi la propria decisione invocando espressamente una norma di diritto primario – l'art. 325 TrFUE – che non era neppure menzionata all'interno dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale: sul punto, cfr. C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione vs identità costituzionale o primato del diritto dell'Unione e identità nazionale?*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi, C. Cupelli, Napoli 2017, 5 s.

<sup>66</sup> Le conseguenze di una disapplicazione *in malam partem* delle disposizioni in tema di prescrizione avrebbero determinato effetti paradossali e profondamente lesivi delle fondamentali istanze di prevedibilità e conoscibilità del diritto: in ipotesi, un soggetto imputato in un procedimento per reati fiscali prossimi alla estinzione in ragione dell'imminente maturare della prescrizione avrebbe visto sfumare tale possibilità in applicazione dell'art. 325 TrFUE (e della contestuale disapplicazione delle norme sulla prescrizione), potendo subire una condanna fino a quel momento del tutto imprevedibile. Le problematiche sottese alla decisione della Corte di Giustizia non si arrestavano peraltro ai soli profili di prevedibilità, interessando la legalità anche sotto il versante della determinatezza, messa a repentaglio dalla introduzione giurisprudenziale di una clausola generale del tutto vaga come quella del 'numero considerevole di casi di frode grave': per approfondimenti sul tema delle clausole generali, con precipuo riguardo al caso *Taricco*, si rinvia a D. Castronuovo, *La mappa dell'impero. clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & Questioni Pubbliche* 2018, 18, 2, 49 ss. Sulla rilevanza della prevedibilità dell'esito giudiziario quale ingrediente sempre più valorizzato della legalità penale, cfr. G. Caruso, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto*

natura sostanziale dell'istituto della prescrizione – riscontra un insanabile contrasto tra principi di diritto interno e sovranazionale, ponendo i Giudici del Kirchberg di fronte alla secca alternativa tra rivedere le posizioni iniziali, nel rispetto del supremo principio di legalità penale, ovvero indurre la Consulta all'impiego dei 'controlimiti', aprendo un vero conflitto tra giurisdizioni. Va osservato come la vicenda – poi conclusasi (iii) con una attenuazione dei toni, grazie all'atteggiamento conciliante della Corte di Lussemburgo<sup>67</sup> – esprima paradigmaticamente l'inflessibilità dei giudici costituzionali che – temendo una sottrazione di sovranità su un tema fondamentale quale quello della retroattività della legge penale sfavorevole – invocano il rispetto degli articoli 4.2 e 6.3 TUE per rivendicare l'intangibilità del 'nucleo forte' di identità nazionale degli Stati membri, chiarendo che in ogni caso la tutela dei principi supremi debba costituire oggetto di un controllo accentrato in capo alla Corte costituzionale. In tal modo, la Consulta enuncia con fermezza il proprio ruolo di custode suprema dei principi dell'ordinamento, ribadendo la primazia dell'interpretazione costituzionalmente orientata su ogni altra opzione ermeneutica, sì da delimitare adeguatamente le ingerenze degli attori sovranazionali nella sovranità interna.

(b) Nel medesimo solco si colloca l'indirizzo "patriottista"<sup>68</sup> – se possibile, ancor più evocativo – di pronunce con cui la Corte costituzionale rivendica il primato del sindacato accentrato di costituzionalità sul terreno cruciale dei diritti fondamentali. La tematica – altresì nota come dottrina della *overlapping protection*<sup>69</sup> – interessa la c.d. doppia pregiudizialità, riconducibile, una volta di più, ad un difetto di coordinamento tra strumenti di tutela interni e sovranazionali. La già enunciata influenza della Corte di Lussemburgo nel riconoscere in capo al giudice comune il ruolo di primo incaricato a risolvere le frizioni tra diritto dell'Unione e diritto interno ha legittimato il medesimo ad un impiego sempre più diffuso degli strumenti della disapplicazione e del rinvio pregiudiziale, con un corrispondente accantonamento – ancorché non dichiarato – del controllo accentrato di costituzionalità mediante giudizio incidentale. Da ciò conseguendo l'intransigente reazione della Corte

---

penale, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 20.4.2021, 3.

<sup>67</sup> C.G.U.E, GS, 5.12.2017, C-42/17, M.A.S. e M.B.

<sup>68</sup> Così A. Bernardi, *Il difficile rapporto*, cit., 62.

<sup>69</sup> Cfr. V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 19 s., nonché S. Manacorda, 'Doppia pregiudizialità' e Carta dei Diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto, in *RIDPP*, 2020, n. 1, 573 ss. [contributo pubblicato con il medesimo titolo altresì in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 137 ss.].

costituzionale, la quale giungeva a postulare il dovere<sup>70</sup> – successivamente mitigato in “opportunità”<sup>71</sup> – per il giudice ordinario di preferire l’incidente di costituzionalità al rimedio del rinvio pregiudiziale in caso di incertezze interpretative relative a diritti fondamentali contemplati tanto nella Costituzione, quanto nella Carta.

Benché oggi parzialmente affievolito, il dibattito sul punto conferma la – in certo senso – ‘gelosia’ istituzionale della Corte costituzionale in tema di tutela dei diritti fondamentali, generata anche dal timore incombente di dover cedere ampie porzioni di sovranità penale, tanto verso l’alto, nei confronti dei Giudici del Lussemburgo, quanto – e, forse, soprattutto – verso il ‘basso’, nei confronti di un giudice comune<sup>72</sup> abile e sempre più indipendente nel rapportarsi con il sistema multilivello delle fonti.

