GIUSTIZIA INSIEME

Costituzione e Carte dei diritti fondamentali

La riflessività del Protocollo n. 16 alla Cedu

di Andreana Esposito

11 marzo 2021

Il dibattito lanciato da Giustizia Insieme con l'editoriale ***L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU****, dopo gli interventi di* ***Antonio Ruggeri*** *-* ***Protocollo 16: funere mersit acerbo?*** *-* ***Cesare Pinelli*** *–* ***Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*** *-* ***Elisabetta Lamarque*** *-* ***La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*** *-* ***Carlo Vittorio Giabardo*** *–* ***Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*** *–* ***Enzo Cannizzaro*** *–* ***La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n.16*** *–* ***Paolo Biavati*** *–* ***Giudici deresponsabilizzati ? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16****,* ***Sergio Bartole*** *–* ***Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*** *–* ***Bruno Nascimbene*** *–* ***La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*** *– si arricchisce oggi del contributo di* ***Andreana Esposito****, professoressa associata di diritto penale dell'Università della Campania.*

La *riflessività* del Protocollo n. 16 alla Cedu

di Andreana Esposito

Sommario: 1. La piramide trasformata. – 2. Un parere consultivo. – 3. I'll be your mirror.

1. La piramide trasformata

La vicenda della sparizione del Protocollo n. 16 alla Convenzione edu dall'agenda parlamentare è stata ampiamente ed esaustivamente commentata da chi autorevolmente su questa *Rivista* mi ha preceduto[1]. Sono, pertanto, sufficienti, solo minime riflessioni iniziali.

Il *setting*, ossia l'ambientazione, in cui avrebbe dovuto operare il Protocollo 16 è quello di un intricato *giardino* dai tanti sentieri che si biforcano, espressione di *nuovi mondi normativi*[2] che hanno scardinato la piramide. L'architettura dei sistemi giuridici non è più legata a un sistema piramidale chiuso, espressione di una idea verticistica del diritto e basata sulla supremazia della legge. La crisi della sovranità nazionale, il moltiplicarsi delle fonti giuridiche, l'emergere di nuovi attori sociali e politici che, sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, affiancano e cooperano con il legislatore hanno *trasformato* l'intero sistema giuridico, frammentandolo e disperdendolo in un crescente pluralismo.

La piramide è diventata una rete[3], le cui maglie, ora più strette ora più larghe, hanno finito per *imbrigliare* il giudice nazionale[4]. Anche il ruolo del giudice, *in mezzo alle trasformazioni del mondo,* come il *vecchio Qfwfq* di Calvino[5], è stato oggetto di *rovesciamento*. Lo spazio giuridico rappresentato dalla piramide è definito, logico, preciso, ordinato. Il luogo in cui si trova oggi ad agire il giudice è, al contrario, variegato, ampiamente impreciso, tendente in modo crescente al disordine.

In questo nuovo scenario, la *positività* del diritto – simboleggiata dalla piramide[6] – scivola a *possibilità*[7] interpretativa in cui i diversi produttori di diritto devono adottare una modalità collaborativa di *comprensione*[8] e di attribuzione di *senso* condiviso al diritto quale si forma oggi anche grazie all'influenza e all'azione del *mondo normativo convenzionale.*

È in questo ambito di cooperazione alla produzione del diritto che si sarebbe dovuto collocare il nuovo strumento individuato dalla Conferenza di Brighton[9]: un parere consultivo destinato a realizzare una sorta di *nomofilachia* preventiva in grado di integrare il *corpus* giurisprudenziale della Convenzione[10]. Il parere consultivo della Corte edu è teso a favorire un rapporto dialogico – già esistente sia pure contrastato e disordinato – con le giurisdizioni nazionali, coinvolte ancora più attivamente nella formazione del diritto (anche convenzionale).

Si tratta, in definitiva, di un tassello ulteriore di un processo di costruzione cooperativa del tessuto giuridico già in atto e che, seppur fondato sulla centralità interpretativa affidata alla Corte europea, prevede poi l'attivo coinvolgimento del giudice nazionale nell'adozione e nella, necessaria, rielaborazione della regola giuridica eventualmente indicata dal giudice

sovranazionale.

