

FABIANA FALATO

(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia.

La crisi della garanzia della giurisdizione nel sistema delle perquisizioni disposte durante la fase delle indagini preliminari, censurata dalla Corte EDU, impone una ricognizione della categoria, che tenga conto dell'attuale processo di armonizzazione delle fonti interne con i paradigmi europei.

Systemic illegitimacy of the searches. Between national standardisation and European jurisdiction.

The crisis of the guarantee of jurisdiction in the system of searches set up during the phase of preliminary investigations, censored by the EDU Court, requires a recognition of the category, which takes into account the current process of harmonization of internal sources with European paradigms.

SOMMARIO: 1. Lo spunto giurisprudenziale. 2. Premesse, prospettive, problemi. Metodi. -3. Il divenire del diritto interno nei dialoghi giudiziari. Il pluralismo giuridico. 4. Antichi modelli legislativi e rinnovati atteggiamenti ermeneutici in tema di perquisizioni. Il legislatore, il giudice e l'interprete di fronte alla Costituzione e alla C.E.D.U. -4.1. (segue) il vizio di legalità tra autorità *giudiziar*a ed autorità *giudiziale*. -4.2. (segue) la *fisiologica* inoppugnabilità del decreto di perquisizione non seguita da sequestro. -5. Soluzioni obbligate ai paradigmi europei.

1. Lo spunto giurisprudenziale.

La vicenda abbriva dal ricorso proposto da un cittadino italiano residente in Germania, sottoposto a verifica fiscale perché sospettato di aver mantenuto il proprio domicilio fiscale in Italia e di non aver pagato l'IVA, né l'imposta sul reddito.

Il 13 luglio 2010, il procuratore di Mantova avvia una indagine nei confronti del ricorrente e, ritenuti sussistenti gravi indizi di colpevolezza per il reato di evasione fiscale, emette un mandato di perquisizione dell'abitazione e dei veicoli della persona interessata, ordinando la ricerca ed il sequestro dei documenti contabili e di qualsiasi altro documento, compresi i file elettronici, utili per l'indagine. La perquisizione dà esito negativo.

Il 15 settembre 2010, il pubblico ministero presenta richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari, che archivia il caso con decreto.

Nel frattempo, il ricorrente aveva presentato ricorso per cassazione, lamentando l'illegittimità dell'ordinanza di perquisizione, che, a suo dire, aveva costituito una violazione ingiustificata del diritto al rispetto del proprio domicilio e della propria vita privata, posto che la verifica della propria situazione fiscale avrebbe potuto essere effettuata con altri mezzi.

La Corte di cassazione dichiara il ricorso inammissibile, non essendo previsto

il riesame ai sensi dell'art. 257 c.p.p. avverso un mandato di perquisizione non seguito dal sequestro di beni, nonché la impossibilità di accedere alla procedura diretta ex art. 111, 7° co., Cost., non avendo la perquisizione domiciliare alcun impatto sulla libertà personale; chiarisce, infine, che in caso di violazione delle norme relative allo svolgimento della perquisizione, erano possibili solo sanzioni disciplinari contro gli agenti della polizia tributaria che avevano effettuato le operazioni.

Esperiti i rimedi interni, il ricorrente adiva la Corte di Strasburgo, lamentando la violazione dell'art. 8 C.E.D.U., dal momento che la perquisizione della sua abitazione aveva costituito una ingerenza ingiustificata nell'esercizio del proprio diritto al rispetto della vita privata e del domicilio.

La Corte dichiara ricevibile il ricorso, stabilendo che «in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura adottata, le garanzie della legislazione italiana non sono state sufficienti per evitare abusi da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale»; sicché, nonostante la misura abbia una base legale nelle norme del codice di procedura penale, «il diritto interno non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione», privandolo del beneficio di un «controllo effettivo», come richiede «uno Stato di diritto in una società democratica»; e concludendo che l'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non è «prevista dalla legge» nel senso richiesto dall'articolo 8, § 2, C.E.D.U.¹

Dunque, la Corte europea riscontra un difetto di legalità convenzionale del sistema nazionale delle perquisizioni che si mostra soprattutto rispetto alla necessaria compatibilità con il principio dello stato di diritto² che, nell'ambito delle perquisizioni, richiede garanzie adeguate e sufficienti a scongiurare il rischio di abusi e di arbitri, tra cui, la Corte evidenzia quella di un «controllo giurisdizionale effettivo» che deve essere più severo «quando il diritto nazionale autorizza le autorità a condurre una perquisizione senza un mandato giudiziario preliminare». Pertanto, «nei casi in cui la legislazione nazionale non prevede un controllo giurisdizionale ex ante factum sulla legalità e sulla

¹ In dottrina, i commenti di CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in questionigiustizia.it; CARRER, *Il controllo effettivo sul mandato di perquisizione: l'Italia non passa l'esame CEDU*, in www.giurisprudenzapenale.it; MILIZIA, *La CEDU bacchetta l'Italia: le norme sulle perquisizioni non offrono garanzie contro gli abusi*, in www.diritto&giustizia.it; TUMMINELLO, *Profili critici della legislazione in materia di perquisizioni: la censura della CEDU nella sentenza Brazzi*, in *IUS in Itinere (Web)*.

² «Si vedano, tra molte altre, Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000-V, Liberty e altri c. Regno Unito, n. 58243/00, § 59, 1° luglio 2008, e Heino c. Finlandia, n. 56720/09, § 36, 15 febbraio 2011».

necessità di tale misura istruttoria, dovrebbero esistere altre garanzie, in particolare sul piano dell'esecuzione del mandato, di natura tale da controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del mandato di perquisizione».

Tali presidi, secondo i giudici di Strasburgo, non sono previsti nella disciplina nazionale delle perquisizioni³ ordinate nella fase delle indagini preliminari, che non contempla «un controllo giurisdizionale ex ante», ovvero «che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione»; e nemmeno «un controllo giurisdizionale ex post facto della legittimità e della necessità della misura», idoneo a riparare il difetto di giurisdizione nella fase della emissione, quando «la perquisizione non ha permesso di raccogliere prove a carico e il procedimento è stato archiviato dal giudice per le indagini preliminari», poiché «il rimedio specifico di cui all'articolo 257 del codice di procedura penale è previsto soltanto nel caso in cui la perquisizione sia stata seguita da un sequestro di beni».

2. Premesse, prospettive, problemi. Metodi.

I problemi posti sono di diversa natura, seppure collegati ed investono, tutti, il combinato disposto degli artt. 247, co. 1 e 1-*bis*; 247, co. 2 e 3; 352, co. 4; 250; 251; 257, c.p.p. rispetto al quale, appunto, si manifesta il riferito difetto di legalità convenzionale.

Un primo versante riguarda la tenuta attuale della procedura di perquisizione (*rectius*: di quella *forma* di perquisizione) rispetto alla disfunzione strutturale e sistemica denunciata dalla pronuncia della Corte EDU; un secondo origina dalla mancanza di esplicita *denuncia* del *vizio* da parte dei giudici di Strasburgo, i quali, pur individuandone le criticità⁴, si sono spinti fino da indicare nel

³ Sull'inquadramento sistematico interno, si rinvia alle opere monografiche di D'ONOFRIO, *La perquisizione nel processo penale*, Padova, 2000 e di FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, I edizione, Milano, 2004 e II edizione, Milano 2012 e alle voci enciclopediche di BALDUCCI, voce *Perquisizione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, 252 ss.; BARGIS, voce *Perquisizione (dir. proc. pen.)*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino, 1995, 489 ss.

Con riguardo alla previgente disciplina, BALDUCCI, voce *Perquisizione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 136 ss.; GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979 (rist. 1981); PIOLETTI, voce *perquisizioni*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 1001 ss.; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974; SCAGLIONE, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale e nelle leggi speciali*, Padova, 1987.

⁴ Senza, peraltro, poter condannare l'Italia al risarcimento del danno (art. 41 C.E.D.U.) in difetto di richiesta del ricorrente.

A questo proposito, è peraltro consolidata, nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'affermazione in forza della quale, «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha

dispositivo le misure interne rimediale da adottarsi. Di conseguenza, la sentenza non può definirsi *pilota*, nei termini indicati dall'art. 61 del regolamento della Corte, adottato il 10 settembre 2012⁵, né ad essa può essere applicato protocollo addizionale n. 14⁶.

l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie». Tra le molte, Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Id., GC, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia; Id., GC, 8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia. Tanto, in quanto, alla luce dell'art. 41 C.E.D.U., le somme assegnate a titolo di equo indennizzo mirano unicamente ad «accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata»: Corte EDU, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia.

La finalità delle misure individuali che lo Stato convenuto è tenuto a porre in essere è, per altro verso, puntualmente individuata dalla Corte europea nella *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, la cui funzione è quella di mettere «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza [...] della Convenzione». *Ex plurimis*, Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.; Id., GC, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, cit.; Id., GC, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia. In quest'ottica, lo Stato convenuto è chiamato anche a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo: «ratificando la Convenzione», difatti, «gli Stati contraenti si impegnano a far sì che il loro diritto interno sia compatibile con quest'ultima» e, dunque, anche ad «eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente» (Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.; Id., GC, 8 aprile 2004, Assanidzé c. Georgia).

Con particolare riguardo alle infrazioni correlate allo svolgimento di un processo, e di un processo penale in specie, la Corte di Strasburgo, muovendo dalle riferite premesse, ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum*, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 C.E.D.U., in conformità alle indicazioni già offerte dal Comitato dei ministri, in particolare nella Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione».

Conforme, Corte cost., 1 aprile 2011, n. 111.

⁵ Ovvero: la procedura di sentenza pilota è una tecnica decisoria che consente alla Corte di Strasburgo di accertare non solo l'inadempimento nel caso concreto, ma anche il sottostante problema strutturale, ovvero, l'esistenza nell'ordinamento dello Stato parte della controversia, di una legislazione, o di una prassi giudiziaria, che causi una violazione sistemica e continuativa della Convenzione.

Per una ricostruzione generale, PALOMBINO, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern. prov. proc.*, 1, 2008, 91 ss. e, di recente, BOCCHI, *In (non) claris fit interpretatio: gli effetti delle sentenze pilota sul diritto a un equo processo, tra revisione del giudicato e rideterminazione della pena*, in *questa Rivista*, 1, 2017.

Sulla efficacia *erga omnes* delle sentenze pilota, Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, in *Mass. Uff.*, n. 252934. e, da ultima, Cass., I, 23 ottobre 2018, n. 56163, che ne ha precisato la efficacia interna, vale a dire che quelle decisioni non possono esplicare effetti in altri ordinamenti che, inevitabilmente, hanno un diverso apparato ordinamentale.

⁶ Il quale, modificando l'art. 28 C.E.D.U., ha chiarito che nonostante «una "giurisprudenza consolidata della Corte" è il più delle volte una giurisprudenza costante di una Camera», tuttavia, «è possibile, in via eccezionale, che una sola sentenza di principio della Corte possa costituire una "giurisprudenza consolidata", in particolare, nel caso di una sentenza della Grande Camera». La *specialità*, infatti, non si riferisce alle sentenze che per contenuto hanno portata generale, ma soltanto alle sentenze pilota.

Diversamente, non ci sarebbero stati dubbi da risolvere, atteso che la sentenza pilota, assumendo espressamente valore anche oltre il singolo caso valutato, stabilisce un obbligo di conformazioni di altrettanto carattere generale⁷. Invece, stando così le cose, gli effetti della sentenza *de qua* della Corte, per il combinato disposto degli artt. 46 e 41 C.E.D.U., si risolvono in un nulla di fatto, non venendo in rilievo alcun vincolo di esecuzione di natura indennitaria, né di specifica reintegrazione della vittima della violazione nello *status quo ante*.

Bisogna stabilire se questa *inefficacia* sostanziale della sentenza della Corte si estenda *erga omnes*; e bisogna farlo tenendo conto degli ultimi arresti, rispettivamente, della Corte costituzionale e della Corte europea che stabiliscono la misura del vincolo ermeneutico europeo.

A monte, emerge una linea di confine, tracciata dalla Corte costituzionale⁸; che, attraverso il criterio del *consolidamento*, delimita una zona franca dai condizionamenti ermeneutici europei, all'interno della quale è riconosciuta al giudice una non sindacabile discrezionalità di scelte. A valle, al contrario, la interpretazione conforme alla C.E.D.U. obbliga il giudice nazionale senza distinzioni di valore giuridico tra sentenze⁹. Nel mezzo, v'è la Cassazione cristallizzata¹⁰ sul principio stabilito dalle Sezioni Unite con la sentenza Ercolano¹¹, secondo cui «le decisioni della Corte EDU che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato - della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale»¹².

Lo ricorda CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giust.*, 4, 2018, 104, richiamando SICILIANOS, *Le Protocole 14 bis à la Convention européenne des droits de l'homme: un instrument (heureusement) éphémère*, in *Annuaire Français de droit international*, LV, 2009, 729 ss, spec 739: «Sapere se esiste una giurisprudenza “consolidata” è questione di interpretazione. Non è tuttavia necessario che si tratti di una giurisprudenza “costante”, termine che allude a una pratica giurisprudenziale più o meno lunga. È possibile infatti che una sola sentenza di principio, in specie se emessa dalla Grande Camera, esprima la posizione “consolidata” della Corte. Ne consegue che dal momento in cui la Corte si pronuncia con una sentenza “pilota” sull'esistenza di un problema strutturale nell'ordine giuridico interno di uno Stato membro, tutte le richieste conseguenti che sollevano essenzialmente la stessa questione potranno essere giudicate da un comitato di tre giudici».

⁷ Da ultime, Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, Contrada, in *www.italggiure.giustizia.it*; Id., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, *ivi*.

⁸ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

⁹ Corte EDU, GC, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia.

¹⁰ Da ultima, Cass., Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 7918, *www.italggiure.giustizia.it*

¹¹ Cass., Sez un., 19 aprile 2012, n. 34472, cit.

¹² Cfr., Cass., Sez. I, 23 ottobre 2018, n. 56163, cit.

Ora, se non è in discussione che le censure coinvolgono tutte le fattispecie che presentano caratteri di medesimezza con il caso indagato a Strasburgo; altrettanto è indiscutibile che la sentenza *Brazzi c. Italia* non comporti l'obbligo dell'interpretazione adeguatrice, che, viceversa, incombe sul giudice solo in presenza di un'interpretazione consolidata o di una sentenza pilota, ovvero nel solo caso di un «diritto consolidato»¹³, avendo deciso il ricorso con un nuovo ragionamento¹⁴ che non trova addentellati in precedenti pronunce. Infatti, il principio consolidatosi sulla necessità del controllo giurisdizionale effettivo si è affermato rispetto alle intercettazioni di comunicazioni, dunque, ad un mezzo di ricerca della prova formalmente (ontologicamente?) diverso dalle perquisizioni ed ha individuato il rimedio alle relative situazioni di difetto, nella sanzione processuale dell'inutilizzabilità del risultato probatorio¹⁵, che nel caso di specie, tra l'altro, sarebbe pure impraticabile, non essendo stata acquisita la prova. Mentre, quando i giudici europei hanno fatto espressamente riferimento alla perquisizione¹⁶, la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. è stata riscontrata rispetto alle perquisizioni compiute dalla polizia giudiziaria fuori dei casi previsti dalla legge o comunque non convalidati dall'autorità giudiziaria ed il vizio strutturale denunciato si rimediava attraverso la inutilizzabilità degli esiti probatori. Dunque, situazioni *altre* da quelle considerate nella sentenza *Brazzi contro Italia*.

Perciò, la peculiarità del caso di specie (: perquisizione disposta durante le indagini preliminari non seguita da sequestro), rendendo impraticabile la omologazione dei riferiti arresti giurisprudenziali, apre ad un diritto *isolato*, senza precedente, che spoglia l'analisi del giudice nazionale del sostegno - o, se si preferisce, dell'obbligo - del diritto consolidato.

Detto altrimenti, nel sistema penale integrato, il giudice nazionale concorre nella costruzione della regola del caso concreto, sperimentando il vincolo della interpretazione conforme al diritto eurounitario ed a quello convenzionale¹⁷. Dell'ultimo, tuttavia, che partecipa al circuito ermeneutico della disposi-

¹³ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

¹⁴ L'unico precedente, peraltro limitativamente al profilo attinente al difetto di impugnabilità *ex post* della perquisizione domiciliare dinanzi ad «ad un'istanza nazionale», si rinviene in Corte EDU, 16 dicembre 1997, Camenzind c. Svizzera.

¹⁵ Corte EDU, 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia.

¹⁶ Corte EDU, 16 marzo 2017, Modestou contro Grecia.

¹⁷ In premessa - anche se per sintesi - va precisato che l'*acquis* comunitario e il sistema CEDU sono incentrati sul dialogo, in via principale, tra il giudice ordinario e la Corte di giustizia e tra il primo e la Corte europea. Dialogo che, nel primo caso, attraverso gli obblighi di applicazione diretta della normativa dell'Unione e la disapplicazione delle previsioni legislative nazionali in contrasto con essa, interpola per via giudiziaria gli ordinamenti statuali, comportandone una progressiva assimilazione.

Nel caso della C.E.D.U. (si approfondirà nel testo), così come in quello della Costituzione, il discorso è

zione interna in forza del primo comma dell'art. 117 Cost, egli deve prendere contezza soltanto quando si manifesta in termini di diritto vivente, cioè di diritto consolidato.

Di conseguenza, se il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori peculiari del caso concreto, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della norma interposta ulteriore, nel caso che ci occupa, i giudici nazionali non dovrebbero interpretare il combinato disposto degli artt. 247, co. 1 e 1 *bis*; 247, co. 2 e 3; 352, co. 4; 250; 251; 257, c.p.p. secondo il parametro convenzionale dell'art. 8 C.E.D.U.¹⁸ come interpretato dalla Corte europea nella sentenza *de qua*; anche qualora fosse possibile (lo sarebbe?) in base alle ordinarie regole ermeneutiche (art. 12 prel).

L'uso del condizionale è imposto dal dubbio sulla attuale validità del principio del *non consolidamento* del diritto, alla luce del recente arresto della Grande Camera¹⁹, in cui la Corte sottolinea che «le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico (...) il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa e non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate». Si dirà.

3. Il divenire del diritto interno nei dialoghi giudiziari. Il pluralismo giuridico.

La intricata questione impone di definire gli esatti confini dell'obbligo giudiziale di conformazione alla giurisprudenza convenzionale e della estensibilità ai casi analoghi, sebbene non sottoposti alla Corte di Strasburgo e rivela la necessità di innovati ragionamenti sulle relazioni tra valore giuridico, carattere vincolante, autorità interpretativa delle sentenze della Corte europea e «prevalenza assiologica della Costituzione sulla CEDU», la cui stabilità, raggiunta

diverso: lì, l'interpretazione conforme è l'unico mezzo di cui dispone il giudice per far valere il parametro convenzionale nell'ordinamento interno, sempre che il tenore letterale della disposizione legislativa lo consenta e non imponga, diversamente, il sindacato accentrato della Corte costituzionale.