4.2. Anche i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo hanno sollevato problematiche in merito alle ‘ripartizioni’ di sovranità.

La tendenza della Corte EDU a porsi come Corte costituzionale europea – da un lato autolegittimandosi ad emettere pronunce di portata generale, ispirate da intenti ‘paideutici’ nei confronti delle Alte Parti della Convenzione, e, da un altro lato, determinando con le sue decisioni i giudici comuni ad un utilizzo diretto (mediante disapplicazione) delle disposizioni della Cedu<sup>73</sup> – ha dato vita ad atteggiamenti di chiusura, per vero non limitati alla Corte costituzionale italiana. Le insofferenze ai toni generalizzanti di Strasburgo sono state espresse – attraverso le più disparate contromisure – da più parti, talora culminando in episodi di vera e propria resistenza nazionale<sup>74</sup>. Non potendoci qui soffermare sulle reazioni manifestate dagli attori di altri Stati membri, l’attenzione deve focalizzarsi sulla nostra Corte, la quale ha espresso

<sup>70</sup> C. cost., 7.11.2017 n. 269, in *RDInt* 2018, 1, 282 ss.; per quanti, in dottrina, hanno riconosciuto nella commentatissima sentenza un decisivo tentativo di ‘riaccentramento’ da parte della Corte costituzionale, cfr., *ex multis*, C. Amalfitano, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC* 2020, 1; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC* 2019, 1, 232 ss.; A. Guazzarotti, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *Quad. cost.* 2018, 1, 196 ss.; A. Ruggeri, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo*, in *www.giurcost.org*, 25.3.2019, 157 ss.

<sup>71</sup> Cfr. C. cost., 21.2.2019, n. 20, in *FI* 2020, 1, I, 125 ss.; 21.3.2019 n. 63, in *GD* 2019, 16, 26 ss.; ord. 10.5.2019 n. 117, in *GCos* 2019, 3, 140 ss.

<sup>72</sup> È stato osservato come un potere di disapplicazione sempre più diffuso finirebbe con il trasformare, quantomeno parzialmente, la figura del giudice comune in un organo politico, capace di inserire nella propria prognosi anche componenti valutative non più esclusivamente giuridiche. Sul punto, v. A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 76 s.

<sup>73</sup> Rispetto a tale tendenza v. V. Sciarabba, *op. cit.*, 50 ss.

<sup>74</sup> In questi termini A. Osti, *op. cit.*, 859.

chiara insofferenza in decisioni catalogabili secondo due ‘direttrici’, così pervenendo ad esiti distanti rispetto all’apertura storica<sup>75</sup> espressa nelle sentenze gemelle del 2007<sup>76</sup>.

(a) Anzitutto, il riferimento va al c.d. margine di apprezzamento, dottrina essenzialmente deputata a calibrare volta per volta i rapporti tra le limitazioni di sovranità tollerabili da parte degli Stati e la esigenza di non appianare le peculiarità giuridiche proprie di ciascun ordinamento nazionale. Tematica, peraltro, di recente tornata all’attenzione degli studiosi del diritto penale europeo – seppur transitando da una dimensione originariamente giurisprudenziale ad una marcatamente legislativa – in occasione della codificazione del margine di apprezzamento all’interno del Protocollo n. 15<sup>77</sup>, con lo scopo di corrispondere alle istanze di attenuazione preventiva dei condizionamenti provenienti da Strasburgo di recente avanzate sul piano ‘politico’<sup>78</sup>. Per la verità, la predetta categoria trova ben più profonde radici nella giurisprudenza della stessa Corte EDU, salvo poi essere stata recepita dalla Corte costituzionale all’esito di una rilettura volta a preservare un limite invalicabile di autonomia valutativa.

Sia concesso un celere, ma opportuno, cenno storico. Il margine di apprezzamento nasceva in un contesto a spiccata connotazione internazionalistica<sup>79</sup>, nel quale la Corte EDU riconosceva la responsabilità degli Stati membri soltanto in presenza di gravi violazioni della Cedu<sup>80</sup>, secondo una logica di diffuso *self-restraint* in virtù del presunto

---

<sup>75</sup> Cfr. E. Malfatti, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 2019, 3, 124.

<sup>76</sup> Le quali – come noto – aprono l’ordinamento italiano alla Convenzione EDU, le cui disposizioni divengono parametro interposto di costituzionalità grazie all’art. 117 Cost., trovando applicazione nel sistema di diritto interno secondo la interpretazione che delle medesime venga data dalla giurisprudenza di Strasburgo.

<sup>77</sup> Il Protocollo 15 veniva elaborato in occasione della Conferenza di Brighton del 2012 e adottato a Strasburgo il 24 giugno 2013; tuttavia, l’Italia ha provveduto alla ratifica soltanto con l. 11/2021 (G.U. del 10.2.2021).

<sup>78</sup> Cfr. A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 125 s.

<sup>79</sup> È stato osservato come, inizialmente, la Corte EDU adottasse una prospettiva sostanzialmente ‘intergovernativa’ nella tutela dei diritti della Convenzione, al fine di evitare ogni interferenza con le intangibili sfere di sovranità degli Stati parte: cfr., a riguardo, G. Repetto, *Alle origini del margine d’apprezzamento, tra self restraint e inquadramento del pluralismo: il caso Handyside*, in *www.diritti-cedu.unipg*, 11.2.2010, 1.

