GIUSTIZIA INSIEME

Le interviste di Giustizia Insieme

Cedu e cultura giuridica italiana 13) Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni

di Vincenzo MilitelloOscar MagiVittorio ManesF. Viganò

8 febbraio 2021

Cedu e cultura giuridica italiana 13) Conversando con i penalisti su CEDU e dintorni

Intervista di V. Militello e R. Conti a Raffaello Magi, Vittorio Manes e Francesco Viganò

Sommario: 1. La scelta del tema – 2. Le domande – 3. Le risposte – Le repliche.

1. La scelta del tema

Giustizia insieme riannoda i fili degli approfondimenti dedicati, a partire dal novembre 2019, agli effetti prodotti nell'ordinamento interno dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Dopo avere toccato i temi cari all'avvocatura civile e penale, ai comunitaristi ed internazionalisti, ai civilisti e lavoristi, processualcivilisti e processualpenalisti, tributaristi ed amministrativisti passando per il ruolo dei giudici che hanno lavorato alla Corte EDU – di seguito i link ai dodici precedenti approfondimenti: 1. ***La parola agli Avvocati penalisti sul ruolo della CEDU***; 2.***La parola agli Avvocati civilisti sul ruolo della CEDU***; 3. ***Carta costituzionale e CEDU. Tutto risolto?*** *4.* ***La Corte edu vista dai suoi giudici***; 5. ***La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e i civilisti***; 6. ***La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista***; 7. ***La CEDU e i processualcivilisti***; 8. ***CEDU e diritto tributario***; 9. ***La CEDU e il diritto amministrativo***; 10. ***La CEDU ed i processualpenalisti***; 11. ***CEDU e diritto del lavoro***; 12. ***Carta dei diritti***

fondamentali UE e CEDU – il percorso verso l'ultimo miglio non poteva che condurre all'area penalistica.

Un approdo che, al di là dei fattori contingenti che hanno giocato, sembra far trasparire una sorta di razionalità immanente ed al contempo rappresentare l'ennesimo frutto di un antico fardello: la prima è insita nella natura di *ultima ratio* del diritto penale, nella tutela di quei diritti che la CEDU ha saputo prima affermare e poi corredare di un formidabile strumento di tutela, quale il ricorso individuale; il secondo si annida nel risalente collegamento del diritto penale alla dimensione nazionale e al suo tradizionale radicamento nei valori considerati espressione di un particolare ordinamento, che hanno a lungo opposto resistenza ad una apertura verso livelli di tutela ulteriori.

Per fare il punto di quanto anche in questo settore giuridico, peraltro fortemente popolato dalle norme più svariate per fare fronte all'incessante pulsione di nuove esigenze di tutela, l'intreccio fra vari dimensioni ordinamentali e le corrispondenti giurisdizioni abbia ormai prodotto trasformazioni significative e per larghi tratti irreversibili, si è ricorso alla consueta formula dell'intervista con domande incrociate su aspetti chiave del vasto tema, con un filo rosso comune rappresentato dalle influenze reciproche dei diversi livelli di tutela dei diritti umani e delle relative corti che ne declinano l'effettività. Ad esse hanno accettato di rispondere tre giuristi di alto valore umano e professionale, a coronamento di un progetto "fatto in casa" che, pur con tutti i limiti e proprio per le professionalità che hanno alimentato i singoli contributi, ha offerto l'opportunità di mettere a fuoco e sottoporre ad un più ampio dibattito punti di vista plurali, riflessioni, suggestioni e, perché no, anche provocazioni.

Avere dunque avuto, anche in questa occasione, l'opportunità di tenere insieme, pur nelle diversità, un giudice costituzionale di formazione accademica, un giudice di legittimità ed un professore-avvocato penalista ha consentito un incrocio di letture e di visioni di particolare interesse nel delineare non solo l'incedere delle carte dei diritti di matrice sovranazionale, ma anche le conseguenti trasformazioni di un sistema penale, che rispetto ai suoi canoni classici si deve confrontare con nuove declinazioni dei principi di garanzia pur da coniugare con ulteriori compiti di intervento. Una vicenda nella quale assume un significato particolare la possibile, se non frequente, pluralità dei pronunciamenti delle varie corti: certo, ineliminabile risvolto dell'impossibilità di instaurare fra i rispettivi ordinamenti gerarchie piramidali in grado da risolvere ogni eventuale antinomia, ma anche problematica di speciale rilevanza in un settore in cui l'esigenza alla massima formalizzazione dei precetti è imposta non da astratte aspirazioni di coerenza dell'ordinamento, ma dalla stessa realizzazione della funzione di circoscrivere la

materia del penalmente rilevante e al contempo consentire la funzione di orientamento delle scelte di condotta individuali.

I tre interlocutori qui intervenuti, con le loro risposte ariose e ricche di ulteriori spunti di approfondimento, hanno così arricchito la catena di approfondimenti precedenti con un ulteriore anello che non intende affatto chiudere il cerchio o rappresentare un punto di arrivo ma, tutto al contrario, aprirsi a nuove sollecitazioni da tutti gli operatori del diritto. Questo rimane, infatti, il senso ultimo di tutti gli interventi che si sono susseguiti sul tema CEDU, animati da quasi quaranta fra giuriste e giuristi di varia estrazione culturale e professionale, essi davvero straordinari interpreti – e costruttori- di quel bisogno di confronto e dialogo del quale il diritto, in tutte le sue componenti, si alimenta.

2. Le domande

1) Diritto penale, CEDU e Costituzione: impossibile coabitazione fra le Carte, progressiva contaminazione o loro mutua alimentazione?

2) Quale peso gioca il giudice nazionale(costituzionale e non) nell'attuazione dei diritti fondamentali in materia penale per effetto del concentrico uso delle Carte dei diritti fondamentali? E quale il ruolo dell'Avvocato?

3) Quale ruolo sono destinati a giocare la Carta UE dei diritti fondamentali in materia penale rispetto alle Costituzione e alla CEDU e, con essa i giudici nazionali e quelli sovranazionali?

3. Le risposte

1) Diritto penale, CEDU e Costituzione: impossibile coabitazione fra le Carte, progressiva contaminazione o loro mutua alimentazione?

R. Magi

A mio parere va *in primis* sottolineata, sul piano storico, la – innegabile – progressiva contaminazione, nel sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali.

Resta auspicabile la mutua alimentazione, in un quadro di costante e rispettoso dialogo operativo tra le giurisdizioni chiamate a concretizzare i principi espressi nel testo delle Carte.

Quando leggiamo il testo delle disposizioni che le due Carte dedicano al diritto ed al processo penale (specie dopo la novellazione dell’art.111 Cost. operata con legge costituzionale n.2 del 2001) non veniamo certo assaliti da dubbi di compatibilità, fermo restando il necessario apprezzamento dell’ opera di concretizzazione del contenuto dei principi attraverso la

mediazione interpretativa e il differente approccio alla 'fonte giurisprudenziale' come possibile ingrediente performativo della previsione incriminatrice (art.7 Conv.), che tanto preoccupa i cultori interni della legalità formale.

Ciò che tuttavia ha reso possibile – nel corso degli anni – l'avvicinamento dei contenuti concreti delle previsioni astratte di tutela dei diritti fondamentali, in un quadro di costruttiva interazione, è l'esistenza – a mio avviso – del particolare strumento operativo rappresentato, per la Corte di Strasburgo, dal ricorso individuale di cui all'art.34 della Convenzione, così come previsto dal Protocollo n.11 del 11 maggio 1994.

E' il particolare canale di accesso a segnare la dimensione del giudizio reso a Strasburgo ed il suo particolare valore.

L'analisi del caso concreto – definito dalla giurisdizione nazionale senza apertura di una questione incidentale di legittimità costituzionale delle disposizioni applicate – svela, potenzialmente, lo scarto esistente tra il contenuto del principio (astrattamente applicabile) e le prassi operative dei Tribunali interni, mettendo a nudo il vuoto di tutela e la conseguente violazione della Convenzione e dei sottostanti valori.

Se guardiamo agli interventi di Strasburgo di maggior rilievo succedutisi negli anni (specie sul fronte del giusto processo, ma non solo) ci rendiamo conto facilmente del ruolo *propulsivo* che la Corte Edu ha avuto grazie allo strumento del ricorso individuale, in casi in cui la decisione interna era «formalmente legale», ossia adottata sulla base di previsioni di legge vigenti ed interpretate – anche dall'organo della nomofilachia – proprio nel modo che 'dava luogo' alla violazione del principio convenzionale.

Vi sono stati, pertanto, casi in cui la Corte Edu ha operato – per certi versi – quale vera e propria 'sentinella' dello scostamento tra l'applicazione concreta del diritto e il contenuto di quei medesimi valori solennemente declinati dalla Costituzione ma rimasti inattuati o, peggio, calpestati da un legislatore spesso incline ad assecondare bisogni emotivi di rassicurazione o derive giustizialiste (citando Calamandrei va ricordato che nello stampo della legalità può calarsi tanto l'oro che il piombo...).