In dottrina, da ultimo, KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, 163 ss.

¹⁸ Sulla tutela del domicilio in ambito europeo, tra gli altri, BONETTI, GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis e Viganò, Bologna, 2016, 262 ss.; MURGO, *Il diritto al rispetto della vita privata*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di Gianniti, Bologna, 2015, 1187 ss.

Specificamente sulla collocazione della riservatezza tra i diritti inviolabili dell'uomo, ad opera dell'art. 8 C.E.D.U., GAITO, FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie dell'accertamento*, in *Principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 363 ss.

Sulla tutela dei diritti fondamentali, in generale, da ultima, Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Bologna, 2018, 99 ss.

¹⁹ Corte EDU, GC, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, cit.

nel 2015, è stata di recente messa in crisi.

Quello dei rapporti tra ordinamenti e sistema²⁰, nonché tra Carte e Corti (che qui vede escluso l'ordinamento dell'Unione europea) è dibattito dell'epoca moderna²¹, tornato in auge in tempi recenti quando i dialoghi sul pluralismo giuridico hanno condotto ad analizzarlo non soltanto come un fenomeno strutturale del diritto nazionale, piuttosto come fatto identificativo di una estesa normatività, prodotta tanto dagli Stati, quanto da nuovi ordini giuridici e giudiziari («policentricità dei luoghi di produzione normativa»²²), collegato agli sviluppi delle relazioni internazionali degli ultimi decenni. Bisogna conoscere entrambi (rapporto e dialogo) per cogliere, se vi è, la continuità delle legislazioni e delle relative giurisprudenze; per stabilire la *identità* del diritto nell'epoca post-moderna. Ma, soprattutto, necessita rivoluzionare il tradizionale modo di impostare le questioni sulle interazioni tra fonti, riconoscendo la differenza qualitativa tra l'assetto politico-costituzionale precedente al 2001 e quello attuale, abbandonando l'antico retaggio che intendeva lo Stato soltanto come sistema giuridico nazionale.

Per due secoli i giuristi hanno concentrato la loro attenzione sulle fonti nazionali e sulla giustificazione delle strutture giuridiche meramente statuali, generando una sorta di ipertrofia della normatività nazionale in danno del diritto sovranazionale, oggi superata da un diffuso fenomeno di ricorso ad ordinamenti ed a sistemi normativi *altri*, che ha inevitabilmente innovato i positivi a fondamento, incidendo profondamente sull'intero sistema giuridico, sulle sue categorie, anche quelle più tecniche e, quindi, (solo) apparentemente neutrali rispetto alle ideologie della storia²³.

Ebbene, prima delle sentenze gemelle del 2007²⁴, il sistema nazionale attribuiva alla Convenzione la medesima natura della legge ordinaria di ratifica²⁵, del-

²⁰ «Gli ordinamenti entrano tra loro in concorrenza, che può voler dire compresenza, e integrazione, ma anche sovrapposizione e conflitto, convergenza e competizione. Così il reperimento delle regole giuridiche richiede sempre più prestazioni interpretative e richiama la razionalità profonda del diritto stesso e il suo valore ordinativo, secondo cui l'ordinamento fa riferimento alla pluralità, a una realtà complessa che si tratta, appunto, di ordinare, conservandone la ricchezza»: SENESE, *La risposta dei giudici italiani al conflitto tra ordinamenti*, Napoli, 2008, 2.

²¹ In generale, per tutti, RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra Costituzione e CEDU*, Milano, 2018.

²² PETEV, *Per un'ontologia post-metafisica del diritto* (trad. a cura di A. Scerbo), Napoli, 2016, 31.

²³ Per una visione generale del fenomeno, GLENN, *Ripensando il pensiero giuridico* (trad. a cura di Ferlito, Guzzo, Stamile), Napoli, 2015; SANCHIS, *Neocostituzionalismi. Un catalogo di problemi e di argomenti*, (trad. a cura di Guzzo), Napoli, 2017.

²⁴ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

²⁵ Legge 4 agosto 1955, n. 488 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), in GU, Serie Generale n. 221 del 24 set-

la quale si riteneva ripettesse lo *status*²⁶; e considerava rilevanti, ai fini della interpretazione conforme a Costituzione, sia le «significative indicazioni normative (...) di natura sovranazionale»²⁷ che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁸.

Nonostante il dichiarato intento della Corte costituzionale di conferire agli arresti europei la mera funzione di *esercizio di persuasione* per i giudici comuni, privi, dunque, di qualsiasi effetto vincolante, in alcune pronunce, la cassazione applicò il diritto convenzionale, disattendendo la disposizione di diritto interno concorrente²⁹.

La risposta della Corte costituzionale non si fece attendere³⁰: con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, sulla scorta dell'obbligo imposto al legislatore di uniformarsi agli obblighi internazionali stabilito dal rinnovato primo comma dell'art. 117 Cost.³¹, i giudici riconobbero alla Convenzione la natura di norma di rango sub-costituzionale, intermedia tra legge ordinaria e Costituzione,

tembre 1955.

²⁶ Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188; Id., 13 maggio 1987, n. 153; Id., 6 giugno 1989, n. 323; Id., 5 luglio 1990, n. 315 e Id., 22 ottobre 1999, n. 388.

Cfr., Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, nella quale la Corte, ponendosi in una prospettiva opposta a quella precedente, dichiarò che «la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848, stabilisce all'art. 6, terzo comma, lettera a), che "ogni accusato ha diritto (...) a essere informato, nel più breve spazio di tempo, nella lingua che egli comprende e in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta" (...) Una disposizione del tutto identica è, altresì, contenuta nell'art. 14, terzo comma, lettera a), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, patto che è stato firmato il 19 dicembre 1966 a New York ed è stato reso esecutivo in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881. Le norme internazionali appena ricordate sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987, n.81 ("il codice di procedura penale deve [...] adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale"), quanto, piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria».

L'*obiter dictum* della Corte rimase, tuttavia, isolato.

²⁷ Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 413.

²⁸ Corte cost., 4 giugno 2014, n. 154.

²⁹ Ci si riferisce, in particolare, a Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 1993, n. 2194, in *Mass. Uff.*, n. 195661; Id., Sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, *ivi*, n. 541321. Cfr., Cass. civ., Sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Mass. Uff.*, n. 586701.

³⁰ «Alla Corte costituzionale interessava, esclusivamente parlare in termini di responsabilità (...) mettere fine ai casi di applicazione/disapplicazione operati in solitaria dai giudici comuni, riaffermando invece l'importanza - *in primis* nei confronti dei cittadini - di pronunciare una dichiarazione di illegittimità costituzionale efficace nei confronti della generalità dei consociati»: SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, 6.

³¹ Come emendato dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

rivendicando il monopolio sulla regolamentazione dei conflitti tra la norma europea e la disposizione interna. Di conseguenza, il giudice comune non poteva risolvere i contrasti tra fonti, disapplicando la seconda a favore della prima, ma, diversamente, qualora non fosse stato possibile «interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme (...) ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma»³².

La Corte individua nella giurisprudenza della Corte europea una nuova fonte della legittimazione del giudice nazionale, che affianca all'ordinamento dell'Unione europea, riservandosene il controllo.

Le ragioni della decisione furono, innanzitutto, di natura politico-istituzionale. Tutte contribuirono alla evoluzione della cultura giuridica del nostro Paese, consentendo la radicale «sostituzione del fondamento di autorità col fondamento di valore che fosse in grado di dare un seguito a quella giurisprudenza»³³.

Infatti, partendo dal presupposto che la Convenzione non rappresentasse un ordinamento giuridico internazionale, né che sussistesse l'obbligo degli Stati parte di inserirla nell'ordinamento interno, la Consulta esclude l'esistenza di un assetto giuridico esterno il quale, tramite i propri organi decisionali, potesse adottare, *omisso medio*, norme aventi forza vincolante per tutte le autorità interne, limitando, in tal modo, la sovranità nazionale, come, al contrario, accadeva per le disposizioni dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, per il tramite dell'art. 11 Cost.³⁴ Tanto, pur ammettendone la peculiarità rispetto agli altri trattati internazionali, poiché affidava la interpretazione delle proprie disposizioni ad una Corte autonoma, non anche alle Parti contraenti. Sul fronte ontologico, nella logica delle sentenze gemelle, la C.E.D.U. non

³² Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

³³ G. Silvestri, *Considerazioni conclusive*, op. cit., 2.

³⁴ L'art. 11 Cost., «nato per consentire quelle limitazioni di sovranità che nel tempo si fossero rilevate necessarie per il perseguimento delle finalità classicamente internazionalistiche della pace e della giustizia tra le nazioni, è stato progressivamente interpretato con crescente larghezza, al fine di dare copertura costituzionale alla sempre più evidente rilevanza del diritto comunitario sul piano interno. Così, facendo perno proprio sull'art. 11, si è prima ritenuta legittima l'efficacia diretta delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento, si è poi ammesso che tali fonti dovessero prevalere su quelle interne, ed infine che ogni giudice potesse disapplicare, o non applicare, queste seconde, quando fossero contrastanti con le fonti comunitarie»: FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, 399.

Sul tema, in generale, BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della storia repubblicana*, Bologna 2004 e, di recente, ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018.

offriva un grado di tutela superiore a quello garantito dalla Costituzione, ma soltanto una «una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana»³⁵. Il trattato, invero, rimaneva una fonte esterna di diritto, che non doveva compromettere l'unità della Costituzione; le disposizioni della Convenzione e le sentenze della Corte che le interpretavano furono percepite come «*fatti esterni*» all'ordinamento giuridico italiano. A sua volta, l'equilibrio ragionevole tra gli obblighi imposti dal diritto internazionale e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti, qualora comportasse la prevalenza del diritto convenzionale sulla legge ordinaria, era assicurato soltanto dal primo comma dell'art. 117 Cost., ovvero, dall'incidente di costituzionalità, non anche dalla disapplicazione della norma interna, così come accadeva, al contrario, per le disposizioni comunitarie³⁶. La Convenzione, dunque, come ogni altra legge, anche sotto questo profilo, era chiaramente posta sotto il controllo della Corte costituzionale³⁷.

Gli arresti testimoniano il cambiamento dei modi (le fonti) con cui si generano gli strumenti per la giustizia e la radicale trasformazione della situazione giudice/legge: ciò che comincia a prevalere è un rinnovato concetto di *legalità*, che si avvale di un processo diffuso di natura *integrato* (poiché coinvolge gli ordinamenti/sistemi sovranazionale ed internazionale), di continua rilettura della legge alla luce dei principi non solo costituzionali³⁸, ma anche internazionale (e sovranazionali), per opera dello stesso giudice ordinario. Comincia a delinearsi, cioè, un concetto di *validità* della legge dipendente dalla idoneità ad essere applicata con significati conformi, senz'altro e con primazia alla Costituzione, ma pure alla C.E.D.U., così come interpretata dalla sua Corte.

In questa filosofia si ammette il carattere creativo del diritto costituzionale vivente, pur nella consapevolezza dei limiti di ordine strutturale che distinguono

³⁵ Cfr., paragrafo 6.1 del *Considerando* in diritto di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

³⁶ Sugli orientamenti dottrinali in ordine alla valutazione delle sentenze gemelle, si rinvia alla sintesi di FIERRO, *L'efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo nei confronti dei Paesi contraenti che non parte nel giudizio*, in www.cortecostituzionale.it

³⁷ Così, paragrafo 4.6 del *Considerando* in diritto di Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

³⁸ Ci si riferisce alla sentenza n. 1 del 14 giugno 1956, con la quale la Corte costituzionale riconosce alla Costituzione la natura di norma giuridica: «questa è la prima grande trasformazione che abbiamo individuato, che prende le mosse dalla prima sentenza della Corte costituzionale del 1956 e che giunge fino a noi. La sintetizzerei così: dalla Costituzione *loi politique* alla Costituzione come norma giuridica (...) il controllo di costituzionalità operava non sui legislatori, ma sulle norme, rispetto alle quali la norma costituzionale rivendicava finalmente la sua supremazia, indipendentemente dalla loro data di emanazione, perché contava ormai, in questa logica, solo il fatto che essere fossero vigenti, e che pretendessero di esserlo nonostante la loro contrarietà a Costituzione»: FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, op. cit., 391-392.

no un giudice da un legislatore³⁹.

La Corte costituzionale del 2007 apre esplicitamente alla sovranazionalità, segnando il passaggio definitivo da una Costituzione democratica statal-democratica ad una Costituzione democratica, aperta, appunta, al *diverso*⁴⁰, affidando ai giudici comuni il compito di recepire l'interpretazione indicata dalla Corte europea, che finisce così per ricadere nella loro sfera ermeneutica.

Gli effetti sono di facile intelligibilità: la giurisdizione non fonda più esclusivamente sulle fonti di diritto nazionale; ed il parametro di costituzionalità, rispetto a cui misura la legittimazione delle leggi diviene complesso: è nazionale, internazionale e sovranazionale e si muove nell'ottica di un sistema ordinamentale unitario, seppure a composizione policroma, risultante dalla lettura combinata degli artt. 101, 2° co., 11 e 117, 1° co. Cost.

Due anni più tardi (nel 2009), pur seguendo la logica giurisprudenziale precedente, la Corte costituzionale⁴¹ limita esplicitamente l'autorità interpretativa europea alla «sostanza» della giurisprudenza «consolidatasi» della Corte europea⁴²; sottolineando l'influenza dell'«ambiente costituzionale» sull'armonizzazione della Convenzione nell'ordinamento nazionale e rafforzando il ruolo del giudice costituzionale di arbitro ultimo della forza esecutiva interna delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Specificamente, la Consulta, pur non ritenendosi abilitata a *sindacare* l'interpretazione resa dalla Corte europea, conferma il proprio potere di verificare l'eventuale conflitto della disposizione convenzionale, nell'interpretazione «eminente» resa dal giudice sovranazionale, con altre norme della Costituzione; che, sussistendo, renderebbe la prima inidonea ad integrare il parametro costituzionale. Si prefigura così un duplice controllo:

³⁹ «Per aiutare la vita del diritto di un paese, bisogna che il diritto costituzionale sia sufficientemente fermo e sicuro per taluni aspetti, ma anche elastico e a maglie larghe per altri aspetti»; del resto, «è proprio il carattere elusivo» dei contenuti delle costituzioni «che ha reso possibile un continuo dinamico adattamento delle dottrine costituzionali inteso a rispondere ai bisogni di una libera pluralistica società in continua evoluzione (...) La precisione, se ha un posto d'onore nella redazione di ordinanze urbane, sarebbe una condanna a morte per una costituzione vivente»: PINELLI, *Il tempo della costituzione nel pensiero di Leopoldo Elia*, in *Rivista AIC (Web)*, 3, 2018, 488.

⁴⁰ Sulle trasformazioni del modello democratico di Costituzione, FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, op. cit., *passim*.

⁴¹ Ci si riferisce a Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311 ed a Id., 4 dicembre 2009, n. 317.

⁴² Così in paragrafo 6 del considerando in diritto di Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, cit.

Cfr., Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit. nella parte in cui richiama il riferito principio ermeneutico: «Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011)».

quello sulla compatibilità della norma della C.E.D.U. con la Costituzione e quello sulla legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta, le cui relazioni si risolvono in un'attività interpretativa funzionale a creare coerenza sistemica.

Ora, se non v'è dubbio che l'ultima giurisprudenza costituzionale (quella del 2009) abbia contribuito a consolidare il *progresso giurisdizionale* del diritto convenzionale, non più inteso come *corpus* di diritto esterno all'ordinamento giuridico interno, bensì posto su un livello sub-costituzionale; allo stesso tempo, non può negarsi che l'efficacia della C.E.D.U. nel diritto interno dipenda dal controllo sempre più stringente della Corte costituzionale, che utilizza lo strumento del «*margin di apprezzamento*» per bilanciare e per comporre le contrapposte esigenze di uniformità della tutela dei diritti fondamentali condivisi nello spazio europeo e di rispetto delle peculiarità giuridiche, sociali e culturali della sovranità nazionale⁴³.

Su questo terreno maturano anche le diversità offerte dai due orientamenti giurisprudenziali: mentre quelle (le sentenze del 2007) instaurarono un ordine formale, modello kelseniano, della prevalenza della Costituzione sulla Convenzione e della Convenzione sulla legge ordinaria, diretto a delimitare i rispettivi ruoli del giudice comune e di quello costituzionale quando vi fosse da garantire la gerarchia delle fonti del diritto; queste (gli arresti del 2009) pretendono verso un'articolazione sostanziale, ontologica, tra Costituzione e C.E.D.U., basata sul principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali contenuti nei due cataloghi⁴⁴.

Nonostante una giurisprudenza costituzionale consolidata in direzione opposta, la Cassazione ha continuato ad escludere l'applicazione del diritto interno contrastante con il diritto convenzionale⁴⁵. Pratica nuovamente opposta dalla Consulta, la quale, una prima volta, nella sentenza n. 80 del 2011 ed una seconda, nella n. 210 del 2013 chiarisce che la nuova versione dell'art. 6, § 3, T.U.E. non ha trasformato la Convenzione in una parte del diritto

⁴³ Cfr., paragrafo 7 del *Considerando* in diritto di Corte cost., 23 novembre 2011, n. 311, cit. Conformi, oltre a Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Id., 26 gennaio 2012, n. 15; Id., 28 novembre 2012, n. 264; Id., 20 luglio 2016, n. 193.

Sul margine di apprezzamento, a partire da Corte EDU, 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno Unito.

⁴⁴ CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 78 ss. e 213 ss.

⁴⁵ Tra le altre, Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918, in *Mass. Uff.*, n. 250198; Id., Sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 44, 42 (che fa espresso riferimento alla precettività delle norme convenzionali).

Cfr., Consiglio St., 2 marzo 2010, n. 1220, in *www.giustanm.it*, che afferma che la Convenzione è divenuta parte integrante del diritto dell'U.E. *ipso jure*, dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona e che beneficia ormai dell'effetto diretto e del primato.

dell'Unione europea⁴⁶, tanto da autorizzarne un'applicazione prioritaria. Sempre la Consulta, inoltre, pur mostrandosi aperta a consentire sempre più ampia integrazione al diritto convenzionale, non smette di manifestare l'intenzione di conservare ampio potere discrezionale nell'esecuzione interna delle sentenze della Corte europea, incurante del rischio di generare conflitti con Strasburgo che, come era prevedibile, scoppiano tre anni dopo, con il caso delle pensioni di anzianità svizzere.

Nella sentenza *Maggio e altri c. Italia*⁴⁷, la Corte di Strasburgo, confutando la sentenza n. 172 del 2008 della Corte costituzionale e ritenendo che nella legge n. 296 del 2006 non siano riconosciuti i diritti dei ricorrenti garantiti dall'articolo 6, § 1, C.E.D.U., respinge le argomentazioni avanzate dal Governo⁴⁸, ritenute non sufficientemente convincenti a superare i pericoli insiti nell'adozione di una legislazione retroattiva, idonea, invece, ad influire in modo decisivo sull'esito della controversia pendente in cui lo Stato era parte.