<sup>80</sup> Invero, la teoria del margine di apprezzamento – elaborata a partire dal caso *Lawless* del 1961 in seno all’art. 15 Cedu, che consente parziali deroghe agli obblighi contenuti nella Convenzione in caso di guerra – poggiava sul concomitante ‘consensus europeo’, concetto che condenserebbe lo *standard* di tutela dei diritti della Convenzione rispetto all’ordinamento di ciascuno Stato membro. In altri termini, tanto più uniforme e diffuso tra le Alte Parti dovesse essere il *common ground* sotteso alla tutela di una garanzia Cedu, tanto più sottile sarebbe stato il margine di apprezzamento di cui uno Stato avrebbe goduto in merito ad eventuali deroghe alla predetta garanzia. Sul tema, e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia ad A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 54 s.; M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in *www.cortecostituzionale*, 20.9.2013; G. Repetto, *op. ult. cit.*, 1 s.



*better placement* di cui avrebbero goduto gli organi nazionali nel ponderare le situazioni di diritto interno. Tuttavia, la sopravvenuta tendenza ‘generalizzante’ assunta dalle decisioni di Strasburgo portava al progressivo affievolimento della suddetta dottrina che, per lungo tempo, rimaneva nella penombra. Senonché, la stessa ha assistito ad una recente rivitalizzazione in seno alla giurisprudenza delle Corti di alcuni Stati membri, preoccupate di preservare una zona franca di sovranità in materia di diritti fondamentali, proprio per far fronte a quella tendenza generalizzante che la aveva progressivamente offuscata. Tra queste la Corte costituzionale<sup>81</sup> che, al precipuo fine di contenere la rinnovata ‘aggressività’ della Corte di Strasburgo<sup>82</sup>, tornava ad invocare l’esistenza di un confine oltre il quale la sovranità di un’Alta Parte non avrebbe potuto essere compressa, a pena di snaturare la stessa cultura giuridica di uno Stato. Insomma, riaffiora il margine di apprezzamento, seppur rielaborato alla stregua di una logica di bilanciamento tra contrapposti interessi, rimessa in via esclusiva alla Corte costituzionale stessa<sup>83</sup> a tutela della propria sovranità: logica in virtù della quale, essenzialmente, “le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo non sono da prendere per oro colato”<sup>84</sup>.

(b) La reinterpretezione ‘cautelativa’ delle nozioni elaborate a Strasburgo costituisce, a ben vedere, una tecnica diffusa<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Il riferimento è al noto caso delle ‘pensioni svizzere’, in cui la Corte costituzionale (sent. 264/2012), in una prospettiva di bilanciamento tra tutele, invoca la dottrina del margine di apprezzamento al fine di non dare attuazione alla condanna pronunciata nei confronti dello Stato italiano dalla Corte EDU (in *Maggio c. Italia*) per violazione del principio del giusto processo ex art. 6 Cedu da parte di una legge di interpretazione autentica – e sfavorevole – in materia di calcolo delle pensioni dei cittadini italiani che avevano lavorato in Svizzera. Sul punto, cfr. M.R. Morelli, *op. cit.*, 6 s., nonché E. Lamarque, F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31.3.2014, 22 s.

<sup>82</sup> Così O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16.12.2009, 3. Nello stesso senso, cfr. E. Malfatti, *op. cit.*, 127, per cui la Corte si sarebbe servita di poco più che un gioco di parole, che da criterio ‘che normalmente serve alla Corte di Strasburgo per evitare la condanna di uno Stato (concedendogli, appunto, un margine di errore), diventa elemento decisivo per riconquistare terreno da parte della Corte costituzionale e riprendere conseguentemente autonomia di giudizio da esercitare in concreto’.

<sup>83</sup> Cfr. C. cost., 19.11.2012 n. 264, in *RDInt* 2013, 2, 616 ss., §§ 4.1: “Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” e 5.1 “A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata”.

<sup>84</sup> A. Ruggeri, *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit., § 3.

<sup>85</sup> Tecnica diffusa – peraltro – non solo nelle concrete modalità di esplicazione, bensì anche rispetto ai soggetti

Basti pensare al ‘diritto consolidato’, nozione discussa al pari di quella di ‘margine di apprezzamento’<sup>86</sup> e sotto la quale si cela una concezione strettamente piramidale dei rapporti tra le Corti<sup>87</sup>. Come noto, con la sentenza n. 49 del 2015<sup>88</sup>, la Corte oppone la più veemente reazione alle sottrazioni di sovranità minacciate dall’ordinamento convenzionale, di fatto circoscrivendo la vincolatività delle decisioni della Corte EDU in capo al giudice ordinario ai soli casi di c.d. ‘diritto consolidato’. Ipotesi remota<sup>89</sup>, laddove si consideri che siffatta caratteristica – nelle argomentazioni della Corte – viene riconosciuta in capo ad una sentenza secondo parametri del tutto evanescenti e vaghi<sup>90</sup>, rimessi al libero apprezzamento del Giudice chiamato a valutarne la cogenza. Si erige, quindi, un limite – difficilmente valicabile – alla potenziale

---

che la pongono in atto: per alcune esemplificazioni, con particolare attenzione alla esperienza inglese, v. G. Martinico, *op. cit.*, 307 ss.