In altre parole, l'accertamento di una violazione della Convenzione, lì dove il vizio individuato a Strasburgo sia dipeso non già da un errore di 'applicazione' del diritto interno (o comunque da un cattivo giudizio) ma da una obiettiva inadeguatezza delle disposizioni applicate (all'esito del giudizio complessivo di compatibilità con i principi convenzionali) ha aperto la strada all'intervento riformatore di tipo legislativo e/o all'intervento (sia pur tardivamente innescato)

del giudice delle leggi.

Ciò testimonia quanto la Corte Edu – primo interprete della Convenzione – non possa ritenersi un corpo estraneo alla dinamica di attuazione, nel sistema interno, dei diritti fondamentali dell'individuo.

Vale la pena ricordare alcune di queste occasioni, che tracciano essenzialmente un profilo di contribuzione effettiva della giurisdizione 'europea' alla promozione di assetti legislativi e prasseologici maggiormente rispettosi delle garanzie fondamentali dell'individuo e degli stessi principi costituzionali.

In campo processuale, senza le reiterate condanne dell'Italia emesse a Strasburgo in tema di violazione del contraddittorio nel giudizio contumaciale (v. il caso *Sejdovic*) non vi sarebbe stata la riforma delle modalità di instaurazione del processo adottata con la legge numero 67 del 2014 in tema di assenza, né – in precedenza – l'adeguamento normativo di strumenti riparatori (restituzione in termini per l'impugnazione) tesi alla riapertura del processo, con possibile invalidazione del giudicato.

Si tratta di temi ricadenti nell'ambito applicativo dell'articolo 24 della Costituzione in tema di effettività del diritto di difesa, dato che la conoscenza dei termini fattuali dell'addebito e la convocazione effettiva dell'incolpato al giudizio ne rappresentano una precondizione, ed in questo le violazioni della Convenzione hanno rappresentato adeguato stimolo all'attuazione del principio costituzionale nel sistema interno.

Analogamente, l'intera rielaborazione delle modalità di formazione della prova dichiarativa in giudizio – alfine adottata con legge costituzionale, date le reminiscenze inquisitorie espresse dalla stessa Corte costituzionale negli anni novanta del secolo scorso- è stata di certo stimolata dalle accertate violazioni dell'articolo 6 della Convenzione in casi portati a Strasburgo (emblematico il caso *Dorigo*), caratterizzati dalla impossibilità del confronto antagonista tra l'incolpato e la fonte di prova .

Più di recente, l'influenza delle decisioni della Corte Edu – anche quelle emesse nei confronti di altri paesi – ha determinato l'approdo ad una diversa fisionomia del giudizio di secondo grado in caso di potenziale ribaltamento dell'esito assolutorio (con anticipazione dell'intervento legislativo operata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione) valorizzando il principio di immediatezza e la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio quale dimensione probatoria del giudizio di responsabilità.

Ed ancora, la tutela dell'affidamento nella dimensione legale della pena – derivante da disposizioni processuali vigenti al momento della adozione di una forma speciale di giudizio – ha determinato la censura di disposizioni interne contrarie al principio (il caso *Scoppola* del 2009), con conseguente apertura di incidente di legittimità costituzionale teso alla estensione *erga omnes* degli effetti della decisione emessa a Strasburgo, tramite la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione interna contrastante.

Così come la complessiva riforma – addottata nel 2014 – del sistema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti in espiazione di pena è essenzialmente il portato della decisione emessa nel 2013 dalla Corte Edu nel caso *Torreggiani ed altri*, con brutale presa d'atto della siderale distanza tra il 'dover essere' e la realtà carceraria italiana. Ne è seguito l'inserimento di previsioni di legge tese ad estrarre dai contenuti delle decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo le 'dimensioni concrete' dei doveri imposti all'amministrazione penitenziaria al fine di evitare lo sconfinamento in trattamenti inumani o degradanti, in perfetta aderenza ai contenuti dell'art.27 co.3 della Costituzione (rimasto sulla carta, nonostante gli allarmi in precedenza lanciati dalla stessa Corte costituzionale).

A fronte di tali complesse interrelazioni – cui va aggiunto il campo delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, cantiere aperto da interventi giurisprudenziali antecedenti e successivi alla decisione *De Tommaso* contro Italia emessa dalla Corte Edu nel 2017 ed approdato ad una importante decisione della Corte costituzionale nel 2019 con attuazione di principi speculari tra Costituzione e Convenzione – non soltanto può dirsi che i contenuti della Convenzione, al di là del formale riconoscimento di validità formale (con le sentenze gemelle del 2007) con rango *sub* costituzionale, innervano costantemente l'ordinamento interno, ma si pongono – nel quotidiano – come necessario metro di paragone della 'tenuta' delle singole scelte applicative delle disposizioni vigenti, in chiave di confronto con il quadro di valori espresso in entrambe le Carte.

In simile contesto, anche l'emersione di punti di vista in parte diversi – in ambito giurisdizionale – su singole questioni (è il caso della ricognizione dei caratteri concreti della *prevedibilità* operata dalla Corte Edu nel noto caso *Contrada* del 2015 in tema di concorso esterno in associazione mafiosa e, per certi versi, della confisca urbanistica) non appare frutto di volontà 'oppositive' alla importazione di principi convenzionali, ferma restando la necessaria dialettica interpretativa, quanto espressione di una ineliminabile autonomia di ragionamento e ricostruzione di profili fattuali e giuridici rilevanti per il 'riconoscimento' della *regola iuris* da applicare nel caso concreto.

In tal senso, è auspicabile che – in un momento storico caratterizzato da estrema precarietà degli assetti politici generali – prosegua, attraverso la sensibilità delle giurisdizioni, il percorso di reciproca integrazione e di mutua alimentazione tra le Carte.

V.Manes

Credo che la risposta a questa domanda sia già stata data dalla giurisprudenza comune e dalle decisioni della Corte costituzionale, negli ultimi tre lustri, non solo in materia penale: anche se questo campo di materia offre un osservatorio privilegiato, essendo un contesto altamente *rights-sensitive*, e a buon diritto è stato scelto come ambito elettivo per tracciare un bilancio sul "dialogo tra Corti".

Il saldo di questo bilancio – mi pare di poter dire – è certamente positivo, e va nella direzione di una costante contaminazione e di una mutua alimentazione, nel segno di un complessivo accrescimento dei livelli di tutela (salvo alcune zone d'ombra, come dirò); contaminazione forse maggiormente percepibile nei tracciati della giurisprudenza costituzionale, ma non priva di testimonianza ed echi anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo (ad es., *Viola c. Italia*), che del resto – credo sia un dato da sottolineare – anche e proprio in decisioni relative al nostro paese (solo per citarne alcune, *Scoppola*, *Grande Stevens*, *Sud Fondi*, *Varvara*, *Contrada*, ma anche *Dorigo*, *Sejdovic*, o *Torreggiani,* sino alle sentenze di Grande Camera *G.I.E.M. e De Tommaso*, *etc.*), e dunque su ricorsi proposti da avvocati italiani, ha avuto modo di affermare principi di notevole rilievo, se non apertamente innovativi nella propria, costante interpretazione "evolutiva".

Sarebbe superfluo, credo, elencare le decisioni della Corte costituzionale che hanno costruito le proprie *rationes decidendi* anche e soprattutto "dialogando" con la giurisprudenza della Corte EDU, ma può senza dubbio dirsi che questo è diventato un registro argomentativo costante, uno "stile" composto di forma e sostanza, e ormai un *legal reasoning* consolidato che peraltro negli ultimi anni tende a non servirsi più – o a servirsi solo in via residuale – della dottrina del "parametro interposto" (costruita sull'art. 117, primo comma, Cost.) preferendo una ermeneutica convenzionalmente orientata degli stessi principi costituzionali (ne è un esempio emblematico, *inter alia*, la sentenza n. 32 del 2020, che ha "reinterpretato" in senso evolutivo l'art. 25, secondo comma, Cost., e segnatamente il principio di irretroattività, ricomprendendovi le norme dell'ordinamento penitenziario a carattere "afflittivo", come del resto già in precedenza con riguardo alle sanzioni amministrative "punitive", a partire dalla sentenza n. 196 del 2010, poi confermata dalle sentenze n. 104 del 2014, n. 276 del 2016, ma anche n. 43 del 2017, etc.).

Segno, questo, di una "contaminazione" e di una "mutua alimentazione" giunta a piena maturazione, che vede nella "intrinseca capacità generatrice" e nella "perenne eccedenza assiologica" dei principi costituzionali una porosità e potenzialità ermeneutica tale da consentire di far filtrare opportune evoluzioni e costanti avanzamenti, nel segno di quella Costituzione – secondo la lezione di Peter Häberle – come *"öffentlicher Prozess"*, dominata dal "pensiero delle possibilità" (*Möglichleitsdenken)*, ed architrave di una "società aperta degli interpreti della Costituzione" (*offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*).