Il contrasto con Strasburgo porta la Corte costituzionale a rivedere, con la sentenza n. 264 del 2012⁴⁹, l'esercizio del bilanciamento, concludendo per l'applicazione retroattiva della legge.

Ora, a prescindere dal merito - che non occupa questo lavoro - ciò che va rilevato è la circostanza che il conflitto sia stato risolto restringendo le maglie della integrazione programmata nel 2007 e ribadita nel 2009. Invero, qui la Corte, pur non rinnegando la propria incompetenza a sostituire «la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo», dato il preciso ed incondizionato impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU, tuttavia, afferma a gran voce la propria autorità «a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», poiché «la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (...) volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele».

⁴⁶ La Corte di giustizia di Lussemburgo ha confermato l'opinione della Corte costituzionale nella sentenza del 24 aprile 2012, pronunciata nella causa C-571/10, *Kambejaj*.

⁴⁷ Corte EDU, 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*.

⁴⁸ secondo le quali la legge era necessaria per ristabilire l'equilibrio nel sistema pensionistico eliminando tutti i vantaggi di cui beneficiavano le persone che avevano lavorato in Svizzera e che avevano versato contributi più bassi

⁴⁹ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264.

Come dire che la Corte europea opera bilanciamenti tra i principi della Convenzione, ma che in essi non possano entrare quelli contenuti nella Costituzione. Per questi, l'operazione è e deve essere riservata alla Corte costituzionale. Ovviamente, ai giudici di Strasburgo resta sempre la possibilità, se adita, di controllare che la ponderazione operata dalla Corte nazionale non trascenda dai suoi limiti, invocando diritti od interessi non del tutto adeguati, violando il canone della proporzionalità o determinando compressioni di diritti che ne compromettano il contenuto essenziale. Tuttavia, anche questa nuova pronuncia potrebbe essere rovesciata da una successiva della Corte nazionale. Tanto dimostra che la partita tra giurisdizioni si gioca nell'ottica della integrazione, non anche della competizione; e manifesta la possibilità di coesistenza di due sistemi giuridici (nazionale ed internazionale) che, sia pure non sovrapponibili essendo garantiti, tra l'altro, ciascuno da un proprio giudice apicale, sono comunque integrabili⁵⁰ senza condurre al disfacimento della preminente capacità ordinante della Costituzione e della sua Corte; che, anzi, è rafforzata.

I confini della integrazione sono ulteriormente precisati a seguito di un nuovo *dialogo* (conflittuale) tra Corti in occasione della sentenza Varvara⁵¹, che conduce la Corte costituzionale ad individuare le regole della interpretazione conforme a C.E.D.U. e della discrezionalità ermeneutica del giudice nazionale, nel segno - non dichiarato espressamente - di una maggiore rigidità del principio di legalità (art. 101, 2° co., Cost.).

Invero, nella sentenza n. 49 del 2015⁵² - esemplificativa per la costruzione di un *sistema del precedente vincolante convenzionale* ad opera della Corte costituzionale -, la Consulta, tra le altre⁵³, confermato l'obbligo del giudice co-

⁵⁰ È convinto del contrario, BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1, 2015.

Cfr., PADULA, *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *www.federalismi.it*, 23, 10/12/2014.

⁵¹ Corte EDU, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia

⁵² Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

⁵³ La Consulta ha rammentato il carattere amministrativo della misura di confisca enunciata nell'art. 44, co. 2, ma ha ammesso che si trattava di una «pena» ai sensi dell'art. 7 della Convenzione e che era applicabile la presunzione di innocenza garantita dall'articolo 6, § 2, CEDU. Pur confermando gli arresti della causa Sud Fondi (Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia, già richiamata in senso adesivo in Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239), tuttavia, la Corte costituzionale ha affermato che il rigetto della causa per superamento dei termini legali poteva accompagnarsi «alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato». In altri termini, nell'ordinamento giuridico italiano una decisione di prescrizione del reato non è né logicamente né giuridicamente incompatibile con un accertamento pieno e completo della responsabilità che, dopo il recepimento della sentenza Sud Fondi nell'ordinamento giuridico italiano, non costituisce una facoltà del giudice, ma un obbligo dal cui assolvimento dipende la legalità della confisca.

mune di uniformarsi alla giurisprudenza della Corte europea, dopo aver adempiuto «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»⁵⁴, lo limita alla giurisprudenza consolidata ed alle sentenze pilota⁵⁵. Orientamento consolidato e di recente confermato nella

⁵⁴ L'onere della interpretazione costituzionalmente conforme emerge per la prima volta dalla sentenza n. 456 del 27 luglio 1989: «Quando (...) il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice a quo prospetti a questa Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta "norma vivente"). Altrimenti tutto si riduce ad una richiesta di parere alla Corte costituzionale, incompatibile con la funzione istituzionale di questo Collegio (cfr. la sentenza n.123 del 1970)».

⁵⁵ Va rilevato che, seppure mai dichiarato esplicitamente dalla Corte costituzionale, pure nell'ambito sovranazionale (eurounitario), di recente, si assiste ad una espansione della tecnica di risoluzione delle antinomie tra diritti che fa sempre maggiore affidamento sul sindacato accentratore della Corte costituzionale, piuttosto che sul meccanismo dell'applicazione diretta da parte dei giudici comuni: «nel rapporto con l'Unione europea, in particolare, l'attitudine del sindacato accentratore di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce valedoli *erga omnes*, si deve conciliare con il primato del diritto europeo, che reclama l'immediato impiego, da parte del giudice comune, delle disposizioni direttamente applicabili. Ciò tuttavia può implicare che disposizioni di legge non più applicate dai vari giudici nelle loro decisioni rimangano in vita nell'ordinamento nazionale, con pregiudizio della certezza del diritto e dell'effettività dei diritti costituzionali eventualmente coinvolti. Perciò la mancata applicazione della legge nazionale da parte dei giudici comuni, per incompatibilità con il diritto dell'Unione, potrebbe sottrarre alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongono in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo co., anche con altre parti della Costituzione. Un simile effetto, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non appare pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte»: LATTANZI, nella Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, Corte costituzionale, Servizio Studi, www.cortecostituzionale.it.

L'atteggiamento, peraltro, sembrerebbe autorizzato dalla stessa Corte di giustizia (Corte giust. UE, 11 settembre 2014, C-112/13; Id., 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10), la quale ha affermato che il diritto dell'Unione non osta all'uso prioritario della questione di legittimità costituzionale, a condizione che il giudice comune conservi integri i propri poteri di rinvio pregiudiziale, ed eventualmente di non applicazione della legge nazionale che ritenga in contrasto con norme dell'Unione direttamente applicabili.

In questa ottica, non appaiono extravaganti le sentenze della Corte cost., n. 269 del 14 dicembre 2017, n. 20 del 21 febbraio 2019 e n. 63 del 21 marzo 2019 le quali hanno previsto, per i casi, non infrequenti in seguito all'entrata in vigore della carta di Nizza, nei quali esista una coincidenza tendenziale tra parametro costituzionale e parametro europeo, che al giudice comune sia consentito, senza violare il primato del diritto dell'Unione, di esperire in via prioritaria l'incidente di legittimità costituzionale e nel giudizio incidentale di costituzionalità, se necessario, si potrà effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativo alla normativa dell'Unione.

In senso critico, CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2018, 1921, al quale sembra che la Corte cost. voglia «ritornare a rivestire il ruolo di arbitro, ove si tratti di aprire l'ordinamento interno al diritto europeo».

In tema, BRONZINO, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Quest. giust. (Web)*, 4 marzo 2019; POLLICINO, RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*; RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto intero con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consulta*

sentenza n. 25 del 27 febbraio 2019.

Ora, se non è in dubbio l'apertura all'*uso* diretto della Convenzione da parte dei giudici comuni, i quali s'inseriscono nel circuito dell'applicazione del testo convenzionale senza la necessaria intermediazione della Corte costituzionale; allo stesso tempo quella riferita (più volte) *integrazione* soffre il limite del consolidamento, dovendo (?) essere negata a fronte di pronunce che non vi corrispondano.

Si badi bene, la Corte costituzionale non espunge la giurisprudenza sovranazionale dalla tensione della interpretazione giudiziale della legge verso i valori del pluralismo interpretativo e della libertà di convincimento, orientandone le scelte, anche quelle di valore; ne commisura solamente la discrezionalità nella funzione applicativa, contenendone lo spazio entro i binari della giurisprudenza consolidata.

Non meravigli – al di là della giustezza della scelta operata in punto di dosimetria, che ci vede scettici –: la concezione attuale della legalità, che consente il pluralismo giuridico, concepisce la relazione tra diritto nazionale e diritto internazionale alla luce di un insieme comune di principi che assumono un ruolo centrale nel determinare la relativa autorità di ciascuno in caso di conflitto; mentre ne affida il controllo diffuso alla Corte costituzionale che, in questa prospettiva, è chiamata ad essere contemporaneamente custode della Costituzione nazionale e «guardiana del rispetto della Convenzione europea»⁵⁶ (oltre che garante dell'osservanza del diritto dell'Unione).

La soluzione giurisprudenziale è scontata anche sotto un profilo specificamente sistemico – come la Consulta stessa, a partire dalle sentenze del 2007, ha precisato –: «poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale tratta-

online (Web), *Studi*, 1, 2019.

Sul valore della C.D.F.U.E., da ultima la Risoluzione del 12 febbraio 2019 sull'Attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nelle cui conclusioni finali, il Parlamento europeo rileva che proprio le opinioni divergenti tra Stati membri ed organi dell'Unione sull'applicabilità della Carta ne pregiudicano il «valore aggiunto» e li incoraggia consentire un'applicazione più diretta della stessa (punti 41 e 43).

Sugli «*horizontal direct effects of the Charter*», da Corte giust. UE, GC, 15 gennaio 2014, C-176/12, a Id., GC, 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16; Id., GC, 6 novembre 2018, C-684/16.

In dottrina, ROSSI, *Judge of the Court of Justice of the European Union*, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019

⁵⁶ CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

to, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» e a ribadire che «poiché (...) le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata»⁵⁷. Di soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, «alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»⁵⁸ si ragionerà più marcatamente nella giurisprudenza successiva.

In questo modo, se da un lato, si assegna alla Corte europea il monopolio interpretativo della C.E.D.U. e si attribuisce al diritto giurisprudenziale consolidato la qualità di precedente *vincolante*; dall'altro, il controllo giurisdizionale costituzionale diffuso garantiscono dal rischio di una soggezione del giudice comune all'esegesi europea ritenuta incostituzionale, assicurando una lettura delle norme interne innanzitutto conforme ai principi costituzionali, poi coerente con il diritto (dell'Unione europea e con quello) internazionale⁵⁹.

A ben vedere, non si è in presenza di una competenza giurisdizionale internazionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari nazionali – perciò, s'è detto che non v'è competizione tra giurisdizioni –, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti riconoscono alla Corte europea.

La lettura che ne deriva consente di valutare l'operatività della fonte internazionale su quella ordinaria non in una prospettiva di prevalenza, ravvisandosi nella prima un limite alla seconda – come accade, invece, quando si tratti della Costituzione –, ma come espressione di principi generali da far valere in sede di interpretazione di enunciati normativi ordinari; nel senso che, le scelte operate dalla Corte europea si riflettono sull'attività ermeneutica, sui contenuti e sui significati delle leggi ordinarie, rappresentando altrettante *proposte* di interpretazione convenzionalmente orientate della legislazione nazionale, alle quali il giudice non può sottrarsi. Non può farlo, in quanto la norma della

⁵⁷ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

⁵⁸ Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 39.

⁵⁹ In senso ampiamente critico, FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 4, 2011, 120 ss., 122: «riconoscere carattere vincolante alle interpretazioni della Corte di Strasburgo equivale a dire che qualunque contenuto i giudici europei ascrivano alla Convenzione, foss'anche il più eversivo, quel contenuto è legge».

Le osservazioni sono state ribadite in *Etica del diritto e Costituzione, lectio magistralis* dettata il 25 febbraio 2019, Winter School in *Spazio giuridico europeo e tutela dei diritti dell'imputato tra processo e carcere*, Università degli Studi di Napoli "Federico II", 14 gennaio-25 febbraio 2019.

Vi si oppone, UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 372.

Convenzione, in forma del primo comma dell'art. 117 Cost., diventa parte integrante della medesima normativa destinata a regolare, in concreto, la categoria *ivi* prevista.

Su altro fronte, il riconosciuto pluralismo delle fonti, a sua volta, innovando i rapporti tra legislazione e giurisdizione, tra *diritto vigente* e *diritto vivente*, imponendo la discontinuità dimensionale rispetto ai retaggi positivisti, rende *duttile* il principio di legalità (art. 101, 2° co., Cost.), consentendo di interpretare il concetto di *legge* non più soltanto come la disposizione isolata e contingente, ma quale norma nella sua accezione sistematica, inserita nel complessivo contesto dell'ordinamento giuridico integrato; e di rileggere quello di *soggezione*, come di sottomissione del giudice alla legge costituzionalmente valida, dunque, rispettosa degli obblighi assunti ai sensi degli artt. 10, 11 e 117, 1° co., Cost.

Specificamente, la dipendenza giudiziale nasce rispetto alle disposizioni nazionali, comunitarie ed internazionali, ma pure in relazione alle giurisprudenze delle Corti che, con diverso atteggiamento, realizzano quella *legalità*⁶⁰.

Di modo che, l'obbedienza del giudice alla legge, postulata dal principio di separazione dei poteri, non deve essere concepita come un giudizio di carattere meramente cognitivo, volto cioè ad accertare quanto contemplato dalla legislazione secondo norme da essa stessa fissate, «ma nel senso di una “obbedienza pensante” (*denkender Gehorsam*), che postula uno “sviluppo assiologico del comando” (*wertende Gebotsbildung*), come fu sottolineato da uno dei più importanti esponenti della “giurisprudenza degli interessi”, Philipp Heck»⁶¹.

⁶⁰ «(...) sul piano interno, occorre accettare il fatto che il diritto europeo, con ciò includendosi anche quello di derivazione CEDU, ha tra le matrici originarie la fonte giurisprudenziale, e che non si può pensare, da parte di un ordinamento statale, di farne parte senza affrontare le riforme che ciò finisce per implicare»: CALANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, op. cit., 1923. In tema, volendo, il nostro *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di Caringella e Falato, Roma, 2018, 15 ss.

⁶¹ Letteralmente, ZACCARIA, *Il giudice e l'interprete*, in *Pol. dir.*, 3, 2006, 469.

Tale consapevolezza appartiene anche a Rosenfeld, secondo cui «ogni attribuzione di significato per via interpretativa nel contesto della sfera sociale e politica richiede una riscrittura collettiva e collaborativa, da parte dei membri della comunità, di testi radicati in una certa dimensione storica»: ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica* (trad. it. a cura di Pino), Bologna, 2000, 52.

Del resto, l'idea che ogni organo dello Stato debba esercitare in via esclusiva la funzione ad esso attribuita è da tempo nei fatti abbandonata. Così, VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, spec. 126-173 e 409-435.

In tema, KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, cit., 185: «il diritto europeo porta a una profonda erosione di quel modello, sia perché le “leggi” che vengono in gioco, anche in materia di giustizia penale, sono, come si diceva, molteplici e di varia provenienza, e il codice è solo una di queste, sia perché i nuovi assetti segnano una transizione sempre più marcata da una legalità di tipo

L'approdo non vuole essere una apologia della giurisprudenza, né attraverso esso si vogliono sminuire la distinzione funzionale tra legislazione e giurisdizione ed i limiti a cui l'attività ermeneutica del giudice è necessariamente sottoposta; quello rappresenta semplicemente la constatazione di ciò che accade in concreto nella fisiologia delle democrazie contemporanee, la cui peculiarità - nel punto che qui ci interessa - non sta nell'aver riconosciuto che da un medesimo testo normativo possano trarsi interpretazioni diverse (lo avevano già affermato Emilio Betti⁶² ed Hans Kelsen⁶³), quanto di aver ammesso che le stesse siano altrettante *norme*; vale a dire, parti di diritto oggettivo, ovvero, entità che partecipano dell'ordinamento, tanto da poter essere *cancellate* dalla Corte costituzionale quando vi si contrappongano.

In altri termini, l'ordine politico e giuridico contemporaneo, pur partendo dalla Costituzione, segue piste diverse: quella legislativa, ma pure quelle giurisprudenziale e delle relazioni tra ordinamento nazionale ed ordinamento dell'Unione europea e tra il primo ed il sistema della C.E.D.U.

Insomma, si afferma un livello *integrato* di legalità⁶⁴; che, implicando l'affievolirsi del tradizionale modello legicentrico⁶⁵, pur senza sminuire il ruolo

“statico”, prevalentemente “normativa” a una legalità “europea” di tipo “dinamico”, prevalentemente “giurisprudenziale”».

⁶² BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955.

⁶³ KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (trad. a cura di Treves), Torino, 1952.

⁶⁴ Diversamente, GAITO, LA ROCCA, *Il “controlimita” della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive da Lussemburgo tra legalità e prevedibilità*, in *questa Rivista*, 1, 2019: «L'applicazione esatta della legge, e della legge esatta, 26 concorre a definire, insieme alla qualità delle garanzie liberali, il contributo della giurisdizione penale per la tenuta complessiva della legalità: è questa l'unica proiezione finalistica attribuibile alla giurisdizione. Se è giurisdizione, secondo la Carta costituzionale soltanto quella attuata “mediante il giusto processo regolato dalla legge” (art. 111, co. 1, Cost.) e se è “alla legge” che sono soggetti coloro che la esercitano (art. 101, co. 2, Cost.), le disposizioni processuali costituiscono la linfa e al contempo la demarcazione del potere di amministrare la giustizia nel pieno rispetto dei diritti delle parti, pur in una società complessa nella quale il diritto penale assurge a strumento di controllo sociale e anche di orientamento della condotta dei consociati in prospettiva contraria rispetto alle ragioni strumentali del processo. Lo “slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità”. Il deficit così generato chiama in causa tutti i protagonisti del processo: chi sostiene l'accusa o chi si difende ha il suo momento di forza proprio nella legge, potendo argomentare sulla protezione dei suoi diritti anche innanzi ad indirizzi interpretativi consolidati che, perché tali, rimangono discutibili e ribaltabili. La soggezione del giudice alla legge, costituzionalmente protetta, ed il giudizio come accertamento, forniscono ancora oggi «la prima e principale fonte di legittimazione del potere giudiziario, [...] un modello ideale e regolativo» in grado di assicurare a ciascun protagonista della vicenda penale la previsione delle conseguenze derivanti da ogni singola azione».

⁶⁵ Fondato sulla volontà del legislatore e caratterizzato dalla svalutazione delle altre componenti quali fonti del diritto. In tema, ampiamente, COSTA, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Milano 2011, 5 ss. e GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014.

Cfr. pure VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 373.

del legislatore né il principio democratico, costruisce un ordine che appare in forme plurime e diverse, ora prevalentemente legislative, poi primariamente giurisdizionali, poste sotto il controllo della Costituzione⁶⁶, in cui il diritto giurisprudenziale assolve la funzione di concretizzare i principi costituzionali⁶⁷, nell'ottica della integrazione tra Carte⁶⁸.