<sup>86</sup> Ma con effetti ancor più estremi, potendo la nozione di ‘diritto consolidato’ precludere in radice l’ingresso del diritto giurisprudenziale convenzionale nell’ordinamento interno: cfr., sul punto, V. Manes, V. Napoleoni, *op. cit.*, 28.

<sup>87</sup> Così A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *DPenCont* 2015, 2, 327.

<sup>88</sup> C. cost., 14.1.2015 n. 49, in *CP* 2015, 6, 2195 ss., trattata da copiosa bibliografia, tra cui M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015; G. Civello, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *AP* 2015, 3, 783 ss.; R.G. Conti, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Consulta OnLine* 2015, 1; V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.4.2015; P. Mori, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della ‘normalizzazione’ dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *www.SIDIBlog.org*, 15.4.2015; D. Russo, *La “confisca in assenza di condanna” tra principio di legalità e tutela dei diritti fondamentali: un nuovo capitolo del dialogo tra le Corti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2014, 2; G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7.12.2015; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *www.forumcostituzionale.it*, 30.4.2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015; 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 *Rivista AIC* 2015, 2.

<sup>89</sup> Paradigmatica della descritta tendenza Cass. S.U. 24.10.2019 n. 8544, in *CP* 2020, 6, 2259 ss., laddove viene esclusa la natura di diritto consolidato alla sentenza *Contrada c. Italia*, con conseguente impossibilità di estendere i principi contenuti nella medesima ai cc.dd. ‘fratelli minori’.

<sup>90</sup> Tra i quali la Corte enumera la creatività del principio affermato rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Sul punto, cfr. F. Viganò, *La tela*, cit., 339 s.

‘universalizzazione’<sup>91</sup> delle sentenze di Strasburgo, perennemente sottoposte ad un *test* di vincolatività (al di fuori del caso di specie) per vero assai stringente ed aleatorio. Altrimenti detto, con la decisione in esame la Consulta frappone un evidente ostacolo alla tendenza ad un’applicazione generalizzata (a monte, da parte della Corte EDU) e indiscriminata (a valle, da parte dei giudici comuni) delle *regulae juris* provenienti da Strasburgo, riaccentrando il proprio ruolo nel complesso gioco dei rapporti tra Corti<sup>92</sup>.

5. Ma una panoramica dei rapporti tra le Corti restituisce davvero uno spartito monocorde, che vede una Corte costituzionale costantemente dedita ad arginare le incombenti minacce europeiste? Ad uno sguardo più attento, sembra che la stagione delle ostilità sia ormai entrata nella sua fase calante.

Il tentativo di (sommara) ‘tassonomizzazione’ delle risposte fornite dalla Consulta alle incombenti minacce di sottrazione di sovranità pare suggerire come queste, un tempo assai frequenti, si stiano gradualmente diradando. Al contrario, numerosi approdi giurisprudenziali testimonierebbero piuttosto una inversione di tendenza, caratterizzata da una virtuosa interazione tra le Corti. Specie in tempi recenti, numerosi settori della materia penale (latamente intesa) sono stati sottoposti al vaglio o, comunque, interessati dall’attività giurisdizionale delle Corti europee: tra questi, basti pensare (a) al complesso tema delle misure di prevenzione, interessate dal rapido susseguirsi della sentenza *De Tommaso c. Italia*<sup>93</sup> e di Corte cost. n. 24 del 2019<sup>94</sup>; (b)

<sup>91</sup> Cfr. V. Manes, op. ult. cit., 14.

<sup>92</sup> Cfr. D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, cit., 4.

<sup>93</sup> C. eur. GC, 23.2.2017, *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09. Tra i commenti alla decisione, si rinvia, *ex plurimis*, R. Magi, *Per uno statuto unitario dell’apprezzamento della pericolosità sociale*, in *DPenCont* 2017, 3, 135 ss.; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017, 1039 ss.; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *DPenCont* 2017, 3, 15 ss.; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *DPenCont* 2017, 4, 127 ss.; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *DPenCont* 2017, 3, 370 ss.

<sup>94</sup> C. cost., 24.1.2019 n. 24, in *GD* 2019, 13, 74 ss., con commenti di G. Amarelli, *Misure di prevenzione e principio di determinatezza*, in *Treccani – Libro dell’anno*, 104 ss.; E. Aprile, *La Corte Costituzionale “riscrive” la disciplina delle misure di prevenzione “generiche” per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni – C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24*, in *CP* 2019, 5/6, 1886 ss.; F. Basile, E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abitualmente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, in *www.discrimen.it*, 10.6.2019; M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia”*, in *AP* 2019, 2; S. Finocchiaro, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.3.2019; A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (c. cost. 24/2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 29.11.2019.

alle frequenti stimolazioni della Corte EDU<sup>95</sup> e della Corte di Giustizia<sup>96</sup> in tema di *ne bis in idem*, alle quali la Consulta ha finalmente risposto con la sentenza n. 149 del 2022; (c) alle censure<sup>97</sup> subite a Strasburgo dallo Stato italiano in materia di diritto penitenziario, successivamente interessato dalle sentenze n. 253 del 2019<sup>98</sup> e n. 32 del 2020<sup>99</sup>.