Non deve stupire il fatto che gli esiti siano stati spesso, come si sa, dirompenti, anche e soprattutto in materia penale.

La carica innovativa si spiega, anzitutto, dal diverso punto di osservazione che la Convenzione EDU – con la propria impostazione *rights-based* – impone, sollecitando la "rilettura" di istituti, concetti, categorie, ed interi universi di problemi: i punti di osservazione sono infatti degli "ordinatori di realtà", non solo nel mondo della fisica, cosicché mutando il punto di osservazione si modifica anche la realtà osservata.

Bastino due esempi.

L'adesione del "codice Rocco" e del tecnicismo giuridico al concetto formale di reato (art. 17 c.p.) – e ad una nozione di "antigiuridicità formale" – è stata letteralmente rovesciata dall'approccio sostanzialistico e dalla nozione antiformalistica di "*matière pénale*" accolta nella giurisprudenza di Strasburgo, una nozione autonoma volta appunto ad assicurare alle garanzie penalistiche (diritto ad un equo processo, principio di legalità, ma anche *ne bis in idem*, etc.) una tutela "non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta", come recita un costante *refrain* della Corte EDU. Su queste basi, si è reinterpretata in chiave *rights-oriented* l'intera costellazione delle garanzie penalistiche, secondo una direzione che – superando le dicotomie care al tecnicismo giuridico pena/misura di sicurezza, diritto sostanziale/diritto processuale, disciplina penale sostanziale/disciplina dell'esecuzione penale – ha consentito di smascherare, sul piano domestico, diverse e variegate ipotesi di "truffa delle etichette" (v. ad es. Corte cost. sentenza n. 196 del 2010, cit.), di bonificare in senso garantistico le più diverse ipotesi speciali di confisca "punitiva" (la confisca per equivalente, la confisca urbanistica, etc.), di assoggettare al *nullum crimen* come alla garanzie del *ne bis in idem* le "pene nascoste" (ossia le sanzioni sostanzialmente punitive, amministrative, tributarie, disciplinari, etc.) e che, di recente, ha fatto breccia anche nei sobborghi rimossi dell'esecuzione penale (appunto assoggettando al principio di irretroattività disposizioni penitenziarie a contenuto afflittivo: sentenza n. 32 del 2020, cit.): e promette di poter raggiungere ulteriori risultati in diversi contesti ancora largamente inesplorati (si pensi alle

norme processuali afflittive).

Una seconda testimonianza della carica rivoluzionaria del *rights-based discourse* si è avuta sul terreno delle misure di prevenzione, dove la verifica costituzionale – forse limitata dall'angolatura in certa parte angusta offerta dall'impostazione tradizionale – era ferma, come noto, alla sentenza n. 177 del 1980: con la celebre pronuncia della Grande Camera *De Tommaso c. Italia,* muovendo appunto dalla considerazione per cui ogni misura di ingerenza statale nei *fundamental rights* deve essere assoggettata alle garanzie della legalità – ed ai "*qualitative requirements*" della "accessibilità e prevedibilità" – ed al principio di proporzione, si è emancipata la discussione dal giogo del (problema di) inquadramento delle misure di prevenzione, mettendo da canto il problema della loro discussa natura penale, ed evidenziando comunque la loro invasività nella sfera dei diritti (libertà di circolazione, per le misure di prevenzione personali; diritto di proprietà, quanto alle misure di prevenzione patrimoniali). Si è così smascherato – da questa diversa inquadratura – un evidente *vulnus* di legalità e di "proporzionalità", con le conseguenze, ben note, coerentemente tratte dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 24 e 25 del 2019.

Certo sarebbe riduttivo intravedere solo luci, e frutto di una visione irenica, e forse ingenua, di questo processo di costante contaminazione.

Alcune ricadute della "distruttività creativa" della giurisprudenza europea, infatti, hanno determinato ripercussioni strutturali sulla fisionomia del sistema che rischiano di innescare – ed in taluni casi hanno già innescato – autentiche "crisi di rigetto". Così, in particolare, la nozione autonoma di "legge" aperta a ricomprendere – pur solo in una prospettiva di ampliamento delle garanzie – tanto il diritto legislativo quanto il diritto giurisprudenziale (*judge-made law*) ha posto le premesse per intaccare anche postulati fondanti della legalità costituzionale: e su questo versante ha determinato reazioni decise da parte della Consulta, specie con la sentenza n. 230 del 2012 (ma anche con la sentenza n. 115 del 2018, pur resa sul versante dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, *in re Taricco*), reazioni che hanno dunque evidenziato ambiti e profili dove le contaminazioni – vere o presunte che siano le responsabilità della Corte EDU – si mostrano decisamente problematiche, se non (costituzionalmente) impossibili.

Parallelamente, devono ancora essere esplorati a fondo autentici "buchi neri giuridici" che minacciano altrettanti problemi di innesto: in questa prospettiva, ad esempio, non va dimenticato che nella Convenzione EDU, e soprattutto nella giurisprudenza della Corte, affiorano sempre più spesso "obbligazioni positive" (*positive obligations*) in capo ai singoli Stati che talvolta si traducono in precipui "obblighi di tutela penale", con tutto il carico di problematicità che

questi generano quando vengono ad innestarsi in un contesto costituzionale, dove la tesi degli obblighi di tutela penale (*Pönalisierungsgebote*) e della loro "giustiziabilità" ha sempre visto la strada sbarrata – condivisibilmente – da precisi argini costituzionali.

F. Viganò

Direi senz'altro progressiva contaminazione, e assieme mutua alimentazione.

I rapporti profondi tra diritto penale e *Costituzione* sono stati messi in luce dalla nostra dottrina a partire dagli anni Settanta. E ciò grazie, in particolare, alla fondamentale opera di Franco Bricola, che ha gettato le fondamenta di quel "volto costituzionale del diritto penale" che costituisce – come ci rammenta Donini – il principale contributo della dottrina italiana alla dogmatica penalistica internazionale.

Qualsiasi manuale di diritto penale si apre oggi con l'illustrazione dei fondamentali principi che la Costituzione pone in materia: legalità (nei suoi quattro corollari della riserva di legge, della sufficiente precisione della norma, del divieto di analogia e del divieto di applicazione retroattiva *in peius*), offensività, personalità-colpevolezza, principio di umanità e funzione rieducativa della pena, divieto della pena di morte (e relativi corollari in materia di estradizione).

Ma i manuali più attenti sottolineano, altresì, come dal complesso dei principi costituzionali si evincano tutta una serie di ulteriori limiti alla potestà legislativa in materia penale, e all'esercizio concreto dello *ius puniendi*: dal generale vincolo di eguaglianza-ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. (a partire dal quale si è, ad esempio, dotato di fondamento costituzionale il principio della retroattività della *lex mitior*), al rispetto dei diritti fondamentali della persona nelle scelte di incriminazione, alla stessa conformazione delle sanzioni penali al metro del principio di proporzionalità della pena.

Sul versante giurisprudenziale, poi, tanto la Corte costituzionale quanto i giudici comuni da tempo valorizzano il ruolo dei principi costituzionali sul diritto penale, sul diritto processuale penale e sul diritto penitenziario. Credo che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia non abbia eguali, anche solo dal punto di vista quantitativo, rispetto al panorama del diritto comparato: basta sfogliare qualsiasi codice per rendersi conto immediatamente del numero elevatissimo di pronunce che, nel corso dei sessantacinque anni di vita della Corte, hanno dichiarato illegittime norme penali, processuali e penitenziarie. Negli ultimi anni, anzi, la Corte ha dato mostra di voler superare anche l'accentuato *self-restraint* che circondava tradizionalmente le scelte legislative in materia di selezione delle condotte penalmente rilevanti e di scelta delle pene, dichiarando parzialmente illegittima una fattispecie di grande rilievo nel

sistema come l'istigazione e aiuto al suicidio, nonché varie cornici edittali ritenute sproporzionate alla gravità del reato, tra cui quella – di enorme importanza prasseologica – prevista per il traffico di droghe c.d. "pesanti".

A partire grosso modo dall'inizio del nuovo secolo, su questa risalente attenzione ai principi costituzionali si è sovrapposto un interesse crescente dei penalisti per la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e per la giurisprudenza di Strasburgo.