Insomma, alla *legalità normativa* si aggiunge (non vi si sostituisce) la *legalità giudiziale*: pur lasciando inalterata la primazia delle regole, della legge, si riconosce maggiore spazio all'interprete, al giudice e, dunque, ad un diritto attento alla concretezza dei fatti. A sua volta, il collegamento necessario tra normazione e giurisdizione imposto dall'art. 101, 2° co., Cost., ovvero da un sistema ordinamentale informato al diritto di fonte legislativa, relativizza la vincolatività del precedente facendone stabilire la misura dal diritto positivo: specificamente, dagli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. rispetto alle giurisprudenze sovranazionali; dagli artt. 618, co. 1-*bis*, c.p.p. e 374, co. 3, c.p.c. rispetto a quella della nomofilachia. Ne deriva, che il precedente giudiziale al quale è soggetto il giudice non è dotato di una vincolatività propria, ontologica – come accade nei sistemi di *common law*, in cui il formante dell'arresto giurisprudenziale non origina dalla legge⁶⁹ – ma è pur sempre, sia pure indirettamente, di fonte legislativa⁷⁰.

Sulla distribuzione dei tradizionali compiti di produzione giuridica negli ordinamenti contemporanei, DE SANCTIS, *L'invenzione della giustizia tra ius e lex: Hobbes, Montesquieu e Tocqueville*, Napoli, 2013.

⁶⁶ «Insomma, in una parola, un altro ordine, collocato al di là della esperienza storica, oramai conclusa, del modello monistico»: FIORAVANTI, *La Costituzione democratica*, cit., 399.

⁶⁷ ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 16, Seminario 2005, Torino, 2006, 63 e ss.

⁶⁸ Esemplicativa in tal senso è Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194; che, ricollegandosi a Corte cost., 7 giugno 2018, n. 120, ha riconosciuto alla Carta sociale europea la capacità di integrare il parametro dell'art. 117, 1° co., Cost.

⁶⁹ EISENBERG, *La natura del common law*, Milano, 2010.

⁷⁰ BERBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLIV, 1, 2015, 67 ss.

Cfr. pure DE SANCTIS, *L'"invenzione" della giustizia tra ius e lex. Legislatori, giudici e giuristi. Hobbes, Montesquieu e Tocqueville*, Napoli, 2013.

Sono di diverso avviso GAITO, LA ROCCA, *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato*, cit.: «Legalità vuol dire anche conformità delle decisioni alle regole imposte dal legislatore e significa, conseguentemente, prevedibilità – date certe condizioni – della pronuncia dell'organo giurisdizionale proprio alla luce della considerazione dell'esistenza di determinate regole. Il principio della prevedibilità delle decisioni è immediatamente associato al concetto di certezza della legge e del diritto, valore particolarmente prezioso nelle materie criminali (...) Prevedibilità ed affidamento legittimo sono concetti, che dischiudono principi, che già il Giudice delle leggi, in tempi non sospetti, utilizzò per sottolineare come quello della sicurezza giuridica dell'individuo sia un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» e che, seppure possano essere apprezzati separatamente, rappre-

In questi termini va pure letto il riferimento alla legalità processuale contenuto nel primo comma dell'art. 111 Cost. che, nel campo specifico della giustizia penale, richiama il parametro europeo della *equità processuale*, fondato sulla logica della stretta interrelazione tra fatto e diritto, basato su bilanciamenti, nella prospettiva di giungere ad un esito di ragionevolezza nell'applicazione delle norme processuali⁷¹.

È questo il senso dell'ordinamento policentrico, in cui la legge conserva un ruolo essenziale, ma non ha più il monopolio nella rappresentazione e nella costruzione dell'ordine giuridico e politico. Il confronto con le giurisprudenze della Corte di giustizia e della Corte europea, con diversa inflessione, hanno aperto l'ordinamento nazionale al rilievo del precedente: anche quando le decisioni dei giudici sono sprovviste di efficacia *erga omnes*⁷², dunque, non operano in funzione di *stare decisis*, ma di *precedenti persuasivi*, non si può negare la prassi che vede gli organi giurisdizionali impegnati a decidere tenendone conto, stante la forza di convincimento, di razionalità e di autorevolezza che manifestano⁷³.

sentano una ripercussione immediata del principio di legalità e dei suoi noti corollari fondamentali. A voler considerare un simile complesso di valori come costante bussola nella creazione e nell'utilizzo delle categorie penalistiche, sostanziali e processuali, se ne avverte il deficit nel confronto con il diritto penale che si affaccia negli itinerari legislativi più recenti e, per conseguenza, nelle elaborazioni ermeneutiche della giurisdizione all'atto della sua applicazione concreta nel processo. Si avverte la lontananza dal modello processuale come meccanismo in cui il metodo vale più del risultato, come strumento di accertamento di responsabilità individuali secondo un rigoroso itinerario di razionalità costruito, soprattutto, su regole di esclusione, e dominato dal principio *in dubio pro libertate*.

⁷¹ «Anche un sistema che si apre al canone dell'equità processuale non può non presupporre che il giudice debba sottostare comunque a un limite, sia pure di natura diversa. La sua individuazione implica però di operare un cambio di paradigma, che può apparire quasi antropologico. Si deve immaginare cioè che quel limite sia costituito non più dall'esclusiva osservanza della regola normativa, ma da un risultato di condivisibile ragionevolezza, rappresentato da una riconduzione di quella regola alla concretezza dei fatti che caratterizzano una specifica vicenda giudiziaria, attraverso un'opera di bilanciamento condotta alla luce del principio di proporzionalità. Si potrebbe dire che è il passaggio ad un paradigma fondato su un'etica della responsabilità, perché il giudice non si deve limitare a decisioni dotate di "autorità", come potevano considerarsi quelle caratterizzate da un astratto rispetto delle forme, ma deve pervenire a decisioni "giuste", in quanto "condivisibili", "convincenti", "persuasive", e, dunque, "autorevoli": KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, cit., 220.

⁷² È quanto accade con gli artt. 618, co. 1 *bis*, c.p.p. e 374, co. 3, c.p.p., i quali prevedono che se la sezione semplice della Corte di cassazione ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite della medesima Corte, rimetterà a quest'ultima la decisione del ricorso. Al precedente enunciato dalle Sezioni Unite, invece, non è vincolato il giudice di primo o di secondo grado, il quale, motivando sul punto, può non riconoscerlo e riaprire il circuito della nomofilachia. Sarà la Corte suprema, in questo caso, ad assicurare l'esatta osservanza della legge.

Ancora. Rappresentano altrettanti precedenti vincolanti le sentenze della Corte costituzionale dichiarative della illegittimità costituzionale di una disposizione ordinaria e le sentenze additive.

⁷³ Del resto, l'efficacia della giurisprudenza consolidata al di là del caso concreto, era già stata riconosciuta.

I modelli di sicurezza, di certezza, di prevedibilità tipici di società stabili fondate esclusivamente sul diritto positivo sono oramai compromessi. Bisogna prendere atto «di un itinerario che si sta distanziando dalle certezze moderne, ordinando la società e i suoi bisogni con approcci e soluzioni profondamente nuovi», il cui costo da pagare «sono la diffusa incertezza e scarsa difficile prevedibilità», però «è anche la strada che permette al diritto di avvicinarsi alla giustizia»⁷⁴.

In questa ottica si spiegano i rapporti tra fonti nazionali e C.E.D.U. ed i fisiologici condizionamenti della giurisdizione domestica ad opera di quella europea consolidata; e si realizza quel punto di sintesi, espresso dal combinato disposto degli artt. 117, 1° co., Cost. e 101, 2° co., Cost., tra autonomia interpretativa e dovere del giudice nazionale di prestare collaborazione, affinché il significato del diritto fondamentale cessi di essere controverso, anche ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale, utilizzando, quale parametro interposto, il risultato stabilizzatosi della giurisprudenza europea, salva l'eventualità, eccezionale, di una verifica negativa circa la conformità di essa (dunque, della legge di adattamento) alla Costituzione, di stretta competenza della Consulta.

La Corte costituzionale chiarisce il significato di *giurisprudenza consolidata*;

ta dalla Corte costituzionale, quando nella sentenza n. 350 del 1997 aveva evidenziato che nelle ipotesi di «orientamento stabilmente consolidato dalla giurisprudenza», la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, «vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che difficilmente è ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o del giudice delle Leggi».

Ma la Corte costituzionale non è estranea al concetto di diritto vivente. Invero, nella sentenza 11 dicembre 1974, n. 276, per la prima volta, la Corte utilizza il sintagma «*diritto vivente*», definito, mutuando la formulazione delle ordinanze di rimessione, come «*il "sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di espresse disposizioni*», che successivamente sempre più spesso sarà utilizzato sino ad imporsi nel linguaggio del giudice delle leggi. Nella sentenza 30 aprile 1984, n. 120, invece, sempre la Corte specifica di diritto vivente può argomentarsi solo in presenza di un orientamento espresso dalla Corte di cassazione.

In tema, ampiamente, SALVATO, *Profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁴ Il virgolettato è di GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione giust.*, 4, 2018, 23.

Fa notare DELLAVALLE, *Il costituzionalismo postnazionale. Varianti di un progetto per il futuro*, in *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, a cura di Dellavalle, Azzariti, Napoli, 2014, 83 che «la questione centrale dei discorsi giuridici è focalizzata più sulla definizione dell'autorità preminente, che sulla definizione delle forme del dialogo tra legislatori e Corti, nonostante sia innegabile che in un contesto poliarchico, qual è quello attuale, le giurisdizioni dovrebbero comunicare non chiedendosi più chi sia situato sopra e chi sotto, ma interagendo orizzontalmente. Su questa via, per ora, non abbiamo risposte pronte o certe, né per quanto concerne la dimensione epistemologica, né sul versante più propriamente giuridico (...) quello che abbiamo è una freccia che ci indica il percorso - e l'obbligo di procedere».

che ritiene sussistere già nel sistema della C.E.D.U., come si evince dal combinato disposto degli artt. 28 C.E.D.U. e 8 del Rapporto esplicativo del Protocollo n. 14, a dimostrazione che, pure alla luce della Convenzione, si ammette la variabilità del potere di persuasione delle decisioni, fino a quando non si manifesti una giurisprudenza consolidata, ovvero una «giurisprudenza costante di una camera» oppure «in via eccezionale», una sola sentenza di principio della Corte «se si tratta di una sentenza della Grande Camera»⁷⁵.

Ancora. Con ragionamento *a contrario*, la Consulta indica i criteri per individuare il diritto non consolidato: «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»⁷⁶. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità del caso concreto, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere il precedente europeo per decidere la controversia, sempre che non si tratti di una sentenza pilota in senso stretto.

Sono opportune alcune precisazioni.

*Interpretazione conforme*⁷⁷ alla CEDU significa onere del giudice comune di attribuire alla disposizione *interpretanda*, significati adeguati, concordanti alle norme-parametro, vale a dire, al *dictum* espresso dalla giurisprudenza europea consolidata o da una sentenza di principio. Ciò comporta che quel giudice possa dare alla norma interna una lettura convenzionalmente adeguata, pur

⁷⁵ Sull'ultimo virgolettato, *Rapporto esplicativo del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, che modifica il sistema di controllo della Convenzione*, § 68.

⁷⁶ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

⁷⁷ «(...) nell'IC il contenuto di una data norma viene illuminato dalla lettura di altre norme (o dell'ordinamento nel suo insieme). Tuttavia, diversamente dalla interpretazione sistematica, in quella conforme queste ultime vantano una posizione di primazia rispetto alla prima: con la conseguenza che la selezione dei possibili significati della norma interpretata avviene non tanto e non solo per ragioni di connessione dialettica tra la norma in questione e le norme con cui essa è chiamata a confrontarsi, ma anche - se non soprattutto - per i rapporti gerarchici/preminenziali esistenti tra l'una e le altre»: BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, in L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, VIII.

seguendo un ragionamento diverso da quello adottato dai giudici di Strasburgo. Insomma, l'onere giudiziale riguarda il principio di diritto internazionale, cioè, il criterio di decisione della fattispecie concreta, non anche la *ratio decidendi*, il percorso logico attraverso cui si delinea il fondamento della decisione stessa.

In tale direzione, la Corte costituzionale risalta la funzione uniformante della Corte europea che – al pari (sul versante funzionale) della Corte di cassazione⁷⁸ – è quella di individuare la portata della norma convenzionale in via generale.

La giustezza dell'assunto si rileva dalla stessa sentenza costituzionale n. 311 del 2009, che facendo riferimento alla «*sostanza*» della giurisprudenza internazionale, rassicura sulla possibilità di trarre da essa un principio, una regola, un indirizzo di giudizio idonei a creare un *vincolo* per la giurisdizione nazionale⁷⁹.

Questa regola di comportamento risolutiva della questione interpretativa non affievolisce le garanzie di legalità e di certezza del diritto. Al contrario, suggerendo un'opera di contestualizzazione delle sentenze di Strasburgo, implica una responsabilità rilevante per l'interprete; il quale deve ricavare da due o più disposizioni una norma, articolando possibilità combinatorie che presuppongono la soluzione delle antinomie⁸⁰.

La giurisprudenza successiva si è conformata al modello ermeneutico della conformità-consolidamento, operato della Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015⁸¹, anche se non è mancato qualche arresto parzialmente dif-

⁷⁸ Sul tema, in generale, tra i molti, DE AMICIS, *La formazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it; ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, 2608 ss.

⁷⁹ SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, cit., 4.

⁸⁰ «(...) se, dunque, nella normalità dei casi le conclusioni del sillogismo giudiziale possono anche apparire scontate nell'*an* e spesso anche abbastanza prevedibili nel *quantum*, nei casi qui in rilievo la decisione diventa strutturalmente diversa, e più articolata, poiché il modello non è quello del "caso ordinario" (*Normalfall*) e nemmeno quello del *casus novus*, ma piuttosto della "legge" in tutto o in parte "nuova", oggetto di *inventio* prima che di "sussunzione"»: MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *questa Rivista*. In tema, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla c.e.d.u.: ovvero, la ricombinazione genetica del processo penale*, *ivi*. Cfr., DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 73; ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1999, 34; TODOROV, *Viaggio nella critica americana. «Lettera»*, IV, 12, 1987.

⁸¹ Tra le altre, Corte cost., 24 gennaio 2018, n. 43; *Id.*, 24 ottobre 2017, n. 263; *Id.*, 19 febbraio 2016, n. 36; *Id.*, 16 dicembre 2016, n. 276; *Id.*, 31 maggio 2016, n. 200; *Id.*, 12 maggio 2016, n. 102; *Id.*, 23 luglio 2015, nn. 184 e 187.

forme, che, respingendo l'idea del consolidamento, ha sostenuto che il dovere dei giudici comuni «di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicare le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie», ma non soltanto, «quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo»⁸².

In tale attività interpretativa - che, dunque, seguendo il ragionamento di questa giurisprudenza, non è condizionata all'esistenza di un diritto vivente europeo -, che gli compete istituzionalmente ai sensi dell'art. 101, 2° co., Cost., il giudice comune incontra il solo limite della presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla C.E.D.U. In tale caso, la disposizione interna va impugnata innanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117, 1° co., Cost., ove non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato. Sul rimedio (l'incidente di costituzionalità), v'è conformità con la giurisprudenza del 2015.

L'ultima giurisprudenza costituzionale⁸³ precisa i termini del rapporto tra legislazione e giurisdizione nazionali ed internazionali, confermando la funzione della questione di costituzionalità come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla C.E.D.U., specificando, allo stesso tempo, che l'interpretazione conforme del giudice comune, le cui prescrizioni e principi appartengono ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali con *vocazione costituzionale*⁸⁴ - non implica necessariamente anche la illegittimità costituzionale della disposizione oggetto dell'interpretazione per violazione di un principio o di una previsione della C.E.D.U., quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, 1° co., Cost., essendo ricorrente che gli stessi principi o analoghe previsioni si rinverano in entrambe le Carte dei diritti, così determinandosi una concorrenza di tutele. Nei casi in cui tali garanzie non siano perfettamente simmetriche e sovrapponibili, potendovi essere uno scarto di tutele, determinato, ad esempio, da una tutela più ampia accordata al diritto fondamentale dalla giurisprudenza della Corte europea, poiché «il rispetto degli obblighi internazionali (...) può e deve (...) costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»⁸⁵, è legittimo accedere all'incidente di costituzionalità. Ciò, tuttavia, non genera automatismi nel progressivo adeguamento interno alla C.E.D.U., posto, nell'ordinamento nazionale, il predominio assiologico della Costituzione sulla

⁸² Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68.

⁸³ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25.

⁸⁴ Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194.

⁸⁵ Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 25, cit.; ma già Id., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.

Convenzione⁸⁶; che diventa motivo predominante anche in queste argomentazioni.

Di conseguenza, da una parte, la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza europea, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna, sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un approdo giurisprudenziale stabile, consolidato; dall'altra, va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale con altri principi presenti nella Costituzione, non conduca ad una valutazione di sistema diversa - o comunque non necessariamente convergente - rispetto a quella sottesa all'accertamento, del caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione⁸⁷.

Si conferma così la natura del principio del consolidamento come connotato del sistema pluralistico delle fonti; avversata dall'ultima Corte europea, la quale ha rimarcato che «le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico» e che «il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate»⁸⁸.

La laconicità del principio affermato è stata rimediata dalla approfondita opinione (in questa parte) concordante del giudice Pinto de Albuquerque, il quale ha chiarito che il concetto di consolidamento «non ha alcun fondamento nella giurisprudenza di Strasburgo» - come, in senso opposto, aveva ritenuto la Corte nazionale -, in quanto «la funzione di una giurisprudenza consolidata non è in alcun modo quella di modulare la forza normativa o la “densità persuasiva” delle sentenze e delle decisioni della Corte in funzione del grado di “consolidamento”», ma quella «di conferire a un comitato la “competenza” di

⁸⁶ C'è conformità a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

⁸⁷ «Non c'è però, nel progressivo adeguamento alla CEDU, alcun automatismo, come risulta già dalla giurisprudenza di questa Corte, stante, nell'ordinamento nazionale, il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (sentenza n. 49 del 26 marzo 2015, cit.). Da una parte, la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un «approdo giurisprudenziale stabile» (Corte cost., 13 giugno 2018, n. 120) o un «diritto consolidato» (Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit. e, nello stesso senso, Id., 11 marzo 2011, n. 80). Inoltre, va verificato che il bilanciamento, in una prospettiva generale, con altri principi presenti nella Costituzione non conduca a una valutazione di sistema diversa - o comunque non necessariamente convergente - rispetto a quella sottesa all'accertamento, riferito al caso di specie, della violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla C.E.D.U. Va infatti ribadito che, «[a] differenza della Corte EDU, questa Corte [...] 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» (sentenza n. 264 del 2012); bilanciamento in cui si sostanzia tra l'altro il «margine di apprezzamento» che compete allo Stato membro (sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009): Corte cost., n. 25 del 27 febbraio 2019, cit.