Contesti tematici – si diceva – che rendono manifesto un rinnovato atteggiamento di apertura da parte della Consulta nei confronti delle indicazioni promananti dalle Corti europee, sostituendo alle descritte reazioni autarchiche un percorso di interazione costruttiva. I controlimiti, il diritto consolidato, il margine di apprezzamento appaiono in fase di superamento, in favore di un mutato ‘clima’ nei rapporti tra le Corti, acutamente sintetizzato nel concetto di ‘metacostituzionalismo’<sup>100</sup>. Costituendo, quest’ultimo, la evoluzione migliorativa del costituzionalismo, inteso come sindacabilità della legge penale ad opera della sola Corte costituzionale sui parametri della Carta costituzionale<sup>101</sup>. Più specificamente, il costituzionalismo – in passato forse troppo rigidamente opposto alle pur pressanti sollecitazioni esogene – si starebbe proiettando in una dimensione dialogica, implicante la accettazione di una proficua integrazione *ab externo* specie sul cruciale terreno dei diritti fondamentali.

Aderendo a tale logica, la Corte costituzionale ha a più riprese positivamente recepito le indicazioni provenienti dalle due interlocutrici europee al fine di calarle nell’ordinamento interno, pur conservando una propria autonomia valutativa.

---

<sup>95</sup> Cfr., in particolare, C. eur. GC, 10.2.2009, *Zolotukhin c. Russia*; 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia* (ric. n. 18640/10); GC, 15.11.2016, *A e B c. Norvegia*; 18.5.2017, *Jóhannesson e a. c. Islanda*; 16.4.2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*; 6.6.2019, *Nodet c. Francia*; 21.7.2020, *Velkov c. Bulgaria*; 31.8.2021, *Bragi Gudmundur c. Islanda*.

<sup>96</sup> C.G.U.E, 26.2.2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*; GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*; GS, 20.3.2018, C-537/16, *Garlsson e al. c. Consob*; GS, 20.3.2018, C-596/16 e C-597/16, *Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob* nonché, più di recente, C-570/20, 5.5.2022, *BV*.

<sup>97</sup> I riferimenti sono, nello specifico, a C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia* (ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), nonché 13.6.2019, *Viola c. Italia* (ric. n. 77633/16).

<sup>98</sup> C. cost., 23.10.2019 n. 253, in *CP* 2020, 3, 1005 ss.

<sup>99</sup> Corte cost., 26.2.2020 n. 32, in *GCos* 2020, 1, 224 ss.

<sup>100</sup> In questi termini, specificamente, R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, cit., *passim*. Cionondimeno, sono state coniate locuzioni di portata analoga e parimenti efficaci: si pensi a quella di ‘costituzionalismo multilivello’ presente in A.M. Maugeri, P. Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, 30, ovvero a quella di ‘primavera silenziosa’, comparsa in V. Manes, F. Mazzacuva, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *www.sistemapenale.it*, 23.3.2020.

<sup>101</sup> Cfr. R. Bartoli, *op. ult. cit.*, 2; Id., *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *DPP* 2021, 6, 705 ss., *passim*; Id., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino 2022, *passim*.

Prove tangibili del rinnovato paradigma sarebbero alcune recenti pronunce che toccano alcuni tra i temi più delicati del sistema penale odierno<sup>102</sup>. Ne riportiamo alcune<sup>103</sup>.

(a) Significativa, in primo luogo, appare la sent. 149/2022<sup>104</sup>, con cui la Corte costituzionale restituisce un nucleo di autonomia concettuale al principio del *ne bis in idem*, troppo spesso ridotto ad una generica valutazione di proporzionalità, soprattutto a seguito dei noti (e spesso criticati) arresti della Corte di Giustizia<sup>105</sup> sul tema. Con tale decisione, la Consulta riporta la predetta garanzia nell'alveo della originaria dimensione processuale, pur sempre rifacendosi ai più rilevanti orientamenti interpretativi della Corte di Strasburgo<sup>106</sup>. Una posizione intermedia, che permette alla Corte costituzionale di prendere le distanze dalle eccessive generalizzazioni della Corte di Giustizia e, al contempo, di recepire il più bilanciato modello di *ne bis in idem*

<sup>102</sup> Pronunce – appare significativo evidenziare – non rese nelle dimesse vesti delle sentenze interpretative di rigetto, fino a non molto tempo addietro diffuse in seno alla Corte costituzionale, bensì nella più decisa forma della declaratoria di illegittimità costituzionale: sul punto, v. ancora V. Manes, F. Mazzacuva, *op. cit.*, 6.

<sup>103</sup> Per ulteriori esempi si rinvia alla accurata analisi di E. Malfatti, *op. cit.*, 144 ss.

<sup>104</sup> C. cost., 16.6.2022 n. 149, in *GCos* 2022, 3, 1554 ss., in cui la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 Cpp per violazione dell'art. 4, Prot. 7 Cedu con riferimento al doppio binario sanzionatorio previsto in relazione a condotte lesive della disciplina sul diritto d'autore, che prevedeva un cumulo punitivo, ammettendo la contestuale irrogazione di pena pecuniaria per reato di cui all'art. 171 *ter*, co. 1 lett. b) della suddetta legge (detenzione a fini di lucro per la vendita e la riproduzione abusiva di opere letterarie fotocopiate in misura superiore a quella consentita) e di sanzione amministrativa (art. 174 *bis*) per i medesimi fatti materiali. Per approfondimenti sul tema, per le ricostruzioni fattuali del caso e per la evoluzione giurisprudenziale si rinvia a L. Carraro, *La consulta dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione del ne bis in idem in materia di diritto d'autore: la natura "ectoplasmatica" del test di close connection*, in *AP* 2023, 1; M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *www.sistemapenale.it*, 23.6.2022; N. Recchia, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *RIDPP* 2022, 4, in corso di pubblicazione.