Se non vedo male, un importante momento di svolta – dopo l'entrata in vigore della legge Pinto, nel 2001 – si è avuta nel 2005-2006, quando la Cassazione penale cominciò a dichiarare "non (più) eseguibili" sentenze di condanna da tempo passate in giudicato e già in parte eseguite, nell'ipotesi in cui il processo sfociato in tali condanne fosse stato celebrato in violazione del diritto al "giusto processo" di cui all'art. 6 CEDU, secondo quanto stabilito da una sentenza della Corte EDU resa nel caso specifico. La Cassazione non poteva qui adottare il rimedio principe, suggerito dalla stessa Corte EDU, di riaprire il processo revocando la sentenza di condanna, dal momento che tale rimedio non era ancora previsto dal codice di procedura penale; ma si rese conto – in buona sostanza – che continuare ad eseguire sentenze condanna rese in esito a processi "iniqui" dal punto di vista convenzionale si sarebbe tradotto in una ulteriore violazione dei diritti convenzionali del condannato, e in particolare del suo diritto alla libertà personale, compressa da una pena detentiva divenuta illegittima proprio perché scaturita da un processo non conforme alla Convenzione. E dunque, di fatto, paralizzò l'applicazione della pena, in attesa di indicazioni da parte del legislatore.

Nel 2007 si colloca poi la svolta storica rappresentata dalle sentenze gemelle, che conferiscono alla CEDU – e alla sua interpretazione da parte della Corte di Strasburgo – il rango "paracostituzionale" di norme interposte nel giudizio di costituzionalità, fatta salva la verifica della loro compatibilità con la stessa Costituzione.

A partire da questo momento, si susseguono sentenze di accoglimento che accertano la contrarietà di discipline legislative, o di loro letture giurisprudenziali, contrarie alla Convenzione. E ciò tanto in materia processuale penale (come nel caso della sentenza n. 113 del 2011, che introduce proprio l'ipotesi di revisione del processo in seguito a una specifica condanna della Corte EDU per violazione dell'art. 6 CEDU), quanto in materia penale (come nel caso recente della sentenza n. 25 del 2019, che dichiara illegittime talune sottofattispecie riconducibili alla norma che incrimina la violazione delle prescrizioni contenute in una misura di prevenzione personale, in ragione della loro eccessiva indeterminatezza, già ritenuta incompatibile con l'art. 7 CEDU dalla Corte EDU).

Anche la giurisprudenza comune ha, d'altra parte, proseguito con decisione sulla strada della progressiva integrazione delle garanzie convenzionali nell'ordinamento interno, grazie al duttile strumento dell'interpretazione conforme, che conduce – tra più interpretazioni possibili del testo normativo – a preferire quello compatibile con la Convenzione.

Questo recente e tumultuoso processo di progressiva integrazione della CEDU nell'orizzonte del giudice italiano (comune e costituzionale) ha condotto molti studiosi a interrogarsi sugli effetti di tale integrazione sull'ormai consolidato "volto costituzionale" del sistema penale. Molti autori – e forse anche una parte non trascurabile della magistratura – temono che essa provochi un complessivo scadimento delle garanzie costituzionali, così faticosamente conquistate. E ciò anche perché, si sente spesso polemicamente affermare, il diritto di Strasburgo sarebbe frutto di una giustizia di taglio casuistico e aliena dal pensiero sistematico, prodotta da giudici lontani dalle realtà sociali, politiche, istituzionali di ciascuno Stato.

Il che condurrebbe, in tesi, a quello scenario alternativo di *impossibile coabitazione*, cui alludeva la domanda.

Devo dire che non ho mai condiviso questi timori, sia per ragioni di principio, sia per considerazioni di carattere pratico.

Quanto alle *ragioni di principio*, la regola aurea del rapporto tra garanzie convenzionali e garanzie costituzionali è quella espressa dall'art. 53 CEDU sul versante "europeo", e dalla sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale sul versante "interno": quella cioè secondo cui la Convenzione non osta in alcun caso a che le costituzioni degli Stati parte possano riconoscere ai singoli diritti una tutela giuridica maggiore di quella assicurata in sede convenzionale, la quale costituisce soltanto uno *standard minimo* che tutti gli Stati si obbligano ad osservare. So bene che si tratta di una regola che non risolve tutti i problemi, specie nelle situazioni in cui si confrontano due distinti diritti, il cui bilanciamento potrebbe essere stabilito con criteri differenti dalla giurisprudenza costituzionale e da quella convenzionale; ma questi profili di problematicità non possono condurre a svalutare l'importanza della regola base, che ha una indubbia capacità di rendimento in una grande quantità di casi.

In materia penale, ad esempio, la Costituzione stabilisce – a differenza della Convenzione – una riserva di legge per la definizione dei reati e delle pene, che osta alla creazione di nuovi reati per via giurisprudenziale. Questa garanzia evidentemente resta ferma anche allorché l'ordinamento si apra alla penetrazione del diritto convenzionale. L'art. 7 CEDU pone l'accento su altri aspetti del principio di legalità, con i quali il giudice nazionale sarà chiamato a confrontarsi; ma non

obbliga affatto ad abbandonare la garanzia politico-istituzionale della riserva di legge stabilita dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Ancora, la consolidata interpretazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. afferma la natura sostanziale della disciplina della prescrizione del reato, e dunque la sua riconducibilità a tutti i corollari della legalità penale (riserva di legge, sufficiente precisione, divieto di analogia, divieto di applicazione retroattiva *in peius*). La circostanza che la giurisprudenza di Strasburgo non obblighi gli Stati ad applicare le garanzie dell'art. 7 CEDU alla disciplina della prescrizione, non esclude certo che lo Stato italiano possa continuare a riconoscere, anche in tale materia, le garanzie della legalità "nazionale", come chiarito dalla sentenza n. 115 del 2018.

Analogo discorso vale per la pena: la CEDU non afferma la sua necessaria funzione rieducativa; ma dal momento che questo principio è espresso a chiare lettere dalla Costituzione italiana, ad esso il giudice italiano (comune e costituzionale) resterà certamente vincolato.

Inoltre – e vengo alle *considerazioni di carattere pratico* – è facile constatare come l'integrazione tra orizzonte costituzionale e convenzionale nella prospettiva del sistema penale abbia prodotto, *di fatto*, effetti virtuosi nel senso del complessivo innalzamento delle garanzie: ciò che spesso, purtroppo, sfugge a quella parte della dottrina, penalistica e processualpenalistica, che continua a temere che dalla contaminazione tra le due ottiche derivi a conti fatti un abbassamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Il diritto convenzionale costringe l'interprete a pensare ai principi non solo come "valori" oggettivi, ma anche – e soprattutto – in funzione delle esigenze di tutela dei *diritti delle persone* sulle cui esistenze le norme vanno a incidere. Non già – attenzione – in una prospettiva individualistica, o atomistica; ma nella prospettiva, tipica delle tradizioni costituzionali europee, di una persona pensata come inserita in una determinata società, e titolare di una fitta serie di diritti e assieme di doveri di solidarietà nei confronti del prossimo. Una prospettiva, ancora, che mette sempre in conto la possibilità che i suoi interessi possano essere ritenuti recessivi nei confronti di quelli dei terzi o della collettività nel suo complesso, al metro del (e nei limiti consentiti dal) super-principio di proporzionalità.

Pensare al diritto dal punto di vista della persona coinvolta è, mi pare, un approccio prezioso, e in larga parte nuovo per la sensibilità del penalista. Il diritto penale, si insegna tradizionalmente, non tutela "diritti", ma "beni giuridici": interessi della società nel suo complesso, anche quando si tratti di beni individuali come la vita, il patrimonio, la libertà; la tutela dei diritti soggettivi sarebbe, in quest'ottica, compito esclusivo del diritto civile. E i limiti costituzionali allo *ius*

puniendi, così come quelli applicabili al processo penale, sono sempre stati intesi primariamente come "principi ordinamentali" più che come "diritti fondamentali" delle persone coinvolte dal processo e dalla pena.

Il diritto convenzionale interviene a spostare lo sguardo sulla prospettiva della persona: sul destinatario della norma penale, sulla vittima del reato, sull'imputato, sul condannato. Con effetti rimarchevoli, per l'interprete.

Pensiamo al principio di legalità: il diritto convenzionale orienta alla prospettiva della prevedibilità, da parte del destinatario della norma, dell'applicazione della sanzione penale. Non basta che la norma penale sia espressa da una legge; né che il risultato dell'interpretazione – la conclusione cioè che la norma penale è applicabile anche a casi come quello di specie – sia raggiunto dal giudice in esito a itinerari argomentativi giuridicamente sostenibili; ma occorre, altresì, che questo risultato interpretativo potesse essere *ragionevolmente previsto dall'interessato* al momento della commissione della condotta. Il che non sarebbe stato affatto scontato, muovendo dalla tradizionale prospettiva costituzionale, fondata sugli artt. 25 e 27 Cost.

Ancora, le garanzie del *nullum crimen* sono state estese dalla Corte EDU anche a sanzioni formalmente qualificate come amministrative, civili, disciplinari, etc., ma dalla natura sostanzialmente "punitiva". Tale estensione è stata giustificata sulla base dell'esigenza di tutelare la persona contro misure che incidono sui suoi diritti in maniera egualmente, o a volte ancora più afflittiva rispetto alle sanzioni anche formalmente qualificate come penali; e la giurisprudenza italiana, costituzionale e comune, ha ormai con decisione adottato questa stessa ottica, estendendo correlativamente le stesse garanzie costituzionali a sanzioni di carattere "punitivo".