Ripensando alla mancata ratifica del Protocollo 16, mi torna alla mente il *mondo dello specchio* di *Attraverso lo specchio e quel che Alice vi trovò**[11]***: attraverso lo specchio, che una Alice cresciuta e non più bambina oltrepassa, si approda a una realtà *rovesciata* e tuttavia ordinata, disciplinata dalla regola della riflessività: la torta è mangiata prima di essere divisa, la sanzione penale si sconta prima che il processo venga celebrato e che il crimine venga eventualmente realizzato, si festeggiano i non compleanni, le poesie si leggono da destra verso sinistra, per avvicinarsi a un oggetto o a una persona bisogna allontanarsene e camminare nella direzione opposta, la memoria va verso il futuro e non verso il passato. Come è stato osservato**[12]**, nel mondo *riflesso oltre* lo specchio il rovesciamento, da intendersi quale inversione della regola, per ipotesi, valida nel mondo *al di qua* dello specchio, è sinonimo di razionalità: *il rovesciamento è una regola che si arroga il privilegio della razionalità**[13]***. Nel vagare in una dimensione complessa, fondata sulla regola dell'inversione, Alice deve necessariamente agire razionalmente e quindi *riflettere* attentamente prima di muoversi sulla scacchiera per poter avanzare così da diventare Regina.

Nell'opera di Caroll "*riflettere*" ha un duplice significato. Indica, in primo luogo, la trasformazione di ciò che appare riflesso nel mondo dello specchio, il ribaltamento delle modalità di agire proprie di quella realtà. In secondo luogo, si riferisce alla necessità di agire razionalmente, pensare con attenzione secondo la logica dell'inversione – vale a dire, del mondo in cui si opera – per potersi muovere**[14]**.

Il paradigma del *rovesciamento* e, quindi, della *riflessività* del diritto, può essere applicato al parere consultivo che attraverso il Protocollo 16 si presenta come momento di condivisione nella costruzione di una regola di diritto, cui si giunge mediante l'interazione dei soggetti coinvolti. Lungi dal costituire il "cavallo di Troia"**[15]** immaginato per soffocare la sovranità degli Stati, ulteriore momento di colonizzazione dei diritti nazionali a opera dei diritti umani (come se questi ultimi non fossero *universali* e quindi comuni**[16]**), il parere consultivo è una fase (eventuale e facoltativa, e tuttavia, di facilitazione) di un processo di elaborazione razionale della realtà giuridica. È uno strumento fornito al giudice nazionale per ridurre – organizzare – la complessità reticolare in cui è *costretto* ad agire.

Immerso in un mondo giuridico impreciso e sempre più disordinato e caotico, connotato da molteplici possibilità interpretative, l'interprete interno è obbligato a usare questa complessità stabilendo aperte e dialoganti relazioni con gli altri attori e partecipando attivamente ai processi di formazione del diritto.

Il parere consultivo del Protocollo 16 agevola questo compito di collaborazione e cooperazione *riflettendo*, da un lato, il mondo del diritto convenzionale e, dall'altro lato, facendo *riflettere* i giudici nazionali.

Vediamo come agisce la *riflessività* del Protocollo 16.

2. Un parere consultivo

Il 29 maggio 2020 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato, su richiesta della Corte costituzionale armena, il suo secondo parere pregiudiziale ai sensi del Protocollo n. 16**[17]**. Le questioni poste dai giudici rimettenti avevano a oggetto la compatibilità con l'art. 7 della Convenzione del ricorso alla tecnica normativa *per relationem* in ambito penale e del principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole. Si tratta, come è noto, di temi rientranti in un ambito in cui il mondo convenzionale *al di là dello specchio* ha *riflesso* molteplicità e fluidità, laddove il mondo giuridico *al di qua dello specchio* risultava incentrato su stabilità e solidità.

Determinatezza delle incriminazioni penali, irretroattività del reato e delle pene e applicabilità della legge penale più favorevole sono principi che si presentano trasformati nel diritto convenzionale, collocandosi in un orizzonte che si è spostato dal piano della "certezza del diritto" a quello della "certezza dei diritti"**[18]**.

È noto: la legalità convenzionale è speculare a quella nazionale.

La prima è indifferente al momento genetico della potestà punitiva, è interessata al *diritto* in una accezione sostanziale e non formale. La seconda è fondata sulla riserva di legge, è *legicentrica **[19]***.

La legalità convenzionale si fonda su concetti *fluidi*, quale quello di *materia penale*, nozione dalla configurazione *sfumata,* costruita attraverso la contaminazione tra più elementi. La legalità nazionale si salda alla solidità (*dura lex sed lex*) e alla stabilità.