<sup>105</sup> Con le sentenze C.G.U.E, GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*; GS, 20.3.2018, C-537/16, *Garlsson e al. c. Consob*; GS, 20.3.2018, C-596/16 e C-597/16, *Enzo di Puma c. Consob e Antonio Zecca c. Consob* i Giudici del Lussemburgo portano alle estreme conseguenze il paradigma della 'close connection' (cfr. nota successiva) consentendo – nella sostanza – deroghe al divieto di cumuli punitivo-sanzionatori, purché (a) rispettosi di finalità di interesse generale, (b) necessari e (c) proporzionati, secondo le cadenze dettate dall'art. 52, § 1 della Carta. In altre parole, la garanzia originariamente di stampo processuale si fa sostanziale, incentrandosi integralmente su una valutazione di complessiva proporzionalità.

<sup>106</sup> In particolare, la Corte costituzionale riprende le fondamentali indicazioni contenute in C. eur. GC, *A e B c. Norvegia*, cit., decisione poi costantemente richiamata dalla successiva giurisprudenza di Strasburgo. Come noto, nella suddetta decisione la Corte EDU introduceva una clausola sostanzialmente limitativa del *ne bis in idem*, ritenendo astrattamente compatibili con l'art. 4 Prot. 7 Cedu i cumuli punitivi caratterizzati da una "sufficiently close connection in substance and time", inaugurando un autentico *test*, tale per cui la garanzia del *ne bis in idem* non avrebbe potuto dirsi violata in caso di (a) complementarietà negli scopi perseguiti dai procedimenti concorrenti; (b) prevedibilità *ex ante* del cumulo procedimentale; (c) presenza di meccanismi di coordinamento processuale e, più specificamente, probatorio; (d) contiguità temporale dei procedimenti nonché, 'soprattutto' (e) meccanismi suscettibili di graduare la complessiva risposta sanzionatoria.

elaborato dalla Corte EDU<sup>107</sup>, ma adattandolo alle peculiarità dell'ordinamento costituzionale interno<sup>108</sup>.

Pur senza soffermarsi *funditus* sul contenuto della decisione, relativo ad una tematica che – allo stato – sembra non avere ancora trovato un proprio “centro di gravità permanente”<sup>109</sup>, merita sottolineare l'equilibrio che dalla stessa traspare: non si rigetta (come spesso in passato) l'*aquis* giurisprudenziale europeo, né lo si recepisce passivamente, bensì lo si rilegge in chiave costituzionale.

Nella sostanza, legittimando un modello condiviso di implementazione dei diritti fondamentali, in cui a ciascun ‘attore’ viene assegnato un ruolo di rilievo.

Così, se alle Corti sovranazionali spetta un'attività innegabilmente creativa nello sviluppo delle garanzie della Convenzione e della Carta<sup>110</sup>, è compito del giudice comune far dialogare queste ultime con le categorie del diritto interno<sup>111</sup>, mentre la Consulta può – nei casi di conflitto indissolubile – ‘emendare’ il sistema avvalendosi della efficacia *erga omnes* delle proprie decisioni e garantendo le fondamentali istanze di certezza dell'ordinamento (come avvenuto nel caso di specie).

(b) Tale mutato atteggiamento si percepisce altresì nella giurisprudenza in materia di misure di prevenzione, laddove la Corte costituzionale – con sent. 24/2019 – attuando un virtuoso confronto con la giurisprudenza di Strasburgo (e, in particolare, con la sentenza della Grande Camera *De Tommaso c. Italia*), ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. a) d. lgs. 159/2011 per carenza di tassatività e, conseguentemente, di prevedibilità<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Cfr. sent. 149/2022, cit., § 5.2.3.

<sup>108</sup> Intento evidente laddove la Corte riafferma la natura processuale della garanzia, distinguendola esplicitamente dal principio di proporzionalità: v., in particolare, sent. 149/2022, cit., § 5.1.1.

<sup>109</sup> In questi termini R.A. Ruggiero, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *CP* 2017, 10, 3809 ss.

<sup>110</sup> E la Corte costituzionale lo riconosce, rifacendosi nella decisione in esame agli approdi giurisprudenziali tanto della Corte di Giustizia, quanto della Corte EDU.

<sup>111</sup> Cfr. sent. 149/2022, cit., § 2.2.2.