⁸⁸ Corte EDU, GC, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, cit., § 252, ultima parte.

decidere su una causa invece di rinviarla a una sezione della Corte». Tanto, tuttavia, «non è dovuto al fatto che una giurisprudenza consolidata sarebbe in un certo modo superiore al resto della giurisprudenza, ma semplicemente al fatto che consente il ricorso ad una procedura “semplificata” per le cause ripetitive»; sicché, «la giurisprudenza consolidata permette alla Corte» soltanto di operare «una distinzione nella sua giurisprudenza sulla base della semplicità d’interpretazione, ma non è in alcun modo indicativa del carattere vincolante delle sue sentenze»⁸⁹.

Le critiche investono anche i criteri fondanti il principio *de quo*. Nell’opinione allegata alla sentenza si legge: «è sconcertante constatare che i criteri per individuare il diritto non consolidato si basano su un’interpretazione errata della struttura della Corte, in quanto gli artt. 27, 28, 42 e 44 della Convenzione stabiliscono le condizioni alle quali le sentenze pronunciate e le decisioni adottate rispettivamente da collegi monocratici, comitati, camere e Grande Camera diventano esse stesse definitive e che né la loro lettera né il loro spirito confermano l’ipotesi implicita della Corte costituzionale di una differenza nel valore giuridico di tali sentenze e decisioni»⁹⁰.

Non siamo convinti che vi sia stata una svista da parte della Corte costituzionale; riteniamo, al contrario, che i giudici abbiano avvertito la necessità di specificare i criteri del consolidamento proprio in quanto consapevoli della fluidità che assume il concetto di *precedente* nel contesto della giurisprudenza della Corte europea⁹¹.

4. Antichi modelli legislativi e rinnovati atteggiamenti ermeneutici in tema di perquisizioni. Il legislatore, il giudice e l’interprete di fronte alla Costituzione e alla C.E.D.U.

Riteniamo, anticipando tratti della soluzione che si offrirà, che la questione della (il)legittimità del sistema italiano delle perquisizioni, non vada risolta, ammettendola o negandola, alla luce del principio del *consolidamento*, né sulla base della possibilità di una interpretazione degli artt. 247, co. 2 e 352, co. 4, c.p.p. costituzionalmente conforme agli artt. 3, 14, 13, co. 1, Cost. e/o convenzionalmente orientata all’arresto che ha definito la causa *Brazzi contro Italia*; e nemmeno che vada definita sulla base della recente giurisprudenza europea.

⁸⁹ Cfr., §§ 38 e 39 dell’opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque allegata a Corte EDU, Grande camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, cit.

⁹⁰ Cfr., § 50 dell’opinione parzialmente concordante e parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, cit.

⁹¹ Per l’approfondimento, si rinvia a CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea*, cit.

I ragionamenti partono da un presupposto comune: il valore ontologico della interpretazione conforme che, operando per ridurre i contrasti ordinamentali interni nei rapporti con altro sistema e/o ordinamento, certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita e ne arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali⁹². Non sono esclusi dal contesto dei diritti, quelli procedurali dell'indagato e/o dell'imputato; non lo è il diritto alla giurisdizione nei casi di *violazione* della inviolabilità del domicilio.

Pertanto, la teoria del *maximum standard* e la ricerca della tutela più intensa dei diritti – terminali della indiscussa relazione tra la moltiplicazione dei centri giurisdizionali di tutela dei diritti ed effettivo potenziamento delle garanzie delle libertà individuali e collettive⁹³ – sono un punto fermo, le premesse, appunto, delle soluzioni che si offriranno.

Nella sentenza *Brazzi c. Italia* – giova ripetere – la Prima Sezione della Corte EDU ha ritenuto all'unanimità che lo Stato Italiano è incorso nella violazione dell'art. 8 della Convenzione, in quanto, in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura istruttoria impugnata, le garanzie procedurali previste non sono sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale; l'interessato, inoltre, non ha potuto beneficiare di un “controllo effettivo”, come richiede lo stato di diritto in una società democratica.

Quid iuris per disciplinare le ricadute nel sistema interno?

Secondo la dottrina, «occorre comunque prendere atto che, allo stato, la giurisprudenza della Corte Edu, limitandosi a fornire delle indicazioni di carattere generale, non chiarisce con certezza quale tipo di rimedio possa costituire un *redressement approprié*; non viene chiarito, in particolare, se questo possa essere sempre individuato in un rimedio di natura processuale che consenta al soggetto destinatario di una perquisizione domiciliare di far valere le proprie doglianze, quanto alla legalità e necessità della misura, dinanzi ad una giurisdizione terza rispetto a quella che l'ha disposta (...) si tratta di una questione lasciata aperta dalla Corte di Strasburgo che non si pronuncia sul punto, dovendosene dedurre che viene affidato innanzitutto alle autorità nazionali il compito di colmare la ritenuta lacuna del sistema»⁹⁴; quindi, «spetterà ora al legislatore italiano provvedere a modificare la legge o la prassi interna in mo-

⁹² Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.

⁹³ Lo nega GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 1220, che denuncia il rischio di una «contaminazione al ribasso».

⁹⁴ CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia*, cit.

do da garantire maggiore sicurezza agli individui sottoposti a perquisizione»⁹⁵. Siamo di diverso avviso.

Ebbene, posto che la legislazione interna si ponga in contrasto con l'art. 8 C.E.D.U., se in forza dell'art. 117, 1° co., Cost., le norme della Convenzione assumono il valore di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale nella interpretazione resa dalla giurisprudenza della Corte europea; se la loro violazione ridonda in inosservanza di norme della Costituzione; se, dunque, quel ruolo è assunto, sostanzialmente, dalla decisione della Corte di Strasburgo, non vi sono dubbi che spetti innanzitutto, in via di principio, al giudice comune risolvere quel contrasto in via ermeneutica e solo dopo, in caso di impossibilità, alla Corte costituzionale.

Andiamo con ordine.

4.1. (segue) il vizio di legalità tra autorità *giudiziaria* ed autorità *giudiziale*.

Intanto, bisogna verificare se nel sistema delle perquisizioni esista un *vulnus convenzionale* nei termini indicati dalla Corte; se, cioè, vi sia carenza di un controllo giurisdizionale *ante factum*, dunque, prima che il pubblico ministero disponga la perquisizione; e se l'impossibilità di estendere lo strumento di controllo della legalità del mezzo di ricerca della prova (il riesame), ai casi discriminati, cioè a quelli in cui non sia seguito il sequestro di una *res*, ne manifesti una patologia oppure sia situazione fisiologica al rapporto perquisizione/sequestro/riesame.

Sul primo profilo, siamo convinti della validità della censura mossa dalla Corte europea: il sistema della ricerca della prova tramite perquisizione non prevede un effettivo controllo giurisdizionale preventivo, nonostante il provvedimento restrittivo della libertà di domicilio segua le direttive garantiste costituzionali dell'art. 13 Cost.⁹⁶ - specificamente, quelle «prescritte per la tutela della libertà personale», giusto il richiamo dell'art. 14, 2° co., Cost.⁹⁷ - e, di

⁹⁵ TUMMINELLO, *Profili critici della legislazione in materia di perquisizioni*, cit.

⁹⁶ La libertà personale, diritto inviolabile, rientra tra i valori supremi come indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed alla integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto: Corte cost., 9 luglio 1996, n. 238. Cfr. pure Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11 e Id., 23 giugno 1956, n. 2, sulla natura precettiva dell'art. 13 Cost.

Libertà personale da intendersi come tipica libertà negativa, che precede naturalmente e condiziona tutte le altre libertà, rendendone possibile la definizione. Così, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 1969, Padova, 1969, 1040.

Si legga anche CERRI, voca *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, 6.

Sull'inquadramento storico, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Padova, 1967, 33 ss.

⁹⁷ Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135.

conseguenza, sia presidiato dalla predeterminazione legale delle situazioni legittimanti la restrizione della libertà di domicilio (art. 247, co. 1 e 1 *bis*, c.p.p.) e dal provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (art. 247, co. 2, c.p.p.). Manca, invero, qualsiasi *autorizzazione* giudiziale a disporre l'operazione, quando l'esigenza investigativa nasca nelle indagini preliminari⁹⁸. Tanto, anche se vi proceda la polizia giudiziaria: nelle ipotesi descritte dall'art. 352, co. 4, c.p.p., infatti, l'operato degli agenti e/o degli ufficiali deve essere convalidato dal pubblico ministero – non anche dal giudice –, nonostante si tratti di un provvedimento avente natura dichiarativa per quanto concerne il controllo della legittimità dei presupposti della perquisizione (art. 352, co. 1 e 1 *bis* c.p.p.), ma, soprattutto, malgrado abbia natura costitutiva riguardo alle successive statuizioni inerenti la posizione giuridica dell'indagato⁹⁹.

Diversamente nel caso delle intercettazioni – che con le perquisizioni condividono la natura di mezzo di ricerca della prova –, in relazione alle quali, a monte, il segmento degli artt. 15, 1° co., prima parte, Cost.; 266 e 267, co. 1, c.p.p. subordina la operatività delle operazioni al decreto autorizzativo emesso dal giudice per le indagini preliminari; a valle, il combinato disposto degli artt. 15, 2° co., Cost., 267, co. 2 e 2-*bis*, 271, c.p.p. riconosce all'autorità giudiziaria la competenza a procedervi nei casi di urgenza qualificata, subordinandone, tuttavia, la validità probatoria dei risultati al tempestivo controllo giurisdizionale tramite il provvedimento di convalida.

Ebbene, sia l'attività della polizia giudiziaria (nei casi previsti dall'art. 352 c.p.p.) che quella del pubblico ministero (in quelli *sub* art. 267, co. 2 e 2-*bis*, c.p.p.) deve essere convalidata, controllata dal giudice; in entrambe le situazioni, quel procedimento si pone col carattere di necessità, in quanto sostituisce, all'atto compiuto eccezionalmente, un provvedimento *naturale*; in ciascuna situazione può essere autonomamente impugnato, ai sensi dell'art. 111,

Anche nella giurisprudenza della Corte EDU, la tutela del domicilio si rivela strettamente collegata alle esigenze di garanzia della sfera privata dell'individuo, alla luce dell'art. 8 C.E.D.U. che ricomprende nella stessa disposizione la salvaguardia della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza. Tra le molte, Corte EDU, 12 ottobre 2006, M. c. Belgio e, da ultima, Id., 11 ottobre 2018, S.V. c. Italia.

Analogamente, Corte giust. UE, 21 settembre 1989, C-85/87; Id., 22 ottobre 2002, C-29/77.

Sulla nozione di domicilio, per tutti, MAINARDIS, *sub art. 14*, in BARTOLE, BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 114 ss.

Sull'art. 8 C.E.D.U., ZENCOVICH, *sub Art. 8*, in *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Raimondi, Conforti, Padova, 2001, 307 ss.

⁹⁸ Invero, nelle fasi successive, la perquisizione è disposta dal giudice.

⁹⁹ Potendo valere come titolo giustificativo di eventuali determinazioni sulla libertà fisica; sicuramente incide sui meccanismi di formazione del convincimento, avendo attitudine probatoria in punto di fatto e di responsabilità *ex artt.* 431, co. 1, lett. *b*) e *c*), 511, co. 1, c.p.p.)

7° co., Cost.

È manifesto il dispregio dei principi di ragionevolezza e di eguaglianza¹⁰⁰ che, generando un *vulnus* di razionalità del sistema dei mezzi di ricerca della prova ed in particolare della perquisizione, viola il diritto alla libertà di domicilio dell'indagato. Di qui, il dubbio di tenuta costituzionale degli artt. 247, co. 2 e 352, co. 4, c.p.p.

Sicché, se i ragionamenti sono (devono essere) costituzionalmente orientati alla lettura armonizzata degli artt. 3, 14, 2° co. (13, 1° co.), 15, 2° co., Cost., sotto un profilo *interno*, non si comprendono le ragioni del distinguo legislativo, attesa la perfetta sovrapposibilità dell'art. 15, 2° co., Cost. con l'art. 14 Cost. in punto di legittimazione soggettiva a disporre del mezzo di ricerca della prova, giusto il richiamo che dell'ultima disposizione alle garanzie prescritte dal primo comma dell'art. 13 Cost. per la tutela della libertà personale. Appare evidente che in entrambe le situazioni la riserva posta dal Costituente riguarda la giurisdizione, escludendo il pubblico ministero (art. 107, 2° co., Cost.).

E nemmeno si spiega, sul fronte delle regole, la scelta differenziata del legislatore, pur nella identità del fenomeno (artt. 247 ss., 266 ss., 50, 326, 405, c.p.p.), siccome, se pur vero che le tecniche applicabili per le limitazioni dei relativi diritti sono diverse, è altrettanto certo che la prevista partecipazione e/o l'assistenza difensiva dell'indagato alla perquisizione e le altre garanzie procedurali previste nella fase esecutiva della misura (artt. 250, 251, 253, co. 4, 365, co. 1 e 2, 364, co. 7, 366 e 367 c.p.p.) non surrogano (non possono, ove si consideri la diversità delle specifiche situazioni giuridiche che fanno capo all'indagato, al difensore ed al giudice) l'intervento giurisdizionale¹⁰¹. Questo, se fosse previsto, consentirebbe un controllo a monte della legittimità e della legalità dell'attività invasiva proposta dal pubblico ministero, scongiurando il pericolo dell'abuso¹⁰², che è concreto in ragione della indubbia di-

¹⁰⁰ Da intendersi, l'ultima, non soltanto come generalità del precetto legislativo, ma anche come giustificabilità della discriminazione effettuata in base a valutazioni sostanziali. Così, CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, Napoli, 2012.

¹⁰¹ È di diverso avviso CARDAMONE, *La sentenza della CEDU Brazzi c. Italia*, cit., secondo la quale esse controbilanciano la mancanza di controllo *ex ante*.

¹⁰² Lo auspicava già RICCIO, *Le perquisizioni*, cit., 54-55, con osservazioni che, perciò, conservano attualità: «perquisizioni e ispezioni sono operazioni che più delle altre violano la personalità individuale, più profondamente aggrediscono il bene “persona” o “domicilio”, nella misura in cui debbono vincere la resistenza, latente o patente, del titolare del bene, di colui, cioè, che quella “cosa” o quella “persona” vuole occultare. Di qui la necessità che queste operazioni vengano compiute da chi ha la responsabilità di comando, che, pertanto, per definizione, dà garanzia di maggiore serietà e competenza, non soltanto per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività, ma anche in ordine alla valutazione della presenza di quei presupposti che, soli, le legittimano».

screzionalità riconosciuta all'accusa sulla valutazione della fondatezza dei motivi di sospetto.

Ancor meno si comprende il distinguo tra i mezzi di ricerca, se si considera che perquisizioni ed intercettazioni condividono la medesima idoneità cognitiva e decisoria, strumentale alla decisione giudiziale sul fatto e sulla responsabilità (come si evince dal combinato disposto degli artt. 431, co. 1, lett. *b*) e *d*), 511, co. 1, c.p.p.).

Il rilievo diventa addirittura aberrante (con quali conseguenze, lo diremo poi) se si speculi sull'art. 247, co. 2, c.p.p. in rapporto al soggetto dal quale promana il provvedimento, comparandolo con l'art. 267, co. 1, c.p.p.: quelle relazioni mostrano la ferita inferta al diritto dell'indagato di essere garantito da qualsiasi illecita intrusione nel proprio domicilio.

Sotto altro profilo.

Che si debba trattare di un decreto motivato è indiscutibile tanto nel caso che la perquisizione sia disposta dal giudice (funzionalmente competente alla gestione della fase processuale) che dal pubblico ministero (l'imperativo è contenuto nel co. 2 dell'art. 247 c.p.p.), così come nell'ipotesi di convalida, essendo altrettanta manifestazione del potere perquirente riconosciuto al pubblico ministero dall'art. 247, co. 2, c.p.p., del quale ripete le formalità¹⁰³.

In tutte le riferite ipotesi, la necessità di un provvedimento motivato fonda sulla esigenza di porre l'indagato (o l'imputato e le eventuali altre parti del processo) in condizione di conoscere le ragioni che hanno determinato l'autorità giurisdizionale o giudiziaria a compiere l'atto ed eventualmente di impugnarlo. Del resto, la necessità di conoscere l'*iter* di formazione della decisione è esigenza rapportabile proprio alla impugnazione; dunque, la motivazione è richiesta per il provvedimento impugnabile.

Il problema sorge in quanto l'art. 111, 7° co., Cost., autorizzando il ricorso per cassazione contro provvedimenti sulla libertà personale se emessi da organi giurisdizionali ordinari o speciali, ne ammette il trattamento soltanto rispetto ai decreti emessi dal giudice. Infatti, che i decreti motivati emessi dal pubblico ministero non abbiano carattere giurisdizionale, è inopinabile; così

¹⁰³ In aggiunta, lo stretto legame tra perquisizione e sequestro formalizzato dall'art. 252 c.p.p., («il quale evidenzia come i due mezzi di ricerca della prova si inseriscano in un contesto causale e cronologico omogeneo tale da rendere immediatamente percepibile l'esistenza tra gli stessi di un nesso funzionale, tanto è vero che, ove la perquisizione sia nulla, il sequestro eseguito all'esito di essa non è utilizzabile come prova nel processo, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253 c.p.p., comma 1, nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto del pubblico ufficiale, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti»: Cass., V, 18 maggio 2017, n. 36724), rende estensibile alla convalida della perquisizione, l'arresto di Cass. SS. UU., 19 aprile 2018, n. 36724 sull'obbligo di motivazione specifica del decreto di convalida del sequestro probatorio.

come è indubbia la impossibilità di estendervi, per via analogica, la garanzia *ivi* prevista¹⁰⁴. Lo impedisce la funzione diretta ed immediata della disposizione, che perciò funziona come regola per i casi concreti: lo stretto collegamento con la *situazione*, il *caso*, quindi, l'inscindibile collegamento degli effetti giuridici (= impugnabilità) a determinati presupposti di fatto, (= la promanazione giudiziale del provvedimento restrittivo della libertà) impongono quella disciplina, impedendo l'applicazione di regole *altre*.

Di conseguenza, nonostante il decreto di perquisizione domiciliare debba essere motivato (artt. 14, 13, Cost., 247, co. 2, c.p.p.); e la motivazione sia richiesta in funzione della prospettiva di impugnazione, il provvedimento del pubblico ministero non è impugnabile, nemmeno per motivi di legalità. Infatti, qui il bisogno di motivazione manifesta posizione di continuità con il modello prospettato dagli artt. 252 e 253 c.p.p. e si proietta sulla garanzia del controllo tutelata dall'art. 257 c.p.p.