Nella legalità convenzionale, centrale alla creazione del diritto è l'intervento giurisprudenziale. Nella legalità nazionale è, forse oggi con minore consistenza, il legislatore l'*architrave del sistema delle fonti.*

La legalità del mondo *al di la dello specchio* è dinamica, mira alla prevedibilità. È una legalità *raggiunta* che guarda al risultato definitorio ottenuto dalla giurisprudenza nell'applicazione di

una norma. La legalità del mondo *al di qua dello specchio* è statica, tende alla certezza. È una legalità *offerta*, incentrata sulla capacità selettiva di una norma incriminatrice, sulla sua idoneità a individuare astrattamente gli elementi del fatto tipico.

In presenza di questa specularità, il giudice costituzionale armeno si rivolge ai giudici convenzionali.

Quattro erano in punti in cui si articolava la richiesta. Con i primi tre quesiti si interrogava la Corte europea circa i confini dei requisiti di precisione, accessibilità, prevedibilità e stabilità, e si chiedeva (prime due domande), da un lato, se le nozioni di '*diritto*', di cui all'art. 7 della Convenzione, e quella di '*legge*', contenuta in altre disposizioni della Convenzione, avessero lo stesso contenuto; e dall'altro lato (terza domanda), se il concetto di norma etero-integrata in riferimento a disposizioni giuridiche di rango supremo (la Costituzione) e con «*un niveau supérieur d'abstraction*» fosse compatibile con quelle caratteristiche. Infine, con la quarta domanda, alla Corte era chiesto di indicare, alla luce del principio di irretroattività della legge penale, di cui all'art. 7 della Convenzione, quali fossero «*les critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*».

Senza voler approfondire tutti gli aspetti di questo parere, limito le mie osservazioni all'idea di *riflessività* come in precedenza delineata.

Dopo aver lasciato cadere i primi due quesiti per carenza di collegamento diretto con il procedimento nazionale**[20]**, i giudici europei si sono soffermati sulle ultime questioni sollevate, concernenti l'uso della tecnica legislativa *par référence* e la portata del principio di non retroattività.

La struttura del parere riflette le modalità con cui i giudici europei hanno operato nella elaborazione delle indicazioni dal fornire agli interpreti nazionali. Così, sfogliando le pagine dell'Avis, apprendiamo che la Corte europea, nella costruzione del tessuto normativo su cui fondare le sue conclusioni, ha volto, innanzitutto, lo sguardo agli ordinamenti nazionali, quello armeno certo, ma non solo.

Si leggono così, dopo le note di *diritto interno pertinente* (parr. 23 – 28), gli *elementi di diritto comparato* (parr. 29 – 40) i quali hanno, anche, valenza costitutiva della correttezza (e legittimità) dei provvedimenti europei. Il diritto nazionale entra così nel processo decisionale europeo.

Successivamente, focalizzandosi sul primo dei due aspetti sollevati, costruendo la base su cui rendere il parere, la motivazione dei giudici europei proietta nel mondo *al di là dello specchio* la

dimensione dinamica, di *legalità raggiunta*, del principio del *nullum crimen sine lege* declinato dalla sua giurisprudenza. Mostrando la propria consolidata giurisprudenza[21], i giudici ricordano come la legalità convenzionale sia incentrata principalmente su una nozione di legge materiale la cui prevedibilità deve essere valutata. È l'aspetto della conoscibilità della norma penale a essere rilevante, conoscibilità intesa come accessibilità della disposizione incriminatrice e prevedibilità delle sue conseguenze sanzionatorie. Pertanto, è consentito un graduale chiarimento della norma penale attraverso l'interpretazione del giudice, anche quando il giudice nazionale interpreti e applichi una certa norma per la prima volta[22]. Chiariti i principi applicabili, la Corte analizza la prima questione ammessa: la compatibilità con l'art. 7 della Convenzione della norma penale etero-integrata sia nel caso di riferimenti a previsioni normative poste al di fuori del diritto penale in generale, sia nel caso di riferimenti a norme di rango costituzionale. Sono la determinatezza e la prevedibilità della norma risultante dalla combinazione della norma penale e di quella costituzionale a dover essere assicurate[23]. L'uso della legislazione *par référence* non si pone pertanto di per sé in contrasto con la legalità convenzionale purché il risultato normativo sia conforme ai requisiti generali di *qualità* della legge, sia, in altri termini, sufficientemente preciso, accessibile e prevedibile nella sua applicazione. Questa conclusione, ricordano i giudici[24], è convalidata dall'indagine comparativa preliminarmente eseguita. Infine, sebbene la Corte riconosca che, come sottolineato dal giudice richiedente, una norma costituzionale può spesso assumere un maggiore livello di astrazione, ciò di per sé non rende la tecnica legislativa in contrasto con l'art. 7 della Convenzione. Se il riferimento è esplicito e non estende la portata della fattispecie incriminatrice, la tecnica è ammissibile.