<sup>112</sup> In estrema sintesi, la vicenda *De Tommaso* originava in capo al ricorrente dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza ai sensi dell'art. 1, co. 1 lett. a) e b) d. lgs. 159/2011, in quanto ritenuto abitualmente dedito a traffici delittuosi e capace di vivere abitualmente con i proventi di attività delittuose: in una locuzione, ‘genericamente pericoloso’. Su tali presupposti veniva proposto ricorso alla Corte EDU individuando quale parametro violato, in particolare, l'art. 2, Prot. 4 in quanto la predetta normativa appariva irrispettosa del principio di tassatività e, di conseguenza, non garantiva la sufficiente prevedibilità di applicazione delle misure da parte dei destinatari. Successivamente investita di analoga questione, la Corte costituzionale – con sent. 24/2019 – perveniva a dichiarare la illegittimità esclusivamente della prima categoria di soggetti (e, quindi, dell'art. 1, co. 1, lett. b)) ritenendo invece conforme a Costituzione la seconda, in quanto sufficientemente ‘tassativizzata’ da parte della giurisprudenza di legittimità successiva alla sentenza *De Tommaso*.

La lettura della decisione consente una volta ancora di apprezzare la ‘confidenza’ della Corte nel ragionare con le categorie europee, sforzandosi di calarle nel nostro ordinamento pur sempre mediante soluzioni rispettose della tradizione giuridica dello stesso.

Significative, a riguardo, le aperture in chiave ‘convenzionale’ che portano la Consulta, da un lato, a riconoscere il ruolo ‘tassativizzante’ della giurisprudenza, in un ambito da sempre considerato extrapenale come quello delle misure di prevenzione; dall’altro lato, a sancire l’ingresso nel sistema di diritto interno del principio di prevedibilità<sup>13</sup>, come declinazione sovranazionale della legalità. Al contempo, tuttavia, tali premesse subiscono – nel processo di adattamento al sistema nazionale – una rielaborazione<sup>14</sup>, in una prospettiva di preservazione dell’identità dell’ordinamento, verosimilmente considerato non ancora pronto ad accogliere (anche in senso formale) una nozione ancipite di legge – come declinata nell’art. 7 Cedu – comprensiva di *lois e droit*.

Da ciò scaturendone una pronuncia bifronte: sotto certi aspetti, innovativa, perché sensibile agli stimoli provenienti da Strasburgo; sotto altri aspetti, prudente, perché consapevole di dover salvaguardare le peculiarità del sistema di diritto interno, declinando in tale prospettiva le garanzie di matrice sovranazionale.

(c) Infine, il rinnovato accostamento ‘metacostituzionale’ può apprezzarsi dall’analisi della sent. 32/2020, con la quale viene dichiarata la illegittimità costituzionale della c.d. legge *Spazzacorrotti* nella parte in cui non prevede alcuna norma transitoria in relazione all’applicazione delle modifiche all’art. 4 *bis* Op, potenzialmente legittimando interpretazioni retroattive *in malam partem*<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Invero, benché l’ordinamento interno fosse già stato interessato da pronunce sensibili al tema delle ‘libere scelte di azione’, come – su tutte – le sentt. 364/1988 e 32/2007, cionondimeno è solo a seguito della sentenza *De Tommaso* e, quindi, con la sent. 24/2019, che dalla prospettiva della colpevolezza, declinata nel concetto di calcolabilità delle conseguenze giuridiche, si transita verso la legalità stessa mediante la prevedibilità, intesa come componente fondamentale del principio di tassatività e determinatezza: sul punto v., *ex multis*, G. Caruso, *op. cit.*

<sup>14</sup> In estrema sintesi, va rammentato come la Corte costituzionale riconosca il principio di prevedibilità e il ruolo ‘tassativizzante’ della giurisprudenza, precisando tuttavia come quest’ultimo resti rigorosamente circoscritto ad una materia extrapenale quale è (quantomeno, secondo la prospettiva della Corte costituzionale) quella delle misure di prevenzione e, così, evitando di dare legittimazione alle tesi che riconoscono nel sistema penale italiano un pur tacito modello di *nullum crimen sine iure*. Sul punto, v. altresì M. Cerfeda, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>15</sup> L’incidente di costituzionalità rilevava la illegittimità dell’inserimento di numerose fattispecie di delitti contro la P.A. ad opera della l. 3/2019 all’interno dell’art. 4 *bis* Op – disposizione che, come noto, inibisce anche ai condannati a pena inferiore a quattro anni la sospensione dell’ordine di esecuzione e quindi determina un forzoso “assaggio di pena” prima di poter ambire ad una misura alternativa, subordinandone peraltro la concessione alla collaborazione con l’autorità –, in quanto privo di una norma transitoria, da ciò conseguendone – in applicazione della regola del *tempus regit actum* – la immediata applicabilità del regime sfavorevole anche

Vengono una volta ancora valorizzate le proficue interazioni tra il diritto penale interno e il vettore giurisprudenziale sovranazionale.

Anzitutto, si riconosce espressamente natura penale alle misure alternative alla detenzione, mediante la estensione del perimetro della ‘materia penale costituzionale’, categoria – come noto – originata<sup>116</sup> da quella parallela di *matière pénale*, elaborata in seno alla giurisprudenza convenzionale. Ma ciò che più risalta è la scelta del parametro di costituzionalità, individuato non nella consueta norma interposta di cui all’art. 117 Cost., bensì nell’art. 25, co. 2 Cost. Altrimenti detto, lo stesso principio di legalità è sottoposto a una progressiva rimediazione espansiva<sup>117</sup>, tale da garantire nel sistema interno l’ingresso delle indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU<sup>118</sup>. La Consulta si spinge infatti oltre la esplicita recezione delle *regulae juris* di matrice sovranazionale, ricostruendole nel caso di specie in chiave costituzionale, così mostrando una crescente propensione non soltanto a ragionare con categorie europee, ma altresì a garantirne l’ingresso nell’ordinamento interno, assicurando elevati *standard* di tutela dei diritti fondamentali in un settore da sempre esposto a censure di costituzionalità o ‘convenzionalità’ quale è quello dell’ordinamento penitenziario.