La giurisprudenza, pure consolidatasi sulla riferita preclusione impugnativa¹⁰⁵, ne spiega le ragioni adducendo il rilievo che l'operazione costituisca «un atto evidentemente privo di contenuti decisori e non idoneo ad attentare all'intangibilità della libertà personale, sicché lo stesso non è coperto dalla garanzia costituzionale del doppio grado di giudizio, fornita dall'art. 111 Cost. esclusivamente per gli atti aventi la natura - anche solo sostanziale - di sentenza, ovvero per quelli che incidono sulla libertà personale del destinatario». Di conseguenza, l'eventuale inosservanza - da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria - delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione «dà luogo (...) se ravvisabili a rilievi di natura disciplinare»¹⁰⁶.

Al di là delle ragioni di merito addotte dalla Cassazione, che non si condividono¹⁰⁷, è innegabile la fondatezza dell'arresto nella parte dispositiva, che fon-

¹⁰⁴ Diversamente, RICCIO, *Le perquisizioni*, cit., 82 ss.

Sugli orientamenti della dottrina, si rinvia alla sintesi di FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 171 ss. e di TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, Tomo I, *Le prove*, a cura di Scalfati, Torino, 2009, 421 ss.

¹⁰⁵ Tra le tante, di recente, Cass., Sez. III, 7 giugno 2017, n. 28060; Id., Sez. III, 27 settembre 2016, n. 28060; Id., Sez. III, 10 febbraio 2011, n. 8999, in *Mass. Uff.*, n. 249615.

¹⁰⁶ Cass., Sez., III, 21 giugno 2018, n. 28770.

¹⁰⁷ Infatti, sono osservazioni antiche quelle della correlazione tra domicilio e persona e del parallelismo tra la disciplina che tutela il domicilio e quella che tutela la persona.

Specificamente: la Cassazione esclude la impugnabilità dei decreti di perquisizione emessi dal pubblico ministero sul presupposto che non si tratterebbe di aggressione alla libertà personale, confondendo, evidentemente, la libertà personale con la libertà fisica della persona, peraltro richiamando - anche se non espressamente - precedenti antichi. Non è negabile la perfetta coincidenza di quell'indirizzo con Cass., Sez., I, 17 aprile 1970, in *Cass. pen., Mass. Ann.*, 1971, 886-887 («la perquisizione domiciliare, intesa come atto coercitivo, si concreta in una misura che non ha per oggetto di imporre una limitazione più o meno intensa della libertà fisica di una persona per uno scopo processuale penale, ma ha il fine di

da sulla regola di comportamento stabilita dalla disposizione costituzionale; la quale, a sua volta, vieta perentoriamente di estendere il controllo di legalità ad atti emessi dal pubblico ministero. Diversità - rispetto all'art. 247, co. 2, c.p.p. applicato nel processo ed all'art. 267, co. 1, c.p.p. - che urta contro ogni democratico principio costituzionale e processuale oltre che convenzionale.

La violazione del principio di razionalità che ne deriva, non superabile per via interpretativa, rafforza la convinzione che la riserva di promanazione giudiziaria posta a presidio della inviolabilità della libertà personale e di domicilio dall'art. 13, co. 1, Cost. e dalla combinazione di questo con l'art. 14 Cost., vada intesa in senso assoluto ed in funzione di riserva di giurisdizione. Si dirà. Stando così le cose, non siamo convinti che il *vulnus* riguardi soltanto l'art. 8 C.E.D.U.; riteniamo, anzi, che il difetto del sistema di perquisizione in punto di riserva di giurisdizione comporti innanzitutto una violazione dell'art. 14 Cost.

Tentiamo una sintesi.

La combinazione di disposizioni e norme, la comparazione tra modalità e mezzi di ricerca della prova rivelano la mancata previsione di un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legalità e, perciò, anche sulla necessità della perquisizione, non dovendo il pubblico ministero essere autorizzato dal giudice a eseguirla.

assicurare la disponibilità di cose determinate che, come il corpo del reato, hanno una specifica funzione probatoria (...) con la ovvia ulteriore conseguenza che il provvedimento attinente alla perquisizione domiciliare, non può essere mai assunto tra le misure giudiziali sulla libertà personale, per le quali soltanto l'art. 111 della Carta fondamentale garantisce il ricorso immediato per cassazione»).

Le osservazioni a cui si fa riferimento sono antiche, seppure attuali: «nel domicilio, proiezione spaziale della persona, l'ordinamento tutela in linea preminente, non tanto la proprietà o qualsivoglia diritto reale, né il possesso o la detenzione, né la consistenza oggettiva di un bene materiale qualificabile come domicilio, quanto la persona stessa o più esattamente il rapporto persona-ambiente, cioè la persona riflessa in una certa sfera spaziale volta a preservare il carattere intimo, domestico, o quanto meno privato, di determinati comportamenti soggettivi. Ed è in virtù di questa visione che il codice penale colloca il delitto di violazione di domicilio nell'ambito dei delitti contro la libertà personale e non di quelli contro il patrimonio: la garanzia domiciliare è lo strumento più diretto ed efficace di protezione della libertà personale». RICCIO, *Le perquisizioni*, cit., 80-81 e 197-223.

In tal senso, da ultimo, PLANTAMURA, *Domicilio e diritto penale nella società post-industriale*, Pisa, 2017, 30-31: «l'art. 14 della Costituzione può essere letto all'interno di un "trittico" composto dall'art. 13 sulla libertà personale, appunto dallo stesso art. 14, e dall'art. 15 sulla libertà di comunicazioni: tanto la libertà personale, infatti, quanto il domicilio, e anche la libertà e la segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione, sono definite, testualmente, inviolabili. Ciò aiuta a comprendere che la libertà domiciliare, per quanto tutelata in modo autonomo da quella personale, rappresenta comunque, proprio come la libertà e la segretezza delle comunicazioni, una sua proiezione, nel senso che il domicilio non viene tutelato come proprietà, da un punto di vista patrimoniale, ma come sfera di libertà, in cui la persona può rinchiudersi, al fine di realizzare in modo riservato una serie di interessi, senza doversi preoccupare delle convenzioni sociali vigenti all'esterno, e possedendo il doppio simmetrico potere di invitare o di escludere chiunque li sia gradito o molesto».

Ciò viola, contestualmente, la riserva di giurisdizione posta a presidio delle intromissioni illecite nel domicilio dal richiamo dell'art. 14, 2° co., Cost. all'art. 13, 1° co., Cost. e l'art. 8 C.E.D.U., nella parte in cui richiede - secondo la interpretazione della Corte nella sentenza *Brazzi c. Italia* - una previa autorizzazione da parte di un giudice.

Tali prospettive ricostruttive fondano su un definito punto metodologico: affidano la sistemazione della materia delle perquisizioni al ruolo di garanzia della giurisdizione, alla quale attribuiscono compiti autoritativi e/o autorizzatori (*ex ante facto*) e di controllo (*ex post factum*) sull'operato del pubblico ministero.

Siamo consapevoli che lo stesso Costituente, nell' art. 13, 1° co., Cost., si è espresso in termini di riserva di promanazione giudiziaria, limitando il richiamo alla autorità giurisdizionale nel settimo comma dell'art. 111 Cost.¹⁰⁸

Di qui, la necessità di intendersi sulla direzione soggettiva della riserva posta (nella medesima formula letterale) dal Costituente negli artt. 13, 14, e 15 Cost., con la consapevolezza che, se da un lato, non si discute che la norma, la quale riconosca un diritto, non ne escluda il regolamento del relativo esercizio, che il concetto di limite sia insito in quello di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche debbano contenersi reciprocamente per coesistere nell'ordinata convivenza civile¹⁰⁹; dall'altro, è sicuramente da escludere che con la enunciazione della inviolabilità del domicilio (in particolare, e delle libertà, in generale), la Costituzione abbia negato attività funzionali alla repressione dei reati. Non le ha negate; riteniamo, però, che abbia vincolato la discrezionalità dell'autorità giudiziaria (del pubblico ministero), la sostanza invasiva dell'attività investigativa, non solo tipizzando ed organizzando la sfera entro la quale debbano esserne contenuti poteri ed attività (riserva di legge), ma affidando esclusivamente al giudice i bisogni di restringerle.

In questo senso, per noi, la locuzione *autorità giudiziaria*, contenuta nel primo comma dell'art. 13 Cost., stabilisce una riserva assoluta di giurisdizione, cioè, una riserva di *promanazione giudiziale*, che condiziona (anche) il sistema delle perquisizioni in forza del richiamo dell'art. 14 Cost. alle garanzie per la tutela della libertà personale e che non può essere soddisfatta dall'intervento giudiziario in via autonoma (art. 247, co. 2, c.p.p.) o in sede di convalida (art. 352, co. 4, c.p.p.), ma solo attraverso la giurisdizionalizzazione del procedimento di perquisizione, da attuarsi privando il pubblico ministero della facoltà di disporre il mezzo di ricerca della prova, dovendo richiederne

¹⁰⁸ DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 211.

¹⁰⁹ L'insegnamento è antico, seppure attuale. Risale a Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, cit.

l'autorizzazione al giudice, al quale va affidata pure la convalida dei provvedimenti d'urgenza adottati dalla polizia giudiziaria.

Snodi essenziali di questo approdo, sono da un lato, la consapevolezza che nell'epoca del costituzionalismo contemporaneo l'ermeneutica del giurista è chiamata «a compiti “rivoluzionari” di ripristino dei valori della democrazia e di indirizzo del legislatore su nuove sponde garantiste, quelle capaci di coniugare efficienza del sistema ed efficacia dei diritti e, quindi, di costruire un equilibrato bilanciamento tra tutela delle situazioni soggettive protette e stabilità sociale»¹¹⁰; dall'altro, il dato, innegabile, che le Costituzioni novecentesche dell'Europa continentale, nella parte dedicata ai diritti fondamentali, sono formulate per principi¹¹¹ e ciò consente all'interprete, ponderazioni e bilanciamenti tra altrettanti principi¹¹².

Dunque, la filosofia garantista della Costituzione autorizza a ritenere che gli artt. 13, 14, 15 Cost. definiscano la riserva di legge come garanzia diretta ad assicurare la tipicità dei casi e delle forme delle misure restrittive della libertà fisica, del domicilio e della riservatezza del soggetto; e la riserva di giurisdizione in funzione di garanzia diretta ad affidare la gestione discrezionale delle condizioni e dei presupposti per l'adozione del provvedimento al giudice, ed a lui soltanto, affinché in ogni caso sia l'organo giurisdizionale a valutarne in concreto le esigenze legittimanti.

La propensione del Costituente per i diritti della persona da garantire tramite la giurisdizione trova riscontro nella composizione modulare delle procedure cautelari¹¹³ e di ricerca della prova, specificamente, delle intercettazioni¹¹⁴; mentre l'uguaglianza risulta ferita dal sistema delle perquisizioni.

Ciò significa che, almeno per la prima, il legislatore del 1989 ha superato definitivamente il limite lessicale della locuzione *autorità giudiziaria* - frutto del difficile *innesto* della (allora) nuova normativa costituzionale sull'antico impianto codicistico che tendeva all'accertamento della verità materiale ed alla difesa sociale - operando una scelta a favore della tutela della persona attraverso l'assolutezza della giurisdizione, riconoscendo esclusivamente in capo al giudice un preciso potere decisorio in termini coercitivi ed espungendo il

¹¹⁰ RICCIO, *Garantismo e dintorni*, cit., 26.

¹¹¹ Sul punto, la letteratura è vasta. Per tutti, si richiamano ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2002 e PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017.

¹¹² CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 364 ss.

¹¹³ Sulla ricostruzione del principio in tema di libertà personale, si rinvia a RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989, 17 ss.

¹¹⁴ Sulla disciplina, in generale, da ultimo, AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018.

pubblico ministero dall'ambito dei soggetti autorizzati ad adottare provvedimenti limitativi dotati di stabilità.

Lì, il quadro delle situazioni giuridiche soggettive si orienta nel senso della riserva di giurisdizione, perché risponde alla logica di quel codice che, pur conservando al pubblico ministero ampie facoltà in materia di libertà personali dell'indagato/imputato, le riconduce nei limiti degli interventi consentiti ad una *parte* del processo. Lo dimostrano, rispettivamente, le linee normative degli artt. 291, co. 1; 291, co. 2; 292; 299, co. 3, c.p.p. (misure cautelari personali), degli artt. 316, co. 1; 317, co. 1, 321, co. 1, c.p.p. (misure cautelari reali) e quella degli artt. 266; 267, co. 1; 267, co. 2; 267, co. 2-bis, c.p.p. (intercettazioni).

Qui, non è accaduto. Rispetto alle perquisizioni, la tutela della prova e le finalità di prevenzione prevalgono sulla salvaguardia di un diritto inviolabile della persona, rispondendo alla lettera dell'art. 13 Cost. – a cui si richiama l'art. 14 Cost. – che riconosce poteri intrusivi nella libertà di domicilio all'*autorità giudiziaria*, quindi, anche al pubblico ministero.

Ebbene, non avremmo avuto niente da obiettare se i ragionamenti fossero stati proposti in epoca moderna. Siamo convinti, infatti, che la definizione della riserva in termini di *promanazione giudiziaria* appare non soltanto corretta, ma addirittura garantita¹¹⁵, in quanto quelle disposizioni (artt. 13, 14, 15 Cost.), disciplinando i poteri di incidere sulle libertà della persona (indagato/imputato), rappresentavano il punto di sostegno di un apparato normativo (quello del codice del 1930) proteso a realizzare lo scopo giuridico del processo, puntando sull'accertamento della verità.

Le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale dovevano parametrarsi con l'esistenza di un processo penale che nel 1948, quando si scriveva l'art. 13 Cost., non si credeva potesse approdare, principalmente con riguardo alla distinzione dei poteri all'interno della magistratura, ai risultati cui si è pervenuti nel 1988. Per cui, le relazioni tra Costituzione del '48 e codice del '30, in punto di libertà, trovavano un fisiologico equilibrio nella competenza dell'autorità giudiziaria: la Costituzione prendeva atto di un sistema organizzativo della magistratura fondato su due poli – il giudice ed il pubblico ministero – con uguali poteri.

Scrivere diversamente la disposizione, semmai specificando la natura assoluta della riserva di giurisdizione, sicuramente avrebbe comportato una evoluzione

¹¹⁵ La Corte costituzionale (Corte cost., 28 novembre 1973, n. 171) riconosceva poteri restrittivi della libertà personale al pubblico ministero, prevedendo, allo stesso tempo, la ricorribilità in Cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., dei relativi provvedimenti.

nel e del sistema di tutela dei diritti fondamentali, ma allo stesso tempo avrebbe annullato tutti i relativi poteri del pubblico ministero, in un momento storico in cui la cultura della inviolabilità delle libertà della persona non era così matura da consentirlo.

Il conflitto con quella *locuzione* nasce quando, anche sotto la spinta della Corte costituzionale, si orientò la visione della Costituzione verso l'obiettivo della tutela dell'individuo e della realizzazione dei valori fondamentali della persona, il cui primo effetto fu la consapevolezza della determinante funzione garantista della giurisdizione nella realtà giuridico-istituzionale¹¹⁶. Quel contrasto diventa insuperabile oggi: il compiuto processo di armonizzazione della Carta fondamentale con le Carte sovranazionali dei diritti, compendiato nella linea normativa degli artt. 11, 117, 1° co., Cost., 6, § 3, T.U.E., accorsa l'iniziale obiettivo fino a spingerlo ad assicurare la «massima espansione delle garanzie»¹¹⁷ dei diritti fondamentali.

Non solo: la storia recente del costituzionalismo e l'affermarsi del neocostituzionalismo¹¹⁸, incentrato sulla figura dei diritti quale alveo primigenio del diritto, implicano il passaggio dalla preminente attenzione al distribuirsi del potere pubblico al riconoscimento di un ruolo prioritario attribuito ai valori costituzionali, ai principi e ai diritti dell'uomo; promuovono la prevalenza dei principi sulle regole, del ragionamento teleologico su quello formalistico ed astratto¹¹⁹.

Sul peculiare fronte processuale, poi, il mutamento dell'idea di processo penale, considerato non più come luogo neutro di accertamento del fatto-reato, ma come strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, fondato su uno stretto collegamento tra giurisdizione e giusto processo, nonché il distacco ideologico e finalistico dall'impronta autoritaria e dall'impianto intimidivo del codice del 1930, ne affermano la struttura liberista che, nel Preambolo penalistico della Costituzione, detta principi di tutela della persona¹²⁰.

Dunque, un *processo della persona*, che il sistema multilivello costituziona-

¹¹⁶ RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali nel processo penale*, in *Ideologie e modelli del processo penale*, *Scritti*, Napoli, 1992, 15 ss.

¹¹⁷ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85. Già, Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, cit.

¹¹⁸ In tema, tra gli altri, BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, 2005; POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, 2001; A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3, 2003, 37-49; e le opere recenti di AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013 e di FIORAVANTI, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, 2018.

¹¹⁹ KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, cit., 198.

¹²⁰ RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali*, cit., 31.

le¹²¹, superate le sistemazioni per modelli ad opera della valorizzazione del vincolo esterno¹²² e riconosciuta la circolarità tra dinamiche normative e processi giurisprudenziali, conferma come strumento diretto a realizzare la effettività della tutela dei diritti procedurali, ad assicurare la efficienza processuale coniugata con il rispetto delle garanzie anche attraverso una reale distinzione funzionale dei soggetti del processo.

In questo contesto, la giurisdizione – intesa qui come diritto alla decisione di un giudice, ovvero come diritto alla legge – (art. 5, § 1, C.E.D.U.) – riceve riconoscimento costituzionale, sovranazionale ed internazionale proprio sotto il profilo della tutela dei diritti inviolabili dell'individuo, esaltandone ulteriormente la identità ontologica con la giustizia¹²³. A sua volta, la natura inviolabile del bene coinvolto e/o compromesso dal processo sollecita controlli estremamente rigorosi da affidarsi esclusivamente alla giurisdizione; che, sola, può operarne il bilanciamento con le finalità repressive. Non da ultimo, il connubio tra libertà e giurisdizione si impone in termini di indissolubilità (anche) perché i diritti fondamentali – e, dunque, il diritto alla inviolabilità delle libertà della persona – sono oggetto di «tutela “progressiva”» per il fatto di trovarsi «in rapporto di costante tensione con l'esigenza – anch'essa di rango costituzionale – di un efficace perseguimento dei reati». Sicché, se «il bilanciamento fra le due esigenze in contrasto (...) è comprensibilmente esposto ai mutevoli umori della politica», è concreto il rischio che «i diritti di libertà subiscano compressioni significative in corrispondenza di fenomeni criminosi percepiti come allarmanti»¹²⁴.

Se così accadesse, solo l'attribuzione di una competenza esclusiva (in luogo di quella relativa) alla giurisdizione del potere di decisione sulle determinazioni del pubblico ministero in ordine alla restrizione di ogni espressione della li-

¹²¹ Che si manifesta nel Preambolo penalistico di cui agli artt. 25, 1° co.; 101, 2° co.; 111, 1° co.; 112; 24, 2° co.; 27, 2° co.; 13-15; 27, 3° co.; 107, 3° co.; 111, 2° co.; 111, 4° co., Cost., integrato con il *nucleo* irrinunciabile delle situazioni giuridiche soggettive protette a livello europeo secondo il combinato disposto degli artt. 47-50 C.D.F.U.E., 11 Cost., 4, § 2, T.U.E., 53 C.D.F.U.E.; 5 e 6 C.E.D.U.