Il parere su questo primo punto si chiude con un rinvio al giudice nazionale: è lui, in ogni caso, a dover compiere una adeguata valutazione caso per caso del rispetto di tali indicazioni. Il giudice nazionale dovrà quindi riprendere la regola individuata e trasferirla nel proprio *mondo.*

Ultimo aspetto affrontato dalla Corte concerne l'ampiezza del principio di irretroattività della norma penale. Di nuovo è la sua consolidata giurisprudenza a essere richiamata[25] secondo cui l'art. 7 della Convenzione vieta incondizionatamente l'applicazione retroattiva della norma penale più sfavorevole per l'accusato, applicandosi tale principio sia alla definizione del reato che alla pena prevista. Al contrario, la norma penale più favorevole può essere applicata retroattivamente. Guardando al caso di specie, la Corte rileva, riprendendo quanto dedotto dalla Corte costituzionale armena, che le disposizioni incriminatrici succedutesi nel tempo[26] hanno determinato il fenomeno della successione di leggi penali modificative. È poi notato – sempre dialogando con i giudici armeni il cui *detto* è riportato – che l'ipotesi delittuosa entrata in vigore

successivamente ai fatti, rispetto alla descrizione incriminatrice prevista dalla disposizione vigente al momento dei fatti, opera da un lato un restringimento della tipicità, limitata ai casi di *eliminazione de facto* di specifici diritti costituzionali e, dall'altro lato, un ampiamento del penalmente rilevante, non richiedendo più l'elemento della violenza richiesto invece dal previgente art. 300 c.p. Quanto ai criteri in base ai quale effettuare la scelta della norma più favorevole da applicare al caso in esame, la Corte osserva come debba procedersi a una valutazione attenta al caso concreto. Non è quindi la comparazione tra le norme astratte in successione temporale a poter portare alla individuazione della fattispecie più favorevole. Deve aversi, al contrario, riguardo alle conseguenze concrete che derivano dall'applicazione dell'una o dell'altra previsione normativa. Valutazione in concreto che spetta al giudice nazionale. Tocca a lui verificare l'effetto delle modifiche in termini di concreta afflittività, applicando le considerazioni esposte dalla Corte europea: se il risultato della applicazione della legge posteriore è una ricaduta peggiorativa sulla sfera giuridico-penale del singolo, questa non può essere applicata.

Ai fini che in questa sede interessano, in entrambe le questioni i giudici europei rimandano alla Corte nazionale la *conversione* concreta delle linee guida fornite. Il parere *riflette* le regole giuridiche individuate dai giudici europei e si apre alle *riflessioni* dei giudici interni. Spetta a loro ragionare sulle mosse da compiere per risolvere il caso di specie sottoposto alla loro attenzione. Attraverso una pratica di cooperazione e coordinamento, si trovano nella condizione di poter autonomamente individuare la prosecuzione del cammino iniziato nel mondo convenzionale, potendo, vista la non vincolatività del parere, anche discostarsene.

Proprio come Alice che segue, per avanzare sulla scacchiera, le regole della simmetria rovesciata del mondo in cui si muove, il giudice nazionale deve ordinare secondo la razionalità e la ragionevolezza, del proprio ordinamento, il diritto prodotto in sede sovranazionale e ciò, sempre in un'ottica di innalzamento delle tutele, così da *avanzare* sulla scacchiera dei diritti. Nel suo agire, potrà tenere in conto quelle acquisizioni, destinate a essere trasformate per operare nell'ordinamento nazionale.

3. I'll be your mirror[27]

La lettura del parere reso ai giudici armeni ci consente alcune considerazioni di riepilogo.

Il parere consultivo (non vincolante) sull'interpretazione o sull'applicazione della Convenzione edu che le alte giurisdizioni nazionali (Corte costituzionale e Corte di cassazione) possono chiedere alla Corte europea è espressione del principio di sussidiarietà. Si legge nel preambolo che l'estensione della competenza della Corte a emettere tali pareri**[28]** consentirà ai giudici di Strasburgo di «interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in tal modo l'attuazione della Convenzione»**[29]**. Si tratta, lo si è visto, di uno strumento che tende a facilitare il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte edu spingendo gli uni e gli altri ad abbandonare la loro origine individualistica per diventare altro. Il giudice nazionale che avrà attivato il procedimento consultivo, come Alice, attraverso un gioco di specchi, si trova nella posizione di chi ricerca e costruisce la regola giuridica da applicare al caso concreto *riflettendo*, vale a dire, partecipando attivamente e razionalmente al processo di formazione della regola.