6. Le decisioni riportate ci sembrano chiaramente sintomatiche di un recente cambio di rotta nei rapporti tra Corte costituzionale e diritto penale europeo.

Rilevanti, peraltro, sono le ricadute anche sul piano della sovranità penale che pure, in apertura, non avevamo esitato a definire ‘contesa’. Infatti, il quadro che questo breve *excursus* ci restituisce è quello – piuttosto – di una sovranità *condivisa*<sup>119</sup>.

Di certo, non si può negare che le spinte esogene<sup>120</sup> all’origine del nuovo ruolo dei giudici comuni quali *watchdogs* dei diritti fondamentali abbiano imposto parziali

---

ai reati commessi anteriormente alla entrata in vigore della modifica normativa. Peraltro, si tratta di una problematica oggi superata, a seguito della espunzione, con l. 199/2022, della predetta categoria di delitti dal campo di applicazione dell’art. 4 *bis* Op.

<sup>116</sup> A partire da C. cost., 26.5.2010 n. 196, in CP 2011, 2, 528 ss., per cui v. L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 9 ss.

<sup>117</sup> In questi termini V. Manes, F. Mazzacuva, *op. cit.*, 6.

<sup>118</sup> In particolare, il riferimento va alle decisioni C. eur. GC, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia*, nonché GC, 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

<sup>119</sup> Esplicite le affermazioni della Corte costituzionale sul punto. In particolare, nella recente C. cost., 11.3.2022 n. 67, in FI 2022, 4, I, 1145 – pur attinente alla materia previdenziale – mostrando di emanciparsi sempre più dalla ‘patriottista’ dottrina della *overlapping protection* elaborata in tema di doppia pregiudizialità, la Consulta ha riconosciuto la perfetta concorrenza tra il sindacato accentrato di costituzionalità, configurato dall’art. 134 Cost., e il meccanismo c.d. diffuso attuazione del diritto europeo.

<sup>120</sup> Sulla dicotomia tra fattori ‘endogeni’ ed ‘esogeni’ che hanno inciso sui mutamenti della legalità penale cfr., oltre ai contributi di cui alla nt. 13, cfr. G. Caruso, *op. cit.*



cessioni di sovranità penale da parte della Consulta – non più custode esclusiva dei diritti fondamentali – in favore di altri attori del sistema penale e, su tutti, delle due Corti europee. Ma se fino a non molto tempo addietro la Corte costituzionale opponeva ogni resistenza ad un fenomeno in costante (ma ineluttabile) avanzamento, ora pare averne preso atto, pur senza rinunciare ad una rilettura delle categorie in chiave strettamente costituzionale, alla costante ricerca di un razionale equilibrio tra adeguati *standard* di tutela e preservazione delle tradizioni giuridiche.

Nella prospettiva qui descritta, tale attitudine ‘metacostituzionale’ diviene motore e ‘pendolo’ della sovranità penale, da un lato costituendo la forza motrice dei rapporti tra Corti, dall’altro lato di volta in volta determinando quale tra le medesime eserciti maggiore influenza sulla tutela dei diritti fondamentali. Conseguendone una nozione di sovranità privata della carica ‘esclusivista’ che originariamente la connotava in un sistema dualista governato dall’ideale del *superiorem non recognoscens*. Nell’attuale sistema multilivello la sovranità conserva un più significato circoscritto, di ‘condivisione’<sup>121</sup>, risultando equamente ripartita tra giudici e Corti.

Dunque, se di sovranità si vuole ancora parlare, è necessario accettarne l’intrinseco mutamento di significato, sintomatico dello stesso rinnovamento nei rapporti tra le Corti, nella transizione da un’epoca di freddo dialogo (se non di conflitto) ad una di virtuosa interazione.

L’evoluzione e la modernità di un sistema penale si misurano oggi sul reciproco appagamento culturale, sul biunivoco arricchimento della cultura giuridica delle Corti, sul *bloc de constitutionnalité*<sup>122</sup> integrato dalla Cedu e dalla Carta di Nizza, nella consapevolezza di un modello di tutela dei diritti fondamentali inclusivo, nel quale giudici comuni, Corti sovranazionali e Corte costituzionale collaborano verso un comune obiettivo.

E, allora, se l’attitudine al ‘metacostituzionalismo’ è stata specificamente ricollegata al prisma della legalità<sup>123</sup>, si può ritenere che la stessa intersechi – più in generale – l’intera lista dei diritti fondamentali che, nel segno di un tale paradigma multilivello – oggi soltanto agli albori –, si inscrivono in un continuo ‘gioco al rialzo’, tendendo verso “tutele sempre più integrate”<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Bernardi, *La sovranità penale*, cit., 15.

<sup>122</sup> Cfr. V. Manes, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo”*, in *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, a cura di C. Grandi, Pisa 2021, 130 ss.

<sup>123</sup> V. R. Bartoli, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, cit., 19 ss.

<sup>124</sup> Cfr. sent. 67/2022, cit., § 11.