Forse la più spettacolare conseguenza del mutamento di prospettiva determinato dall'impatto del diritto convenzionale – e dell'approccio *right-oriented* ad esso sotteso – è però rappresentato dal progressivo sgretolamento del "mito" del giudicato in materia penale. In esito a quello che è stato felicemente definito (Lamarque) come un "gioco di squadra" tra Corte costituzionale e Corte di cassazione, è stata progressivamente superata l'idea della non modificabilità della statuizione sulla pena consacrata nella sentenza definitiva di condanna, tradizionalmente giustificata in nome del principio ordinamentale "oggettivo" della certezza dei rapporti giuridici: principio che la giurisprudenza ha preso a considerare recessivo, a fronte dell'esigenza di restaurare la legalità convenzionale e costituzionale, che non può tollerare la perdurante esecuzione di pene irrogate sulla base di norme contrarie alla CEDU, o alla stessa Costituzione italiana. E ciò in quanto tale esecuzione si tradurrebbe – esattamente come nei casi del 2005-2006 poc'anzi menzionate – in

una illegittima compressione dei diritti dei condannati.

Sconvolgimenti tellurici, tutti quelli evidenziati, che sarebbero stati impensabili senza l'influsso del diritto convenzionale, ma che al tempo stesso si riverberano sulla interpretazione e applicazione delle stesse garanzie costituzionali, divenute ormai sempre più attente alla loro dimensione di tutela degli interessi di persone in carne ed ossa, e non più solo di principi oggettivi.

2) Quale peso gioca il giudice nazionale(costituzionale e non) nell'attuazione dei diritti fondamentali in materia penale per effetto del concentrico uso delle Carte dei diritti fondamentali? E quale il ruolo dell'Avvocato?

R. Magi

La sensibilità degli operatori – in chiave culturale – è il vero tema che abbiamo di fronte in questi anni.

Il rischio concreto è quello di uno strumento molto potente ma sostanzialmente inattuato.

Al di là degli aspetti dogmatici, correlati al dovere di interpretazione convenzionalmente conforme (salva la proposizione di incidente di legittimità costituzionale in caso di contrasto non sanabile in via interpretativa), ciò che rileva è la adozione di paradigmi operativi che, adottando un ambito dubitativo del 'già detto', siano in grado di 'riconoscere' il potenziale contrasto interpretativo tra le disposizioni tese a regolamentare il caso concreto e il contenuto dei principi estraibili dalle Carte.

Molte volte un simile approccio manca ed i profili ricostruttivi in diritto – ferma restando la ovvia esistenza di casi tali da ridimensionare questa affermazione – vengono scarsamente coltivati in sede di prima applicazione e restano appannaggio del giudice di legittimità e/o della Corte costituzionale, ove evocata.

Ciò perché nelle concrete vicende processuali penali domina, in prima battuta, l'ansia della ricostruzione dei fatti – aspetto peraltro più che comprensibile – e la verifica delle opzioni interpretative in diritto resta affidata, sovente, ad una veloce consultazione di massime giurisprudenziali.

Incidono sul complessivo quadro testè descritto problematiche strutturali della organizzazione giudiziaria, tese a valutare la produttività dei magistrati in termini strettamente quantitativi ed a promuovere approcci di malintesa efficienza .

Salve le ipotesi di diretta incidenza di regole normative elaborate in sede UE (ad esempio nel controllo della immigrazione o in discipline di settore come il trattamento dei rifiuti o nei casi di cooperazione imposta da strumenti come il MAE) il primo approccio della giurisdizione tende a restare sul crinale dell'ossequio al precedente massimato (di pronta reperibilità) e non a caratterizzarsi in termini di elaborazione critica, circa il rapporto tra disposizione interna e variabili di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Una costante richiesta di 'certezze sedimentate' mossa – come in altri ambiti sociali – dal rifiuto della complessità e dall'ansia della risposta .

Ciò carica di responsabilità tanto l'Avvocatura – tenuta alla elevazione della caratura professionale dei singoli ed alla diffusione di strumenti di consultazione adeguati-, che l'intero sistema di reclutamento e formazione dei magistrati, che a mio parere non può evitare di prendere atto della necessità di promuovere un diverso approccio, maggiormente consapevole della pluralità di fonti e del compito – del giudice comune – di armonizzarne i contenuti.

In altre parole, in troppi casi tende a riscontrarsi una carente diffusione e conoscenza concreta degli orientamenti giurisprudenziali elaborati – in chiave di attuazione dei diritti fondamentali – tanto dal giudice interno che dalle giurisdizioni sovranazionali e ciò determina 'distanza' dei singoli operatori giuridici da temi che, se ben dominati, consentirebbero un esercizio della giurisdizione più aderente ai principi .

In un simile quadro, di necessaria 'affermazione' di uno strumentario operativo e concettuale che dovrebbe essere largamente diffuso (anche allo scopo di prevenire scostamenti tra esiti dei singoli giudizi e successive variazioni dei medesimi) si inserisce – come ulteriore fattore problematico – l'emersione di resistenze idelogiche, anche in sede parlamentare, alla attuazione di strumenti di dialogo 'preventivo' tra le alte giurisdizioni come la vicenda della mancata ratifica del Protocollo n.16 alla Convenzione sta a dimostrare.

Come si è cercato di dire in precedenza il rispetto dei diritti fondamentali non è strumento di ingiustificata 'riduzione' della portata punitiva – come si è a volte propagandato – quanto esigenza primaria tesa alla stabilizzazione della dimensione cognitiva del processo, alla proporzionalità delle sanzioni, al rispetto della dignità umana.

V. Manes

Come accennato, il giudice nazionale – comune e costituzionale – ha svolto, svolge ed è destinato a esercitare un ruolo senza dubbio decisivo e, direi, non surrogabile.

Anche qui, per una ragione molto semplice: e la ragione è che l'attuazione dei diritti fondamentali, la soddisfazione delle loro aspettative di tutela, il grado di protezione agli stessi effettivamente riconosciuto, si misurano *in vivo*, non *in vitro*, e nelle frizioni e lacerazioni che gli stessi subiscono nell'attrito con i casi concreti.

I diritti fondamentali – come recita il fortunato titolo di un saggio di Alan Dershowitz, *Rights from wrongs* – nascono dall'esperienza dell'ingiustizia, e questa esperienza è sempre accadimento concreto, particolare, contingente e mai "acronico", originale e talvolta unico per i contrassegni che lo caratterizzano. In altri termini, è di fronte al caso concreto – ed al cospetto della infinita varietà prismatica dei casi – che si pone il problema della loro tutela, e di prospettive di protezione sempre nuove e diverse (il che spiega anche il successo della Corte europea dei diritti dell'uomo, al cui cospetto giunge una infinita varietà di casi per il tramite di quello strumento prodigioso che è il "ricorso individuale").

Se è così, il primo custode di queste frizioni è il giudice comune, che è anche il primo garante dell'effettività delle misure di tutela in astratto affermate e promesse con riguardo ai diversi diritti fondamentali: punto cruciale, giacché – come amava ricordare il giudice francese Pettiti – "*En matière de droits de l'homme il y a un seul critère de application sérieux, c'est l'effectivité des mesures de protection*".

Solo se questo primo, nevralgico momento di controllo non opera o "fallisce", del resto, può intervenire la protezione della Corte europea, in quel sistema di tutela dei diritti che attribuisce alla Convenzione solo un *livello di protezione minimo* e comune a tutti gli Stati membri (sempre da questi derogabile prevedendo più elevati *standard* di tutela: art. 53 CEDU); e che, soprattutto, ha nel *principio di sussidiarietà* un canone fondamentale (ora espressamente evocato in un *Considerando* finale introdotto nel *Preambolo*, per effetto di una modifica introdotta con il Protocollo 15, in attesa che entri in vigore per effetto della legge di ratifica ancora non pubblicata), in forza del quale si visualizza una precipua divisione di compiti tra la Corte e le Alte Parti contraenti (gli Stati) secondo il modello della *shared responsiability*. Una "responsabilità condivisa", dunque, dove Stati, anche e soprattutto in sede giurisdizionale, hanno dunque un primo, fondamentale compito di tutela, rispetto al quale alla Corte EDU spetta un compito di *supervisione*, piuttosto che di *revisione*, operando come una sorta di "*conscience qui sonne l'alarme*" – come ebbe a definirla Pierre-Henri Teitgen – quando, appunto, a livello nazionale è stata perpetrata una violazione degli *human rights*, alla quale non è stato posto riparo.

Il giudice nazionale, dunque, è il primo giudice dei diritti umani, di cui è custode e garante.