Il parere consultivo ha, in questa dinamica collaborativa, in primo luogo, la funzione di *riflettere* l'ordinamento della Convenzione; proietta verso gli ordinamenti nazionali i valori, le aspettative normative, i diritti della realtà convenzionale. In questa prima accezione, funge da specchio che riflette.

In secondo luogo, il parere di cui al Protocollo 16 consente al giudice di partecipare al processo formativo di una regola nel momento in cui questa sta per essere immessa nell'ordinamento nazionale. È allora un dispositivo che offre la possibilità di ragionare sulle proprie mosse in modo da individuare la regola più *razionale:* una regola, vale a dire, che pur *riflettendo* la realtà normativa da cui origina, è, tuttavia, poi riformulata, adattata al contesto giuridico, particolare e generale**[30]** in cui è destinata a dover operare.

Riflettendo sulla motivazione dell'atto del giudice sovranazionale, l'interprete nazionale non manifesta una passiva adesione; al contrario, aprendosi alla cooperazione, sperimenta la validità di una interpretazione inserendola nel proprio processo deliberativo, nel segno che può essere, a seconda dei casi, della continuità o dell'innovazione.

Tale strumento interpretativo e applicativo esalta, allora, la circolarità della produzione normativa che parte dalla Corte europea e si muove verso gli altri attori e viceversa: ciascun attore fornisce agli altri elementi da decodificare e da reinterpretare, in accordo con il proprio punto di vista**[31]**.

Ancora una volta, è Alice a tornare in mente.

Parlando con la Regina Bianca, Alice apprende che il Messaggero del Re si trova in prigione. La Regina le spiega, quindi, che il «processo comincerà soltanto mercoledì prossimo, e naturalmente

il delitto viene per ultimo». Al che Alice obietta che non le sembra un modo corretto di procedere in quanto il delitto potrebbe non essere mai commesso, e che al contrario «sarebbe meglio se (il Messaggero) non fosse mai stato punito». Piccata, la Regina bianca le chiede:

«*Sei mai stata punita*?»

«*Solo per delle malefatte» rispose Alice.*

«E dopo ti sei sentita meglio, lo so!» esclamò la Regina in tono trionfante.

«Sì, ma io avevo fatto le cose per le quali venivo punita» disse Alice «c'è una bella differenza».

Interagendo con la Regina, Alice è costretta a *riflettere* sul giusto rapporto tra reato e pena. Ed è nel momento in cui comprende la consequenzialità tra commissione del reato e inflizione della punizione che riesce ad avanzare sullo scacchiere nella direzione dell'ottava casella che le consentirà di divenire Regina. Attraverso il confronto e l'interazione, fedele ai propri principi, Alice avanza.

È la *riflessione* che le consente di fare la mossa giusta, consentendo, all'interno di un gioco relazione, di operare una razionale *trasformazione*.

Analogo processo *riflessivo* impone al giudice nazionale il meccanismo consultivo di cui al Protocollo 16: attraverso la ponderazione e valutazione di quanto proveniente dal mondo *rovesciato* della Convenzione (perché non ordinato secondo la logica della piramide kelseniana), le parole del giudice interno prendono forma secondo un disegno proteso, sperabilmente, verso l'innalzamento delle garanzie**[32]**. Così, nel parere che si è in precedenza analizzato, non sono i giudici europei ad avere l'ultima parola, spettando, al contrario, al giudice nazionale riprendere le regole giuridiche individuate (la legislazione *par référénce* è ammissibile se non incide sulla *qualità* del risultato legislativo; in caso di successione di norme penali nel tempo, la legge più favorevole va individuata in concreto avendo riguardo al risultato della sua applicazione) per calarle nel caso in esame ed, eventualmente, farne patrimonio conoscitivo da immettere nel proprio ordinamento. Il risultato che così si consegue è, in ogni caso, espressione di una scelta del giudice nazionale, che non rifiuta il confronto e l'interazione con i giudici sovranazionali, pur mantenendo una piena autonomia. Sarà lui, se del caso, l'attore della *trasformazione* del diritto nazionale.

La *riflessività* del Protocollo 16 sta, in definitiva, in ciò: nella partecipazione alla costruzione di un processo di formazione del diritto attraverso la cooperazione e la collaborazione dei diversi attori. Non c'è, quindi, un *signore della parola**[33]*** nel Protocollo 16; ci sono, al contrario,

costruttori del diritto.