¹²² «Nello stesso periodo [negli anni 2000] si registrano le prime avvisaglie di una “politica penale europea”, destinata a condizionare in modo crescente anche la nostra normativa interna: col che si allude sia alle direttive e alle decisioni quadro dell'UE (si pensi al mandato d'arresto europeo), sia alle Raccomandazioni del Consiglio dei Ministri d'Europa e all'opera armonizzatrice che – sul piano delle politiche penali e processuali – stanno volgendo la Corte di Strasburgo sotto il segno della Convenzione europea dei diritti umani e la Corte di Giustizia europea sulla scorta delle norme UE oltre che della Carta dei diritti fondamentali UE (Carta di Nizza)»: ORLANDI, *La riforma del processo penale tra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2014, 1135.

¹²³ Sull'ultimo connotato, RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 177.

¹²⁴ Il virgolettato è di ORLANDI, *La riforma del processo penale tra correzioni strutturali e tutela “progressiva”*, cit., 1155-1156.

bertà della persona, garantirebbe dalla deriva legislativa, in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui le libertà della persona.

Dunque: finché sopravvivono i valori risultanti dalle tradizioni costituzionale, sovranazionale ed internazionale che garantiscono la inviolabilità di tali diritti, il primo punto fermo è il rispetto della dignità umana, da intendere quale nucleo intimo e incompressibile dei singoli diritti individuali; l'altro, di natura procedurale, ne rapporta le limitazioni all'atto motivato dell'autorità giurisdizionale, nei casi e modi prescritti dalla legge e nel rispetto del principio di proporzionalità che, imponendo bilanciamenti fra la protezione dei diritti fondamentali e le esigenze collegate alla soddisfazione della pretesa punitiva, va considerato alla stregua di un elemento della legalità del procedere quando si manifesti con attività intrusive nelle libertà e nei diritti procedurali della persona e l'aggressione non sia giustificata da fatti di particolare gravità¹²⁵.

Insomma, in questa prospettiva, la riserva assoluta di giurisdizione assicura una più intensa garanzia complessiva di rispetto e di attuazione del canone fondamentale delle libertà espresso negli artt. 13-15 Cost., 8 C.E.D.U., 7 C.D.F.U.E.

Perciò, alla irriducibilità della funzione giurisdizionale in tema di diritti fondamentali procedurali, si impone la modifica del linguaggio giuridico, consapevoli che «le parole nel tempo tendono a mutare significato» ed, in particolare, consci «dell'impossibilità di costringere gli enunciati nella gabbia di un unico e permanente significato»¹²⁶.

4.2. (Segue) la fisiologica inoppugnabilità del decreto di perquisizione non seguita da sequestro.

Dimostrati l'antistoricità della riserva di promanazione giudiziaria rispetto alla nuova dimensione assunta dai diritti della persona (e del giusto processo) ed il recupero totale del senso di giurisdizionalità dei provvedimenti limitativi, intrusivi *delle e nelle* libertà della persona, appare logica la valutazione in termini di illegittimità dell'art. 247, comma 2, c.p.p. e dell'art. 352, comma 4, c.p.p. (i rimedi li individueremo poi), non rispondendo le scelte normative relative al procedimento di perquisizione ai parametri costituzionali e sovranazionali della uguaglianza/razionalità e della giurisdizione.

Ciò, tuttavia, se giustifica la censura europea in punto di difetto di giurisdizio-

¹²⁵ Sul principio, in generale, da ultimo, UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 389 ss.

¹²⁶ GALLO, *Carattere ideologico della soggezione*, cit., p. 47.

ne preventiva, non rileva quando si denuncia la mancanza di un rimedio *ex post* nelle situazioni di perquisizione non seguita da sequestro.

La inoppugnabilità del relativo decreto rientra nella fisiologia dei rapporti tra perquisizione e sequestro che, se interpretato in termini funzionali oltre che strutturali, da un lato, garantisce la tenuta del controllo giudiziale di legalità anche sulla prima; dall'altro, manifesta la razionalità della scelta escludenti del legislatore, dal momento che è motivata una perquisizione, in quanto essa sia funzionale alla ricerca ed all'apprensione di una *res*.

In questa direzione, a monte, il combinato disposto degli artt. 247 ss. e 257 c.p.p. svela la direzione finalistica obbligata dei mezzi di ricerca della prova, i quali «hanno ragione di esistenza, in quanto hanno capacità di produrre un risultato»¹²⁷; a valle, gli articoli 247 c.p.p. e seguenti costruiscono la perquisizione come atto di *impulso probatorio*; dunque, quale condizione necessaria al sequestro, che si attegga ad atto a contenuto valutativo. Insomma, tra perquisizione e sequestro non v'è soltanto una «mera successione cronologica»¹²⁸, ma la perquisizione è il presupposto dell'atto di apprensione col quale è in rapporto funzionale; la progressione degli eventi non è meramente cronologica, trattandosi di una *successione giuridica*, come dimostra la loro permeabilità sotto il profilo impugnatorio¹²⁹. Di qui, il portato dell'art. 257 c.p.p.: *controllando* la legalità del sequestro, il giudice verifica la legalità della perquisizione.

Su questo presupposto, la motivazione del decreto di perquisizione affida al riesame del decreto di sequestro, il controllo della legalità del mezzo di ricerca della prova. Del resto, se il diritto ad impugnare si pone in relazione

¹²⁷ RICCIO, *Prove e giudizio*, in *Metodi e Prospettive*, cit., 171.

¹²⁸ Lo afferma, invece, CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 158, di cui è il virgolettato, nel dibattito sulla utilizzabilità/inutilizzabilità nel processo della prova raccolta attraverso una illecita attività perquirente. In senso opposto, RICCIO, *Le perquisizioni*, cit., 127 ss.

I termini del dibattito, sono compendati da DE FEO, *Facoltà di avvalersi di un difensore: l'avviso formulato per la perquisizione vale per il sequestro*, in *questa Rivista*, 1, 2018.

In particolare, sul contrapposto concetto del sequestro come fonte indipendente di prova, PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2002, 301 ss.

¹²⁹ Oltre a quello della utilizzabilità della prova, che, però, esula dal nostro discorso.

Sulla inutilizzabilità della prova acquisita attraverso una perquisizione illegittima, da ultima, Cass., Sez., V, 24 maggio 2018, n. 2872, in www.itagiure.giustizia.it. Si tratta di un arresto minoritario, in quanto la giurisprudenza consolidata va in opposta direzione. Invero, stabilendo che «l'eventuale illegittimità della perquisizione non invalida il conseguente sequestro, non dipendendo il potere di sequestro dalle modalità con le quali le cose, oggettivamente sequestrabili, siano state reperite, ma unicamente dall'acquisibilità del bene e dalla insussistenza di divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema» (Cass., Sez., V, 7 novembre 2017, n. 4469, in www.itagiure.giustizia.it. Ma già, *ex multis*, a partire da Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, in *Mass. Uff.*, n. 204644, fino a Id., II, 19 febbraio 2018, n. 2966), implicitamente finisce per negare il rapporto funzionale tra perquisizione e sequestro.

all'esistenza di un particolare interesse che nasce di fronte al possibile pregiudizio determinato dal provvedimento giudiziale, l'impugnazione del decreto di perquisizione non può che essere motivata dall'esigenza di espungere dal processo il risultato probatorio, impedendone la valutazione da parte del giudice.

Il bisogno di giurisdizione, viceversa, non si avverte, quando il mezzo di ricerca della prova si riveli impraticabile per raggiungere il risultato probatorio: in questo caso, la mancanza del presupposto della misura probatoria stessa, lo spoglia delle potenzialità cognitiva e decisoria e, dunque, lo rende inidoneo a soddisfare i bisogni del processo.

Come dire, la perquisizione non seguita dal sequestro diventa giuridicamente irrilevante: non rinvenendosi una *res* da sequestrare, è venuta meno la funzione dell'atto.

Ora, questa logica, se da un lato, *legalizza* le scelte procedurali negazioniste del legislatore in tema di controllo, nelle situazioni *tipiche* (perquisizione seguita da sequestro); dall'altro, non soddisfa la tutela della persona che, nella situazione *atipica* descritta, ne rimane priva, nonostante l'invasione nella libertà di domicilio.

Ora, poiché non v'è rimedio e l'assenza non rappresenta una lacuna ma una conseguenza fisiologica del rapporto funzionale tra perquisizione, connotazione probatoria del mezzo e sequestro, si avverte con ulteriore urgenza la necessità di individuare esclusivamente nel giudice il soggetto legittimato ad autorizzare la perquisizione (anche) nella fase delle indagini preliminari.

La prospettiva della giurisdizionalità diventa strumento di garanzia per le decisioni non soggette ad impugnazione; il controllo giudiziale preventivo rimedia alla carenza (fisiologica) di legittimazione della verifica nel merito e nella legittimità del decreto di perquisizione non seguita da sequestro. E tale garanzia non è surrogabile con espedienti risarcitori.

Perciò non può essere condivisa la tesi del Governo italiano (conforme ad una isolata giurisprudenza¹³⁰), secondo cui «il ricorrente avrebbe potuto pre-

¹³⁰ «L'eventuale inosservanza - da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria - delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione (e, nei medesimi termini, l'ispezione) non dà luogo, dunque, ad ipotesi di nullità, ma solo - se ravvisabili - a rilievi di natura disciplinare»: Cass., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28770, cit.

Di recente, le Sezioni unite della Corte di cassazione (20 dicembre 2018, n. 33018), in tema di responsabilità disciplinare del magistrato per violazioni di legge poste in essere dalla P.G. nel compimento degli atti d'indagine ad essa delegati, hanno chiarito che «non è esigibile dal P.M. delegante, a meno di un'inammissibile vanificazione dell'utilità e funzionalità della delega, una condotta di diretta e personale partecipazione o di costante vigilanza all'attività delegata, ovvero di adozione di raccomandazioni preventive o generali di rispetto delle leggi a favore di eventuali altri soggetti che possano risultare coinvolti

sentare dinanzi al giudice civile un'azione di risarcimento contro lo Stato ai sensi della legge n. 117, e che tale ricorso gli avrebbe permesso di ottenere un risarcimento anche in assenza dell'annullamento preventivo del mandato di perquisizione».

Invero, il danno ingiusto che legittima l'imputato/condannato pregiudicato ad agire contro lo Stato a titolo risarcitorio può derivare da un comportamento doloso o colposo del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni; ma giammai può essere conseguenza dell'attività giudiziaria interpretativa o valutativa, a meno che non ricorrano una delle situazioni tassativamente descritte nei co. 3 e 3-bis dell'art. 2 legge 13 aprile 1988, n. 117 e quella specifica del dolo.

La Corte europea opportunamente lo rileva. Ma, allo stato dell'arte, non v'è rimedio e nemmeno c'è dibattito, essendo stato risolto da tempo dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione¹³¹, la quale ha chiarito che il decreto di perquisizione domiciliare può essere impugnato con il riesame solo nei limiti di una indagine strumentale all'accertamento relativo alla illegalità del sequestro.

La giurisprudenza recente ha ridimensionato la preclusione, in quanto, pur continuando a negare la suscettibilità di gravame, anche di legittimità, del decreto *de quo* e di quello con il quale lo stesso pubblico ministero procede alla convalida, sulla base del principio di tassatività delle impugnazioni e degli atti a esse assoggettabili; tuttavia, prevede la eccezione nell'ipotesi di «abnormità del provvedimento»¹³².

Siamo perplessi sulla sostenibilità dell'arresto, dato che l'abnormità è la sanzione per il vizio di attribuzione di potere; è l'itinerario che rimedia al difetto di competenza funzionale del giudice¹³³.

In tal modo, si è espressa anche la Corte costituzionale, che: collega la ab-

in seguito allo sviluppo delle operazioni, in assenza di una comunicazione completa ed adeguata circa la sussistenza di ragioni di particolare cautela in tal senso da parte della polizia giudiziaria, la quale, malamente interpretando l'ampio tenore della delega, commetta di sua iniziativa la violazione di legge».

¹³¹ Cass., Sez. un., 29 gennaio 1997, n. 23, in *Mass. Uff.*, n. 206657. Conforme la giurisprudenza successiva, fino a Cass., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28770, cit.

¹³² Cass., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28770, cit.; ma già, Cass., III, 10 febbraio, 2011, n. 8999, cit.; Id., Sez. VI, 20 novembre 2012, n. 46250, in *Mass. Uff.*, n. 25311; Id., Sez. III, 27 settembre 2016, n. 28060.

¹³³ RICCIO, voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, XI Agg., Roma, 2003.

Sul tema in generale, tra molti, BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2011; CAPO-NE, *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2016; ID., *Le invalidità nel processo penale. tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 229 ss.; IASEVOLI, voce *Abnormità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Agg., I, Roma, 2004; MAFFEO, *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 231 ss.; NEVOLI, voce *Abnormità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., IV, Assago, 2011; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003.

normità all'esercizio delle funzioni proprie del giudice¹³⁴; la origina alla «rottura della identità del regolamento processuale per la fase del giudizio» posto a salvaguardia dei principi fondamentali del processo¹³⁵; la riconosce nel provvedimento che «per la singolarità e stranezza del suo contenuto, sia al di fuori delle norme legislative e dell'intero ordinamento processuale», al punto da travolgere «tutta la fase processuale»¹³⁶; e la rimedia attraverso il «ricorso diretto ex art. 111, settimo comma, Cost.»¹³⁷.

Il raffronto tra i principi giurisprudenziali e la specifica tipologia del decreto di perquisizione non seguito da sequestro, la cui essenza deriva proprio dal rapporto funzionale di quella con questo che, a sua volta, condiziona la esperibilità del riesame, persuade della impossibilità di rapportare l'atto *de quo* alla categoria dell'abnormità in alcuna delle sue possibili manifestazioni.

Non in quella funzionale, attesa la tipicità del comportamento giudiziale richiesto dal diritto giurisprudenziale; né quanto alla struttura, costituendo il decreto di perquisizione espressione di un legittimo esercizio del potere investigativo conferito al pubblico ministero, anche quando non sia seguito dal

¹³⁴ Corte cost., 20 luglio 2000, n. 312.

¹³⁵ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, cit.

¹³⁶ Corte cost., 12 settembre 1995, n. 423.

¹³⁷ Corte cost., 13 luglio 2018, n. 180.

Nel solco dell'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, l'elaborazione concettuale di *atto abnorme* si è significativamente arricchita della interpretazione della Corte di cassazione. Di recente, le Sezioni unite della Corte di cassazione, dopo aver ribadito che «l'abnormità costituisce una forma di patologia dell'atto giudiziario (...) tramite cui si è inteso porre rimedio, attraverso l'intervento del giudice di legittimità, agli effetti pregiudizievoli derivanti da provvedimenti non previsti *nominatim* come impugnabili, ma affetti da tali anomalie genetiche o funzionali, che li rendono difformi ed eccentrici rispetto al sistema processuale e con esso radicalmente incompatibili» (Cass., SS. UU., 18 gennaio 2018, n. 20569, in www.italgiure.giustizia.it). In tale direzione, l'orientamento si era consolidato: a partire da Cass., SS. UU., 10 dicembre 1997, n. 17, in *Mass. UII*, n. 209603; Id., 24 novembre 1999, n. 26, *ivi*, n. 215094; Id., SS. UU., 26 marzo 2009, n. 25957, *ivi*, n. 243590, fino, *ex multis*, a Id., III, 21 febbraio 2019, n. 12706, in www.italgiure.giustizia.it; Id., VI, 7 marzo 2019, n. 12244, *ivi*; Id., V, 30 gennaio 2019, n. 9736, *ivi*), sulla scia del precedente del 2009 (Cass., SS. UU., 26 marzo 2009, n. 25957, cit.), ne hanno offerto una rigorosa e puntuale delimitazione dell'area di operatività. Specificamente s'è detto che: la duplice accezione, strutturale e funzionale del vizio «ha ricondotto ad un fenomeno unitario, caratterizzato dallo sviamento della funzione giurisdizionale, inteso non tanto quale vizio dell'atto (...) quanto come esercizio di un potere in difformità dal modello descritto dalla legge»; «nello specifico settore dei rapporti tra giudice e pubblico ministero, l'abnormità strutturale è riconoscibile soltanto nel caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto), ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale nel senso di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto)»; l'abnormità funzionale «riscontrabile nei casi di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo, va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo».

sequestro, purché sussistano le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 247 c.p.p. (lo dimostra il combinato disposto degli artt. 326; 247 ss., c.p.p.); e nemmeno quanto a legittimazione, poiché – giova ripetere – l'abnormità è vizio del comportamento del giudice.

Anche per questa via, il vizio di giurisdizionalità non appare riparabile, attese la preclusione del comma settimo dell'art. 111 Cost. e la *tipicità* del mezzo di impugnazione del riesame.

5. Soluzioni obbligate ai paradigmi europei.

A fronte di una situazione lesiva di situazioni giuridiche soggettive protette contemporaneamente dalla Carta costituzionale e dalla C.E.D.U., vanno individuati i rimedi, affinché cessino gli effetti lesivi della inosservanza accertata.

Operazione complessa, dal momento che alla sentenza *Brazzi contro Italia* non possono essere riconosciute la qualità di diritto consolidato e la conseguente capacità di attivare in capo al giudice comune l'onere conformativo.

Invero, stando così le cose, nel caso *de qua* non vi sarebbe l'obbligo del giudice interno di adeguare – qualora ve ne fossero i presupposti – la interpretazione degli artt. 247, co. 2 e 352, co. 4, c.p.p. al contesto convenzionale tracciato dalla Corte europea. Parrebbe soluzione obbligata dal principio del consolidamento.

Ma, si rifletta. Non può trascurarsi che la categoricità dell'arresto costituzionale in funzione di paradigma vincolante per le giurisdizioni comuni non sembra autorizzata dal combinato disposto degli artt. 46 C.E.D.U. e 117, 1° co., Cost., né alla luce dell'ultima sentenza della Corte costituzionale, la quale specifica che, benché sia senz'altro certo che la Corte di Strasburgo giudica sul caso concreto, non è meno sicuro che «i principi fondamentali della Cedu hanno una portata generale, che vive anche e soprattutto nell'interpretazione dei giudici degli Stati contraenti»¹³⁸, senza distinguere tra giurisprudenza consolidata e singolo precedente.

Nemmeno pare consentita dalla disposizione pattizia (art. 46 C.E.D.U.)¹³⁹; che

¹³⁸ Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 63, cit.