In questo compito di tutela, peraltro, un ruolo altrettanto importante è svolto – è appena il caso di evidenziarlo – dall'avvocato, che non è spettatore o corifèo, ma autentico deuteragonista del giudice: può e deve stimolare in ogni momento – ponendo il problema, suggerendo i percorsi di una interpretazione conforme, sollecitando la prospettazione della questione di costituzionalità – "l'effettività della tutela dei diritti" ampliando l'orizzonte problematico e la platea delle possibili soluzioni con il "punto di vista" originale generato dal ruolo di *imparziale parzialità* che gli è caratteristico.

Credo che questo compito sia altrettanto decisivo, e mi sentirei di dire che di fronte a questa sfida culturale la magistratura e l'avvocatura italiana hanno dato, sino ad ora, una risposta sollecita, attenta, a tratti straordinaria, se misurata con le esperienze di altri contesti europei, di tradizione pur giuridicamente avanzata come quella italiana.

F. Viganò

Il ruolo dei giudici, comuni e costituzionali, è stato ed è davvero cruciale nel nostro paese; e parallelamente lo è il ruolo degli avvocati, che hanno la prima responsabilità di richiamare l'attenzione dei giudici alla necessità di tenere sempre in considerazione, nell'interpretazione a applicazione del diritto, le esigenze di conformità alla Costituzione e alla Convenzione.

Le strade per assicurare questa conformità sono, come è noto, almeno tre; e tutte passano per il giudice comune, autentico *gatekeeper* della penetrazione del diritto convenzionale nel nostro ordinamento.

La *prima strada*, ben nota, è quella dell'*interpretazione conforme*: tra più letture possibili del dato normativo, il giudice è tenuto a privilegiare quella che meglio armonizzi tanto con la Convenzione, quanto con la Convenzione.

E qui vorrei sottolineare un profilo forse non del tutto banale. La CEDU deve, certo, essere assunte dal giudice nel significato attribuitole dal "suo" giudice, la Corte di Strasburgo nella propria giurisprudenza (intendendosi con tale espressione l'insieme dei principi che si possono evincere dalle sentenze della Corte che interpretano e applicano i diritti convenzionali: tanto da quelle che concernono il nostro paese, quanto quelle che riguardano altri Stati parte). Ma, nella ricerca di una interpretazione conforme, il giudice italiano non può arrestarsi alla constatazione che la specifica questione sottoposta al suo esame non sia ancora stata decisa dalla Corte EDU, ovvero che non sussista ancora una "interpretazione consolidata" da parte di quella Corte ai sensi della sentenza n. 49 del 2015. In effetti, anche in assenza di precedenti in termini, il giudice italiano – comune e costituzionale – dovrà *egli stesso* interpretare la Convenzione, come

giustamente sottolineato dalla sentenza n. 68 del 2017, sviluppando – se necessario in maniera originale – i principi generali enunciati dalla Corte EDU.

Qualsiasi giudice italiano deve insomma essere realmente il "primo giudice" della Convenzione: nel senso pregnante di giudice che "interpreta" e "applica" il diritto convenzionale con riferimento al caso sottoposto alla sua attenzione, contribuendo così a sviluppare lo stesso diritto convenzionale all'interno dell'ordinamento; e magari anche coltivando in cuor suo la prospettiva di innescare un dialogo fruttuoso con la stessa Corte di Strasburgo, in un processo "*bottom-up*" che serva a rappresentare a quella stessa Corte il punto di vista e i problemi dell'ordinamento dello Stato membro, affinché di essi tengano conto i giudici europei nella successiva elaborazione della loro giurisprudenza, poi destinata a vincolare gli Stati secondo una logica troppo spesso pensata come unicamente "*top-down*" (e per questo vista a volte con insofferenza da molti giuristi nostrani). Un dialogo, quello cui sto pensando, che certo potrebbe essere perseguito con maggiore effettività qualora fosse in futuro ratificato il Protocollo XVI, che prevede la possibilità di una diretta interlocuzione tra le corti supreme (comuni e costituzionali) nazionali e la Corte di Strasburgo.

La *seconda strada*, spesso dimenticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, è quella della *diretta applicazione* della CEDU e dei suoi protocolli. Una strada che – come ho scritto in numerose occasioni in passato – continua a essere praticabile (e doverosa) anche dopo le sentenze gemelle del 2007, che si sono limitate a escludere la possibilità, per il giudice comune, di *disapplicare* una norma nazionale contrastante con la Convenzione; ma non hanno certo inteso rimettere in discussione la possibilità, affermata dalla Cassazione sin dalla fine degli anni Ottanta con il caso *Polo Castro* e poi con il caso *Medrano*, di applicare direttamente le norme della Convenzione, incorporate nell'ordinamento interno in forza della clausola di piena e intera esecuzione contenuta nella legge n. 848 del 1955, quanto meno allorché esse vadano a inserirsi in uno spazio giuridicamente vuoto, ossia non regolato in modo antinomico dalla legge italiana. Un buon esempio, su cui varie volte ho già richiamato l'attenzione, è rappresentato a mio avviso dalla "regola *Drassich*", ossia dalla regola – fissata dalla giurisprudenza della Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 6 CEDU – che impone al giudice penale di sollecitare una interlocuzione della difesa sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto contestato dal p.m.: una regola la cui applicazione non richiede di disapplicare alcuna disposizione contrastante del c.p.p., e che può invece direttamente essere applicata dal giudice semplicemente ad integrazione della disciplina codicistica.

Infine, qualora non siano possibili né l'interpretazione conforme (per l'insuperabile resistenza offerta dal testo della disposizione di legge nazionale), né la diretta applicazione del diritto convenzionale (per la presenza, nell'ordinamento interno, di una legge antinomica), al giudice residuerà soltanto la *terza strada*: quella cioè della sollevazione di una questione di legittimità costituzionale della legge interna incompatibile con la CEDU o i suoi protocolli. Responsabile della risoluzione dell'antinomia diverrà a quel punto – ma soltanto a quel punto – la Corte costituzionale, secondo il meccanismo inaugurato dalle sentenze gemelle.

Anche qui nell'ottica di un "gioco di squadra", in cui ciascun attore giurisdizionale – nell'ambito delle proprie attribuzioni – è chiamato ad assicurare l'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti assieme dalla Costituzione e dalla CEDU nell'ordinamento nazionale.

E ciò senza dimenticare – non è forse inopportuno rammentarlo – il ruolo che dovrebbe essere svolto "a monte" da un legislatore cosciente dei propri obblighi internazionali, oltre che costituzionali. Un legislatore che è in effetti più volte intervenuto, specie negli ultimi due decenni, per adeguare il sistema penale ad alcuni almeno degli obblighi convenzionali rispetto ai quali la Corte EDU aveva registrato le violazioni più significative (dalla questione dei rimedi risarcitori per l'irragionevole durata dei processi, al superamento del processo in contumacia, al contrasto al sovraffollamento carcerario, all'introduzione del delitto di tortura, etc.).

3) Quale ruolo sono destinati a giocare la Carta UE dei diritti fondamentali in materia penale rispetto alla Costituzione e alla CEDU e, con essa i giudici nazionali e quelli sovranazionali?

R. Magi

Strumento di fondamentale importanza, la Carta UE dei diritti fondamentali, tende a porsi quale primario canone interpretativo del diritto dell'Unione e a ricadere, pur con le note cautele (art.52), nella complessiva ricognizione del diritto vivente.

Di particolare interesse il riferimento espresso – in ambito penale – al principio di necessaria proporzione tra reato e sanzione (art.47 co.3), aspetto non contemplato in modo espresso nelle altre carte fondamentali, tale da rappresentare un connotato peculiare dello strumento in parola, già adoperato in talune decisioni dei giudici comuni e della stessa Corte Costituzionale.

E' evidente che la applicazione concreta delle disposizioni richiede (art.51) l'esistenza di un atto normativo dell'Unione (ad es. la Direttiva 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali ne rende applicabili i contenuti sui temi trattati) e pone il tema della compatibilità della legge interna con i contenuti della Carta, di espressa vocazione costituzionale,

con tutto ciò che ne deriva tanto in termini di possibile disapplicazione delle norme interne (contrastanti con il diritto UE immediatamente applicabile, come accaduto in ambito penale in tema di disciplina della immigrazione) che di doppia pregiudizialità (Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, secondo le indicazioni fornite nella nota decisione n.269 del 2017 di quest'ultima).

Ciò che rileva, sul piano delle opzioni concrete, è la consapevolezza del necessario orizzonte armonico delle iniziative giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali, nel senso che l'interprete deve porsi alla ricerca di soluzioni che, partendo dall'esame del caso, mirino alla individuazione della 'massima espansione possibile' della tutela (riconoscibile nell'ambito dei diversi strumenti) così come previsto dalle stesse Carte. Il controllo delle opzioni legislative e l'esame dei potenziali contrasti tra il contenuto di una legge ordinaria, esteso al *modus* applicativo della medesima, ed i principi espressi nelle Carte, deve inoltre porsi il problema degli effetti *erga omnes* della decisione, indubbiamente garantiti soltanto da interventi della Corte Costituzionale, tesi alla conformazione e all'adattamento del diritto interno.