[1] Si tratta di una serie di autorevoli interventi, iniziati con l'editoriale del 12 ottobre 2020, *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla* CEDU; a seguire: A. Ruggeri, *Protocollo 16:* funere mersit acerbo*?,* 22 ottobre 2020*;* C. Pinelli, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale,* 3 novembre 2020*;* E. Lamarque, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa,* 18 novembre 2020; C. V. Giabardo, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts,* 28 novembre 2020; E. Cannizzaro*, La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n.16*, 8 dicembre 2020; P. Biavati, *Giudici deresponsabilizzati ? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16*,17 dicembre 2020; S. Bartole, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare,* 13 gennaio 2021; B. Nascimbene, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, 29 gennaio 2021. Sempre su questa *Rivista,* in un contesto più ampio, R. Conti, *Nomofilachia integrata e diritto sovranazionale. I "volti" delle Corte di Cassazione a confronto*, 4 marzo 2021, in particolare par. 9.

[2] P. Mittica, *Attraversare il silenzio. I presupposti impliciti del diritto*, in *Sociologia del diritto,* 2, 55 – 76.

[3] Diverse le immagine usate per rappresentare un sistema giuridico caratterizzato in senso pluralistico: *arcipelago*, G. Timsit, *Archipel de la norme*, Presses Universitaires de France, 1997; G. Zaccaria, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto oggi,* in *Ragion Pratica*, 22, 2004, 93 – 120*; edificio barocco*, G. Silvestri, *"Questa o quella per me pari sono... " Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto* , in AAVV, *Le fonti del diritto, oggi, giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Plus, 2006.

[4] Su "il giudice nella rete" anche a proposito del Protocollo n. 16, in questa *Rivista,* C. V. Giabardo, *Il Protocollo 16* cit. 3, che ricorda come la rete normativa sia da riferire, soprattutto, a F. Ost, *Il ruolo del giudice. Verso delle nuove fedeltà)?* in *Rassegna forense,* 2013, 701. Senza voler richiamare la oramai sterminata bibliografica in materia, in particolare con riguardo alle modifiche indotte dall'apertura degli ordinamenti nazionali a quelli sovranazionali, nella letteratura penalistica, tra gli altri, V. del Tufo, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo ed il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte Costituzionale, in Foro Napoletano,* n. 1, 2018; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica*

classica alla giurisprudenza – fonte, Giuffrè, 2011, p. 43 e ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, Giuffrè, 145 ss.; V. Manes, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. cont*., (web), 9 luglio 2012, anche in *Arch. pen*., n. 1/2012; sulla de-gerarchizzazione delle fonti, C. E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1099 e ss.

[5] I. Calvino, *Le cosmicomiche*, *Zio acquatico*, Einaudi, 1965, p. 83. Qfwfq è il protagonista della raccolta di racconti di Italo Calvino intitolata *Cosmicomiche*, che indossa tutte le vesti evolutive possibili e immaginabili. Nel racconto *Lo zio acquatico*, Qfwfq reagisce nel seguente modo all'abbandono della fidanzata L11: «Fu una batosta dura per me. Ma poi, che farci? Continuai la mia strada, in mezzo alle trasformazioni del mondo, anch'io trasformandomi».

[6] C. V. Giabardo, *Il Protocollo 16* cit.p. 3, scrive *la piramide simboleggia l'ossessione (kelseniana) per l'ordine*.

[7] N. Irti, *Diritto senza verità,* Laterza, 2011.

[8] Prendo in prestito il concetto di *interpretazione* dalla ermeneutica, secondo cui l'interpretazione indica una precisa modalità dell'approccio conoscitivo: essere una attività rivolta alla comprensione, così F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto,* fascicolo 1, 2015, p. 64.

[9] La Conferenza di Brighton del 19 – 20 aprile 2012, riprendendo e rafforzando quanto già dichiarato nella Conferenza sul futuro della Corte tenutasi a Izmir il 26 e 27 aprile 2011, si è conclusa con un invito al Comitato dei Ministri di adottare un Protocollo facoltativo che prevedesse "un ulteriore potere della Corte....di emettere su esplicita richiesta, pareri consultivi sull'interpretazione della Convenzione nell'ambito di una specifica causa a livello nazionale".

[10] In questo senso, P. de Sena, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2014, 593 e ss., specificamente 602.

[11] Seguito, come è noto, di *Alice nel Paese delle meraviglie*, fu scritto da Lewis Caroll, pseudonimo di Charles Lutwidge Dogson, pubblicato il 27 dicembre del 1871 (anche se indicato come edito nel 1872).