¹³⁹ In senso contrario, LATTANZI, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, cit.: «con la sentenza n. 49 del 2015, è bene sottolinearlo, non è in discussione l'obbligo della Repubblica di conferire esecuzione alle decisioni della Corte di Strasburgo, che sono tutte, senza distinzione su questo piano, ugualmente vincolanti. Piuttosto, si tratta di elaborare i requisiti dai quali desumere, nell'ambito della giurisprudenza europea, i principi di diritto che penetrano l'ordinamento nazionale e pervadono il sindacato accentratore di costituzionalità a titolo di normativa interposta, o, in casi eccezionali, di normativa nella sostanza censurata. Un compito, questa elaborazione, che trascende l'art. 46 della Convenzione, e che viene assolto sulla base di criteri squisitamente propri del diritto costituzionale, così come è la Costituzione, secondo l'interpretazione che ne ha tratto la Corte, a definire la posizione della

al paragrafo 1, impegnando gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie di cui sono parti», esclude una graduazione della efficacia vincolante del precedente europeo, tanto più che la interpretazione conforme alla C.E.D.U. è funzionale ad impedire che la violazione contrastata nella sentenza europea sia ripetuta nei confronti di terzi.

Neppure appare autorizzata da quella costituzionale come interpretata dalla Corte a partire dalle sentenze gemelle del 2007, che ha imposto il vincolo della interpretazione convenzionalmente conforme su base gerarchica, dunque, indipendentemente dal consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali.

In questi termini, la natura sub-costituzionale delle disposizioni della C.E.D.U. e l'assorbimento delle garanzie internazionali nell'ordinamento costituzionale attraverso l'art. 117, 1° co., Cost. rendono irrilevante la distinzione fra diritto consolidato e precedente isolato ai fini della sussistenza, in capo al giudice nazionale, del vincolo di adeguamento alle sentenze della Corte europea, dal momento che quello dipende esclusivamente dal grado che alle prime, interpretate dalla seconda, spetta nella gerarchia delle fonti.

Insomma, tanto nell'un caso che nell'altro, la legge convenzionale, nel significato attribuitole dalla giurisprudenza della Corte, si impone (sia pure non in termini di disapplicazione come accade per il diritto unionale) sulla legge ordinaria a causa della sua estrinseca natura nel sistema costituzionale; che stabilisce in capo al giudice un vincolo ermeneutico conformativo, imponendogli di sollevare la questione di legittimità costituzionale ogniqualvolta abbia il dubbio, non superabile in via ermeneutica, che la disposizione interna non sia conciliabile con l'art. 117, 1° co., Cost.

Si aggiunga che la Corte costituzionale ha formulato il principio del consolidamento in materia di costituzionalizzazione del diritto convenzionale tramite una sentenza di inammissibilità; di conseguenza, la sua enunciazione resta pur sempre formalmente interpretazione, non atto normativo, di modo che l'onere che promana dalla sentenza n. 49 del 2015, pur avendo una significativa efficacia persuasiva nei confronti dei giudici comuni, in ogni caso non è costrittivo.

Ciò consente di costruire quel principio in termini di *relatività*, ammettendo l'interpretazione convenzionalmente conforme degli arresti isolati della Corte europea, soprattutto quando la prima sia funzionale a fissare od a rafforzare ontologicamente principi fondamentali che si riverberano sulla tenuta dell'intero sistema; e superando la preclusione di ammissibilità della questio-

CEDU nel sistema delle fonti del diritto».

ne di legittimità costituzionale solo a fronte di un orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo¹⁴⁰.

Invero, per noi, vertendosi in materia di situazioni giuridiche soggettive protette costituzionalmente e dalle altre Carte dei diritti, deve essere recessiva la regola del consolidamento e prioritaria quella dell'incidente di costituzionalità.

Ragionare diversamente, tra l'altro, significherebbe limitare pesantemente l'autonomia valutativa del giudice garantita dall'art. 101, 2° co., Cost., consentendogli di continuare ad applicare una norma di dubbia legittimità convenzionale e, dunque, costituzionale; e ciò non sarebbe coerente con il sistema. Inoltre, ragionare sugli effetti della sentenza n. 49 del 2015 in termini di preclusione interpretativa assoluta sarebbe motivo di *indebolimento* della Convenzione, oltre che di *pregiudizio*¹⁴¹ della portata dell'obbligo derivante dagli impegni internazionali assunti con la legge di ratifica della Convenzione, costituzionalmente riconosciuto senza alcuna limitazione.

Il metodo non esclude il prioritario dovere di interpretazione della norma ordinaria in modo conforme a Costituzione, al quale il giudice deve provvedere anche attraverso il bilanciamento fra principi costituzionali¹⁴².

Abbiamo dimostrato che nel caso che ci occupa, sul *vulnus* di giurisdizionalità denunciato dalla Corte di Strasburgo, v'è convergenza verso un approccio condiviso della tutela del diritto al domicilio quale espressione del diritto di

¹⁴⁰ Da ultime, Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207; Id., 27 aprile 2018, n. 93; Id., 26 aprile 2018, n. 88; Id., 2 marzo 2018, n. 43; Id., 30 gennaio 2018, n. 12.

«Non è infatti pensabile che il controllo di costituzionalità (i cui esiti, in caso di accoglimento della questione, sono irretrattabili) possa fondarsi su interpretazioni isolate, sporadiche, o comunque ancora in via di consolidamento, con il pericolo che il corso della giurisprudenza europea possa poi smentirne i presupposti. Non si può correre il rischio di pronunciare un'illegittimità costituzionale ritenendola imposta da una decisione le cui affermazioni di principio successivamente vengono riviste dalla stessa Corte di Strasburgo. Certo è pur sempre possibile che anche una giurisprudenza consolidata evolva, ma un'evoluzione è assai più probabile quando ci si trova al cospetto di pronunce che non riflettono un orientamento giurisprudenziale costante»: LATTANZI, in Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, cit.

¹⁴¹ Secondo LATTANZI, in Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, cit., al contrario, gli effetti della sentenza n. 49 del 2015 «piuttosto la rinvigoriscono, perché chiamano tutti gli operatori del diritto a collaborare con la Corte di Strasburgo, anche alla luce dei principi del proprio ordinamento, per costruire una casa comune dei diritti della persona, i cui mattoni si formano nella fornace delle feconde e variegate esperienze degli Stati costituzionali aderenti alla Convenzione. In questa prospettiva, le pronunce del giudice europeo, quand'anche isolate, non sono mai materiale di scarto che l'operatore nazionale possa eludere, ma punto di partenza di un dialogo partecipato, con cui, senza pretese egemoniche, si contribuisce a definire un significato minimo comune delle libertà individuali, tanto più capace di imporsi, quanto più frutto di un leale confronto».

¹⁴² In generale, da ultimo, SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giust.*, 4, 2018, 29-30.

libertà, garantito contemporaneamente dall'art. 14 (3, 13, 1° co. e 15) Cost. e dall'art. 8 C.E.D.U.

Di modo che, il ricorso alla interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme degli artt. 247, co. 2 e 352, co. 4, c.p.p. sembra offrire la soluzione rimediativa della violazione riscontrata, capace di conciliare i principi desumibili da entrambe le fonti.

Si potrebbe, cioè, risolvere la questione del difetto di giurisdizione della procedura perquirente (nella situazione fattuale descritta nella sentenza *Brazzi c. Italia*) rispetto ai bisogni di razionalizzazione e di riserva assoluta di giurisdizione, facendo ricorso all'obbligo del giudice comune di esperire il tentativo di interpretare le disposizioni censurate in maniera conforme agli artt. 3, 13, 1° co., e 14, Cost., letti in rapporto all'art. 8 C.E.D.U. come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea; sempre, però, che sia possibile darne interpretazioni costituzionali e convenzionali¹⁴³.

Ebbene, nel caso che ci occupa, in cui la censura investe le scelte del legislatore sul terreno delle situazioni giuridiche soggettive, bisogna interrogarsi sulla praticabilità dell'interpretazione conforme; se la lettera della legge ed il contesto logico-normativo in cui si colloca la consentirebbero.

L'approccio sarebbe ammesso dalla identità dei sistemi (costituzionale e convenzionale) di tutela del diritto alla libertà di domicilio; tuttavia, il valore potestativo e l'univoco tenore delle norme interne, la situazione giuridica soggettiva *ivi* riconosciuta esplicitamente al pubblico ministero ed il difetto della interpolazione legislativa rispetto al dettato costituzionale ed a quello della C.E.D.U. lo impediscono.

Si vuole dire, che per noi una lettura conforme alla Costituzione ed alla Con-

¹⁴³ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356.

In tema, cfr. pure a partire dalla Corte cost. 16 ottobre 1994, n. 235 e Id., 5 novembre 2011, n. 221, fino alla recente decisione n. 42 del 24 febbraio 2017, ove si legge che «se “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». Nelle pronunce successive - Corte cost. 11 dicembre 2015, n. 262; Id., 19 febbraio 2016, n. 36; Id., 3 marzo 2016, n. 45; Id., 6 maggio 2016, n. 95; id., 20 maggio 2016, n. 111; 13 luglio 2016, n. 173; Id., 21 luglio 2016, n. 204; Id., 12 ottobre 2016, n. 219; Id., 24 febbraio 2017, n. 42, seguita, in senso conforme, da Corte cost., 10 marzo 2017, n. 53; Id., 7 aprile 2017, n. 69; Id., 13 luglio 2017, n. 180, cit.; Id., 14 luglio 2017, n. 194; Id., 17 luglio 2017, n. 208; Id., 12 ottobre 2017, n. 213; Id., 20 ottobre 2017, n. 218; Id., 6 dicembre 2018, n. 254 e da Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 15; Id., 2 marzo 2018, n. 40, la Corte afferma che «ai fini dell'ammissibilità della questione, è sufficiente che il giudice *a quo* esplori la possibilità di un'interpretazione conforme alla Carta fondamentale e, come avviene nel caso di specie, la escluda consapevolmente».

venzione, è inaccessibile.

Le riferite costanti interne al contesto normativo di riferimento, infatti, oppongono una resistenza insuperabile ad un esito ermeneutico conforme a Costituzione, in quanto, rispetto ai bisogni dettati dalla giurisdizionalità del provvedimento di perquisizione, denotano un vizio di sistema, che afferendo alla validità della legge, esula dalla competenza dei giudizi comuni. Quelle, insomma, segnano il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale.

Ora, se pur vero che l'interpretazione del testo debba essere adeguata al contesto costituzionale, nel senso che per giungere a una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione dall'enunciato si può ricavare un significato meno prossimo di altri alla sua lettera, questo non significa che si possa travalicare il dispositivo attraverso l'interpretazione, tanto da giungere ad una vera e propria *disapplicazione* di fatto del testo normativo. In altri termini, l'esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali che, altrimenti sarebbero violati, non può giustificare una torsione dell'enunciato oltre il suo possibile orizzonte sistemico¹⁴⁴.

Sotto altro profilo.

Nonostante la garanzia della giurisdizione sia riconosciuta nel sistema dei mezzi di ricerca della prova per le intercettazioni dall'art. 267, co. 1, c.p.p., non sarebbe possibile operarne una estensione analogica alle perquisizioni, attesa la natura potestativa della situazione giuridica interessata e trattandosi di una specifica regolamentazione legislativa che esclude volutamente la giurisdizione. Consentire al giudice di travalicare i confini della interpretazione conforme, significherebbe autorizzare l'attrito con l'identità strutturale dei modelli processuali descritti negli articoli del codice.

Anche per questa via il *vulnus* ha natura sistemica ed investe la legittimazione delle norme censurate; perciò, non è consentito superarlo attraverso l'esercizio dei comuni canoni ermeneutici¹⁴⁵. Sicché, la competenza non può

¹⁴⁴ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78.

In dottrina, sia pure per altro tema, GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4900.

¹⁴⁵ La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l'architave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all'adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l'accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta.

In questa prospettiva, si è mossa la Corte costituzionale nel ribadire l'indirizzo, secondo il quale il dovere del giudice comune di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si

che essere della Corte costituzionale¹⁴⁶.

La impossibilità di effettuare una interpretazione conforme delle norme interne vale anche sul fronte convenzionale, non soltanto perché qualora il giudice assegnasse loro un significato quanto più aderente alla interpretazione dell'art. 8 C.E.D.U. offerta dalla sentenza *Brazzi c. Italia*¹⁴⁷, esso si rivelerebbe del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge¹⁴⁸, ma soprattutto in quanto sposterebbe il baricentro del rapporto tra normazione e giurisdizione dalla direzione interpretativa a quella della produzione normativa.

Tentiamo una spiegazione.

L'arresto europeo non si intromette in una occasione di interpretazione del sistema ragionando sulle situazioni giuridiche soggettive ma, denunciando un vizio di legittimazione giurisdizionale del provvedimento di perquisizione, interviene sulla validità della fonte, proponendo una soluzione avulsa dal sistema. In tal modo, la interpretazione dell'art. 8 C.E.D.U. da parte della Corte europea collide con il sistema ed il contrasto non può essere risolto per via interpretativa.

Detto altrimenti.

Se la giurisprudenza della Corte europea consente al giudice nazionale di muoversi all'interno del sistema, egli può (*rectius*: deve) compiere un'opera di interpretazione della fonte legislativa convenzionalmente conforme; così come deve utilizzarla (la interpretazione conforme) in funzione di parametro costituzionale per risolvere eventuali conflitti della norma interna con quella pattizia.

Epperò, se tale operazione ermeneutica conduce il giudice al di fuori del sistema, coinvolgendo situazioni giuridiche soggettive non previste o regolamentate diversamente; dunque, se l'adeguamento ad essa comporta la necessità che il giudice *crei* - e non *interpreti* - la fonte, allora quella funzione fuoriesce dai compiti della giurisdizione comune, rientrando nei poteri della Corte costituzionale, alla quale, viceversa, l'operazione è consentita per il tramite

assolve anche attraverso una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile. Tra le altre, Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 15, cit.; Id., 19 aprile 2018, n. 77; Id., 27 aprile 2018, n. 91.

¹⁴⁶ Appartiene del resto alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salvo le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto riconponibile attraverso l'interpretazione.

¹⁴⁷ Come pure impone Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239, cit.

¹⁴⁸ E ciò lo vietano Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1; Id., 20 giugno 2009, n. 219.

della pronuncia additiva.

Nel caso che ci occupa, la sentenza *Brazzi c. Italia* propone una soluzione interpretativa non riconoscibile dal modello delle perquisizioni, anche se appare compatibile con il sistema in generale, considerato che l'ordinamento costituzionale si presta ad interpretazioni in termini di riserva di giurisdizione e la legislazione ordinaria la prevede per le procedure di intercettazioni, che con le perquisizioni condividono la categoria di mezzi di ricerca della prova.

In questi termini, appare evidente che il problema evidenziato dalla Corte europea non si radica sul fronte della interpretazione, ma su quello della tutela del valore costituzionale e convenzionale della libertà di domicilio, di esclusivo appannaggio della Corte costituzionale.

Di conseguenza, spetta al giudice comune sollevare, in riferimento agli artt. 3, 14, 13, 15 Cost. ed in relazione agli artt. 117, 1° co., Cost., 46 e 8 C.E.D.U., questione di legittimità costituzionale dell'art. 247, co. 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre la perquisizione e che l'autorizzazione è data con decreto motivato»; e dell'art. 352, co. 4, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero nelle quarantotto successive alla trasmissione del verbale delle operazioni eseguite dalla polizia giudiziaria richiede la convalida al giudice per le indagini preliminari che decide con decreto motivato».

Dal canto suo, la Corte costituzionale, posta di fronte ad una violazione contestualmente costituzionale e convenzionale, non sanabile in via interpretativa, è tenuta a porvi rimedio, non rilevando, sotto il profilo delle preclusioni decisorie, che dalla eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 247, co. 2 e 352, co. 4, c.p.p. derivi una carenza legislativa dei rapporti compromessi¹⁴⁹, spettando «alla saggezza del legislatore, sensibile all'impulso che naturalmente proviene dalle sentenze di questa Corte, di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Non riparabile successivamente, attese la preclusione del co. 7 dell'art. 111 Cost., in relazione ai provvedimenti, pure limitativi delle libertà della persona, ma emessi dal pubblico ministero e la *tipicità* del mezzo di impugnazione del riesame.

¹⁵⁰ Corte cost., 24 novembre 1958, n. 59. Conformi, di recente, Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit.; Id., 10 giugno 2014, n. 162 del 2014; Id., 21 dicembre 2016, n. 286.

Va detto che recentemente la Corte costituzionale per comporre l'alternativa tra soluzioni di inammissibilità che preservano la discrezionalità legislativa, ma lasciano insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela e pronunce additive di accoglimento che, sacrificando tale discrezionalità, offrono tutela a questi ultimi, ma perturbano l'ordinamento, fino a lasciarlo privo di una compiuta disciplina legislativa che la Corte non ha né titolo né mezzi per somministrare, ha adottato una nuova tecnica decisoria, qualificata di «incostituzionalità prospettata» (adottata dall'ordinanza n. 207 del 16 novembre 2018, nella quale «la Corte ha ravvisato la criticità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in

cui incrimina chi agevola il suicidio del malato irreversibile e sofferente che, liberamente e consapevolmente, rifiuta cure mediche, necessarie alla sopravvivenza, contrarie al suo senso di dignità. Al contempo però ha considerato che la regolamentazione delle condizioni e dei modi di esercizio del diritto a sottrarsi in modo definitivo alla terapia con l'aiuto materiale di terze persone fosse da un lato costituzionalmente necessaria, e dall'altro esorbitante dal campo decisorio della Corte, e invece di pertinenza del legislatore. Perciò, al fine di adempiere al dovere di eliminare disposizioni incostituzionali preservando la discrezionalità legislativa, la Corte ha rinviato la trattazione della questione di circa un anno, nel contempo offrendo ampia motivazione sulle ragioni per le quali ha ritenuto profilarsi l'incostituzionalità della norma impugnata. Così, da un lato, con questa motivazione si è fatto in modo che nella situazione considerata la disposizione censurata non potesse trovare applicazione, né nel giudizio a quo, che rimane sospeso, né in altri giudizi, nei quali il giudice sarebbe tenuto a sollevare a sua volta una questione di legittimità costituzionale, dall'altro è stato garantito al legislatore un congruo spazio di tempo per adottare la disciplina più opportuna»: LATTANZI, in Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019, cit.

Cfr. AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 1, 477 e LIPARI, *Giudice legislatore*, *ivi*.

Sia pure dettate «a proposito dalle recenti applicazioni retroattive delle conseguenze *in peius* derivanti dall'inserimento tra i reati ostativi, di cui all'art. 4-bis ord. penit., dei delitti contro la pubblica amministrazione, fondate su utilitaristiche distinzioni tra disposizioni sostanziali e disposizioni processuali (concernenti l'esecuzione della pena) al precipuo scopo di lucrare l'effetto di applicazione alle vicende in itinere, derivante dalla regola del *tempus regit actum*», mostrano efficacia anche in relazione al nostro tema, le soluzioni offerte da GAITO, LA ROCCA, *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato*, cit., per i quali «la dichiarazione di illegittimità costituzionale, di norme foriere di interpretazioni irragionevoli e di risultati imprevedibili, sembra allora rimanere l'unica via per porre il legislatore di fronte a responsabilità di scelte rispettose dei valori che appartengono a ciascun individuo, non adattabili né degradabili neppure attraverso il ricorso a quello che è stato realisticamente definito un «diritto penale no-limits».