Al contempo, non vi è dubbio che i contenuti di fondo della Carta Ue – tendenzialmente ricognitivi di principi e valori comuni con le altre Carte – fungono da strumento di limitazione e controllo dei contenuti delle norme espresse dalla istituzione europea e tendono – indubbiamente – a ricadere nelle opzioni interpretative delle disposizioni interne anche in ambiti non espressamente regolati dal diritto dell'unione, in virtù di quella sensibilità ai valori di fondo che guida la ricostruzione sistematica del 'diritto' applicabile.

Anche in questo caso, pertanto, la questione resta, come si è detto in precedenza, di orientamento culturale, con tutti i limiti già evidenziati.

Le indicazioni in tema di proporzionalità e funzionalità delle limitazioni ai diritti fondamentali della persona – legittime in quanto utili alla tutela dei valori della convivenza democratica – dovrebbero guidare costantemente l'operato dei giudici e non dovrebbero essere estranee alle iniziative degli organi dell'accusa pubblica.

V. Manes

Anche in questo caso mi pare che la risposta sia in gran parte anticipata dalla *law in action*, e da orientamenti giurisprudenziali che – a tutti i livelli, della giurisprudenza comune, di legittimità, costituzionale – ha riconosciuto e via via riconosce sempre più uno spazio importante alla *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (CDFUE), che del resto si è vista attribuire lo stesso valore giuridico dei Trattati ed è stata dunque trasformata in *written primary law*, con tutto il suo consistente elenco di diritti e di libertà (ed anche di garanzie precipuamente penalistiche: artt.

47-50), che quindi possono operare non solo come strumento interpretativo, ma anche come nuova leva per il meccanismo della disapplicazione.

Due considerazioni, al riguardo.

La prima è che – non diversamente da quanto accaduto con la Convenzione EDU, per molti anni apparsa un semplice *deja vu* al cospetto della Costituzione democratica del 1948, sostanzialmente coeva –, l'apporto di originalità, già indubbiamente significativo, dipenderà ovviamente dalla interpretazione evolutiva che – anche grazie al "dialogo" con i giudici nazionali ed allo strumento offerto dal "rinvio pregiudiziale" – la Corte di Giustizia vorrà e saprà offrire con riguardo ai singoli diritti, concretizzandone volta a volta la portata precettiva e specificando le implicazioni assiologiche, ed "e-nucleando" i sotto-principi e i corollari che dalla singola disposizione volta a volta considerata potranno essere desunti. Volendo fare un paragone, è appena il caso di ricordare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, come si sa, è stata estremamente prolifica e "creativa" in questa opera di continua ricognizione, giungendo spesso a promuovere interpretazioni molto distanti dal testo della Convenzione, sino a ricavare – ed è solo un esempio – dall'art. 7 CEDU il canone della *lex mitior* (*Scoppola*) o l'esigenza che tra autore e fatto vi sia un "*lien de nature intellectuel*" (*Sud Fondi*), in linea del resto con la sua natura di "*living instrument*", "strumento vivente" proprio perché aperta ed aggiornata attraverso l'"interpretazione evolutiva" che la Corte stessa offre, facendo peraltro ormai ampio uso della stessa CDFUE.

La seconda considerazione è che il "campo gravitazionale" della Carta tenderà, verosimilmnete, ad ampliarsi sempre più, anche in materia penale: non solo e non tanto in forza di "generose" interpretazioni – specie da parte della Corte di Lussemburgo – del principio secondo il quale le disposizioni della stessa "[...] si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51 CDFUE); quanto in ragione della natura trasversale ed ubiquitaria dei diritti fondamentali che sono *naturaliter* messi a repentaglio al cospetto della sanzione criminale e/o nel processo penale – contesti come si diceva estremamente *rights-sensitive* –, ed in ragione, soprattutto, di atti di armonizzazione che ormai hanno ad oggetto garanzie fondamentali che a fatica si lasciano ridurre e circoscrivere all'ambito del diritto UE (l'esempio è proprio la *Direttiva 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*); senza contare l'effetto di "traino" che la prossima operatività della Procura europea (EPPO) potrebbe implicare, alimentando un sempre maggior ricorso alla Carta ed alle interpretazioni dei giudici del Kirschberg.

In questa cornice, il problema sarà dunque quello della c.d. sovrapposizione di tutele (c.d. *overlapping protection*) e della concorrenza tra le diverse Carte dei diritti (Costituzione, CEDU, CDFUE) e le diverse interpretazioni, che non sempre sono convergenti o armoniche (come testimoniano le oscillazioni in tema di *ne bis in idem*) e che dunque possono preludere ad applicazioni diseguali, specie in sede diffusa, dove al giudice comune può offrirsi – come si è visto – una platea di opzioni diverse davvero notevole: e questa è anche la ragione per la quale, credo, la Corte costituzionale ha cercato di avocare a sé un compito preliminare di controllo (a partire dal celebre e molto discusso *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017) che però non è certo "escludente" nei confronti del giudice comune e che peraltro la stessa Corte – credo vada riconosciuto – non stenta a condividere con la Corte di giustizia, ove necessario (ne sono prova i rinvii pregiudiziali disposti con l'ordinanza n. 24 del 2017, nel caso *Taricco*, così come con l'ordinanza n. 117 del 2019, in tema di *nemo tenetur se detegere*).

Anche di fronte a questa ulteriore sfida aperta dal "sistema integrato di tutele" in materia di diritti fondamentali, alcuni strumenti di gestione e soluzione dei possibili conflitti sembrano offerti da alcune clausole sistematiche, che riconoscono sempre preminenza al maggior *standard* di tutela eventualmente riconosciuto in sede domestica (in forza del "principio di vantaggiosità" o *Günstigkeitsprinzip*: art. 53 CEDU e art. 53 CFDUE), e soprattutto – sul piano del metodo – sono rappresentati da una direttrice di marcia già da tempo indicata dalla Corte costituzionale quando ebbe ad affermare – in un caso che, al cospetto con la Convenzione EDU, prospettava delicati bilanciamenti tra diritti e valori fondamentali apparentemente confliggenti – che "[...] il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti" (sentenza n. 317 del 2009).

F. Viganò

Ho sin qui parlato solo della CEDU, ma è vero che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è ormai divenuta anch'essa un punto di riferimento obbligato per il giudice italiano, nella definizione degli standard di tutela dei diritti fondamentali.

E ciò almeno da un duplice punto di vista.

Anzitutto, i diritti riconosciuti dalla Carta sono vincolanti per tutte le autorità dello Stato membro – e dunque, *in primis*, per i suoi giudici, comuni e costituzionali (e salva naturalmente la possibilità di opporre ad essi i controlimiti) – all'interno dell'ambito di applicazione del diritto

dell'Unione, ai sensi dell'art. 51 della Carta.

Ma anche al di fuori di tale ambito di applicazione, i diritti della Carta – e la loro interpretazione ad opera del "loro" giudice, la Corte di giustizia – sono naturalmente destinati ad assumere la funzione di strumenti che ispirano l'interpretazione delle parallele garanzie costituzionali, arricchendone e illuminandone il significato; e ciò anche a evitare il risultato di una applicazione "a macchia di leopardo" di diversi standard di tutela dei diritti fondamentali tra le (sempre più numerose) materie armonizzate dal diritto dell'UE e tutte le altre – una situazione, questa, che non potrebbe che sollevare gravi interrogativi, al metro del generalissimo principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.

Anche rispetto all'integrazione della Carta nell'ordinamento nazionale, d'altra parte, il ruolo cruciale è stato sinora svolto – e sarà verosimilmente svolto in futuro – proprio dai giudici, a ciò sollecitati da una classe forense che mi auguro sarà sempre più attenta anche a questa nuova dimensione di tutela.

Ancora una volta un ruolo da protagonista spetta, in questo ambito, al giudice comune, chiamato ad interpretare e applicare la Carta nei casi sottoposti al suo esame e a interpretare le norme nazionali in maniera conforme alla Carta stessa. E va in proposito rammentato che le stesse disposizioni della Carta debbono essere intese, ai sensi dell'art. 52(3) CDFUE, come incorporanti le corrispondenti garanzie riconosciute dalle norme della Convenzione europea, secondo l'interpretazione fornitane dalla Corte di Strasburgo; garanzie, queste ultime, che costituiscono dunque lo standard minimo di tutela dei diritti della Carta, senza pregiudizio per la possibilità di quest'ultima di stabilire un livello di tutela più elevato (art. 53 CDFUE). L'*acquis* convenzionale entra dunque nella Carta, e di qui "passa" nell'ordinamento degli Stati membri, con il rango caratteristico – e la forza giuridica – del diritto primario dell'Unione.