[12] F. Scamardella, *Ragionando sul diritto: Alice e il gioco degli specchi*, *Law and Literature* – ISLL , 2009, 2.

[13] Così, M. Graffi nell'introduzione all'edizione italiana del libro di Caroll, 2007, Garzanti, 25.

[14] Così, F. Scamardella, *Ragionando sul diritto*, 2.

[15] Così, A. Ruggeri, *Prot. 16* cit. 2.

[16] Sul punto C. V. Giabardo, *Il Protocollo 16* cit. 2.

[17] Corte europea dei diritti umani, parere consultivo del 29 maggio 2020, richiesta n. P16-2019-001. In particolare, quanto ai quesiti posti alla Corte di Strasburgo cfr. par. 11 del parere. Sul parere, cfr. la motivata scheda di sintesi, C. Milo, *Il secondo parere consultivo della Corte EDU: applicazioni dell'art. 7 della Convenzione,* in *Giurisprudenza italiana,* luglio 2020, 1592 e ss.; anche, S. Giordano, *La ragionevole prudenza della Corte edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, in questa *Rivista*, 10 settembre 2020.

Alla data attuale, la Corte europea ha adottato due pareri consultivi: il primo, in data 10 aprile 2019, su richiesta della Corte di cassazione francese; il secondo, in data 29 maggio 2020, su richiesta dalla Corte costituzionale armena. È pendente una rimessione alla Corte. Il 25 gennaio 2021, il *panel* di 5 giudici ha accolto la richiesta presentata, il 5 novembre 2020, dalla Corte suprema amministrativa della Lituania, attribuendogli il numero P16 – 20202 – 002. La questione verte sul rifiuto della commissione elettorale lituana di consentire la candidatura di un *ex* deputato poi destituito. L Corte suprema amministrativa chiede ai giudici europei la corretta interpretazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 che assicura il diritto a libere elezioni.

È stata invece dichiarata inammissibile, in data 1° marzo 2021, la richiesta della Corte suprema slovacca, presentata il 19 novembre 2020 relativa alla indipendenza del meccanismo interno di accertamento della responsabilità di agenti di polizia. La scarna motivazione, quale si legge nel comunicato stampa, è, ancora una volta, illuminante sulla *riflessività* del rinvio: i giudici europei motivano la loro decisione in base a un precedente *avis d'harmonisation* reso dalla Corte rimettente che *rifletterebbe* l'inutilità dell'intervento della corte sovranazionale. Gli aspetti sollevati dalla Corte slovacca, dicono i giudici europei, *did not concern an issue on which the requesting court would need the Court's guidance to be able to ensure respect for Convention rights when determining the case pending before it*. È il principio di sussidiarietà a portare a questa *non decisione* in uno spirito di collaborazione e di rispetto reciproco.

[18] Si tratta di espressione usata da A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani...ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti,* in *Legislazione penale*, 2011, 481 e ss.

[19] M. Vogliotti, voce *Legalità,* in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 373.

[20] Corte europea, parere consultivo, n. P16-2019-001, cit. parr. 53 – 56.

[21] Corte europea, GC, *Del Rio Prada c. Spagna*, sentenza del 21 ottobre 2013 e *Rohlena c. Repubblica Ceca*, sentenza del 27 gennaio 2015.

[22] Corte europea diritti umani, *Jorgic c. Germania*, sentenza del 12 luglio 2007.

[23] Corte europea diritti umani, *Kuolelis e altri c. Lituania*, sentenza del 19 febbraio 2008; *Haarde c. Islanda*, sentenza del 23 novembre 2017.

[24] Corte europea, parere consultivo, n. P16-2019-001, cit. par. 71.

[25] Corte europea, GC, *Scoppola c. Italia* (n. 2), sentenza del 17 settembre 2009.

[26] Art. 300 c.p. *Usurpazione di potere*, in vigore all'epoca dei fatti, e il successivo art. 300.1 *Rovesciamento dell'ordine democratico*, entrato in vigore nel 2009. I fatti addebitati all'imputato risalivano al 2008.

[27] Si tratta di una citazione dalla canzone *I'll be your mirror,* scritta da Lou Reed e David Lang e cantata dalla cantante Nico, del gruppo Velvet Undergroud.

[28] Nel preambolo si parla di "estensione" in quanto la nuova competenza si affianca a quella già prevista ai sensi dell'art. 47 della Convenzione che consente al Comitato dei Ministri di attivare la richiesta di parere.

[29] È intuitivo che allo scopo reso esplicito nel preambolo si aggiunge un intento deflattivo, confidando nel fatto che la procedura consultiva possa nel lungo periodo portare a una riduzione del carico di lavoro della Corte.