Ma un ruolo importante può essere ora giocato, in questo processo di integrazione delle garanzie della Carta nell'ordinamento interno, anche dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 269 del 2017 ha affermato la propria competenza a esaminare – sotto il duplice profilo degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – le questioni di compatibilità tra norme di legge nazionali e i diritti riconosciuti dalla Carta; competenza poi di fatto esercitata in numerose occasioni successive, ben note ai lettori di questa rivista.

Proprio l'esperienza recente della Corte costituzionale mostra come questa integrazione possa svolgersi anche attraverso un dialogo diretto con la Corte di giustizia, attraverso il duttile strumento del rinvio pregiudiziale, attivato recentemente con le ordinanze n. 117 del 2019 e n.

182 del 2020, entrambe aventi a oggetto disposizioni della Carta, dalla cui interpretazione la Corte costituzionale ha ritenuto dipendesse la risoluzione della questione di legittimità costituzionale a lei sottoposta.

Il tutto nell'ottica di ricerca di standard minimi comuni, a livello europeo, di tutela dei diritti fondamentali. Standard comuni che, conviene ripeterlo a evitare fraintendimenti, sono non già funzionali a un abbassamento delle tutele già riconosciuti a livello nazionale dalle singole costituzioni, ma anzi a un innalzamento di tali tutele, ogniqualvolta lo standard nazionale non sia adeguato a quello minimo europeo.

4.Le repliche

Francesco Viganò

Le risposte di Vittorio Manes e Raffaele Magi sono in pressoché totale consonanza con lo spirito che anima anche le mie osservazioni: sicché non ho molto da aggiungere o da chiosare rispetto ai loro interventi, come sempre acutissimi.

Mi limito, allora, a segnalare come la sentenza *Consob* della Corte di giustizia, pubblicata lo scorso martedì 2 febbraio in risposta al rinvio pregiudiziale formulato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 117 del 2019, si inserisca benissimo nel quadro che tutti e tre abbiamo cercato di delineare.

Il nostro rinvio pregiudiziale – che a sua volta aveva tratto spunti decisivi dalla pregevole ordinanza della Corte di cassazione che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, oltre che dai contributi di rimarchevole spessore offerti in giudizio dalle parti – poneva alla Corte di giustizia il tema della possibile applicazione del 'diritto al silenzio', o *privilege against self-incrimination*, all'ambito dei procedimenti amministrativi sanzionatori di natura 'punitiva', come quello oggetto del giudizio *a quo*.

E lo faceva a fronte di norme di diritto derivato, fedelmente trasposte dal legislatore italiano, che sembravano imporre di sanzionare ogni condotta di mancata cooperazione con le indagini della Consob, inclusa quella del rifiuto di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere una responsabilità del soggetto per un illecito sanzionabile dalla stessa Consob. Un tale obbligo era apparso alla Corte di cassazione, e poi alla stessa Corte costituzionale, di problematica compatibilità con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., così come ai principi del "giusto processo" e della presunzione di innocenza posti dall'art. 6 CEDU e dagli artt. 47 e 48 della Carta; e su questa base la Corte costituzionale aveva tra l'altro chiesto alla Corte di giustizia se quelle norme di diritto derivato fossero interpretabili in maniera conforme ai diritti in questione, sì da

escludere l'obbligo di sanzionare chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità.

In tal modo, la Corte italiana non si era limitata a opporre alle norme UE un diritto fondamentale riconosciuto dalla *propria* tradizione costituzionale *nazionale* – il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., peraltro sinora mai applicato nella declinazione qui in discussione a procedimenti sanzionatori amministrativi –; ma aveva sollecitato la Corte di giustizia a riconoscere essa stessa tale diritto fondamentale, sulla base di una lettura della Carta conforme, *assieme*, alla Convenzione europea e alle tradizioni costituzionali *comuni*. E la Corte, come abbiamo potuto constatare martedì scorso, ha raccolto questa sollecitazione, riconoscendo anzitutto come *proprio* – con valenza nell'intero spazio giuridico dei 27 Stati membri – questo diritto fondamentale.

Un proficuo esempio, direi, di dialogo tra le Corti: secondo un modello assai distante, mi pare, dalla prospettiva di una passiva ricezione di responsi oracolari di Strasburgo o di Lussemburgo ad opera delle Corti nazionali, e orientato piuttosto a far sentire la voce dei giudici nazionali nell'opera *collettiva* di graduale costruzione e rafforzamento di un diritto comune dei diritti fondamentali in Europa.

.

V. Manes

Condivido pienamente la valutazione che di questa importante sentenza ha dato Francesco Viganò, perché mi pare che essa testimoni come e quanto la "fertilizzazione incrociata" tra i vari sistemi di tutela possa alimentare i livelli di protezione, avvicinandosi al *maximum standard*, ma ancor prima di quanto le *cross constitutional influences* possano attivare la potenzialità assiologica di principi che – pur vantando ascendenze antiche – sono per qualche ragione rimasti in ombra, o sedati in una sorta di "letargo giuridico" nel singolo ordinamento, e che il contatto con nuove prospettive di inquadramento e con l'originalità del caso concreo conduce ad una rinascita, talvolta quasi una sorta di "epifania" o di "*sudden revelation*".

E' stato così, del resto, per il *ne bis in idem*, canone tralatizio che ha visto erompere le proprie potenzialità assiologiche al contatto con una concatenazione di nuove prospettive ermeneutiche: a partire dalla grande sentenza armonizzatrice della Corte EDU *Zolothoukin c. Russia* (Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009) la polarizzazione del divieto di duplicazione della sofferenza legale sul concetto di *idem factum*, sollecitata appunto dall'esigenza di assicurare alla garanzia in rilievo una tutela "non virtuale e astratta ma effettiva e concreta", ha condotto ad emancipare il

principio – per usare le parole della nostra Corte costituzionale (sent. n. 200 del 2016) – dal "giogo dell'inquadramento giuridico", liberando le sue potenzialità di tutela oltre gli steccati asfittici del rapporto formale tra norme; su queste basi, poi, il contatto con il concetto antiformalistico di "materia penale" ha permesso di smascherare "ingorghi punitivi" soprattutto nei contesti dove si registravano – e si registrano – indebite sovrapposizioni tra diritto penale e diritto amministrativo punitivo (c.d. *double track*), puntualmente registrate da celebri decisioni concernenti anche l'Italia (*Grande Stevens*). Questi approdi, non senza qualche oscillazione, hanno condotto il *ne bis in idem* a rivendicare una pretesa di affermazione non solo nella dimensione processuale di "divieto di doppio procedimento" ma nella dimensione tutta sostanziale di divieto di "doppia punizione" per un medesimo fatto storico, ancorché all'interno di un medesimo procedimento: strada aperta anche da recenti studi ed ancora largamente da percorrere, che promette di raggiungere nuovi traguardi garantistici contro indebite eccedenze sanzionatorie incompatibili con il principio di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

E così pure sembra essere accaduto con il principio del *nemo tenetur se detegere*, giustamente ravvisato come proiezione essenziale del diritto di difesa e del "processo equo", su cui convergono ormai – ora espressamente, ora implicitamente – le diverse Carte dei diritti e la giurisprudenza della rispettive "vestali": alla preziosa sollecitazione della Corte costituzionale con l'ordinanza n. 117 del 2019, che con ricche argomentazioni ne prospettava la sua estensione all'universo dei procedimenti "punitivi" amministrativi, la Grande Sezione della Corte di giustizia sembra aver dato una risposta all'altezza delle aspettative, superandole persino, forse, visto che si giunge anche ad affermare che "*Il diritto al silenzio non può ragionevolmente essere limitato alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona*" (§ 40).

In definitiva, il raggio di azione della garanzia – all'esito di questa preziosa interlocuzione e di questa autentica *cross-fertilization* "tra Carte e Corti" – risulta evidentemente ampliarsi, non diversamente di quanto accaduto per il *ne bis in idem*, e dovrebbe dunque consentire di assoggettare alla tutela del *nemo tenetur* ogni ipotesi di infrazione che sia generata – tanto nel contesto formalmente penale quanto nel policromo universo "para-penale" – dall'impellente esigenza di non autoincriminarsi e dalla inesigibilità di una *self-incrimination*, non solo "schermandolo" da eventuali sanzioni per aver esercitato il proprio "diritto al silenzio" e/o per aver rifiutato di fornire informazioni, ma anche in relazione ad eventuali omissioni informative

che seguano ad una prima, originaria infrazione che l'autore abbia commesso, a cui appunto seguano – come *pendant* di quelle successive omissioni informative – ulteriori infrazioni della legge penale in qualche modo "necessitate", ma non "rimproverabili" se non a pena di non svilire, appunto, il diritto di difesa.