[30] La Corte ha espressamente attribuito ai propri pareri consultivi un ulteriore importante scopo, quello «*de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires*»; così par. 26 *in fine,* del primo parere reso, Corte europea dei diritti umani, parere consultivo del 10 aprile 2019, richiesta n. P16 – 2018 – 001. È così riconosciuta ai pareri pregiudiziali una funzione *erga omnes* e un'efficacia sostanziale *erga omnes*. Un'efficacia vale a dire, destinata ad andare oltre il singolo caso da cui la richiesta di parere trae origine, per estendersi a tutti i casi in cui lo stesso problema giuridico oggetto del parere si presenti dinanzi ai giudici nazionali, in particolare ai giudici dello Stato di appartenenza della giurisdizione richiedente. In questo senso in letteratura, V. Cannizzaro, *Pareri consultivi ed altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali:*

verso un modello integrato?, in *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, E. Lamarque (a cura di),Giappichelli, 2015, 79-89, in particolare 82; L.A. Sicilianos, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, 9-29, specialmente 27-28; P. Pirrone, *I primi parere pregiudiziali della Corte europea dei diritti umani: aspetti procedurali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 14, 2020, 531 – 548, in particolare, 533 e ss.

[31] È rilevante sottolineare come il giudice nazionale, vincolato a presentare questioni di compatibilità a Convenzione rilevanti per risolvere una controversia sottoposta al suo esame, deve, ai sensi dell'art. 3 del Protocollo 16, adeguatamente motivare la propria richiesta e anche «produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente». Nel rapporto esplicativo è specificato che i giudici nazionali devono chiarire l'oggetto del procedimento interno e le risultanze rilevanti dei fatti acquisiti nel corso dello stesso, le norme di legge interne, la precisazione dei diritti che si ritengono violati, una sintesi delle osservazioni delle parti e le considerazioni del giudice remittente. In tal modo, il giudice europeo è costretto a guardare oltre il proprio confine, e dovrà *riflettere* anche sul diritto che sta importando per poter procedere nel senso di una decisione consapevole e aperta, protesa, sul contesto normativo e fattuale da cui origina e in cui tornerà il suo intervento.

[32] È il *principio di apertura* dei principi e diritti fondamentali che porta, scrive A. Ruggeri, *Protocollo 16 e identità costituzionale* in *Rivista di diritti comparati* on line, 7 gennaio 2020 p. 5, l'ordinamento interno ad aprirsi *"ad ordinamenti e sistemi normativi, quale quello eurounitario e quello convenzionale, allo stesso tempo in cui questi si aprono al primo, tutti accomunati e governati da un autentico* metaprincipio *che è quello della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali*". Si afferma, quindi, che in tanto quella giurisprudenza possa avere ingresso nel nostro sistema ordinamentale in quanto da ciò derivi un *guadagno per i diritti costituzionali.* Il *metaprincipio* della massima tutela possibile costituisce, in definitiva, la valvola attraverso cui il diritto convenzionale può farsi diritto nazionale e viceversa. *Contra*, R. Bin, *Critica della teoria dei diritti,* FrancoAngeli, 2018, pp. 63 e ss. Sempre A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte Cost. nn. 311 e 317 del 2009*) in www.forumcostituzionale.it, del 22 dicembre 2009, ricorda come nell'ipotesi in cui la giurisprudenza convenzionale, in un caso specifico e a proposito di un dato bilanciamento tra diritti entrambi fondamentali, assicuri una protezione ai diritti in questione più intensa rispetto a quella offerta dalla Carta costituzionale, è possibile, se non doveroso, per la Corte costituzionale

fare proprio il livello di tutela (appunto, “più intensa”) offerto a livello sovranazionale, mirando alla massima espansione delle garanzie e “accantonando”, nella fattispecie, la disposizione costituzionale rilevante. *Contra*, ancora una volta, R. Bin, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *www.rivistaAIC.it*, fasc. n. 1/2015, pp. 2 e ss., secondo cui i diritti tendono a essere “a somma zero”, nel senso che l’aumento di tutela assicurato a un diritto comporta inevitabilmente una diminuzione per un altro (lo stesso concetto di “bilanciamento” è espressione, a suo dire, di questo dato della gestione giudiziaria dei diritti).

[33] Il riferimento è al personaggio Humpty Dumpty che Alice incontrò in *Attraverso lo specchio*, protagonista di uno dei dialoghi più celebri del romanzo sul significato delle parole.