

Rivista N°: 2/2019
DATA PUBBLICAZIONE: 13/05/2019

AUTORE: Giovanni Maria Flick*

I DIRITTI FONDAMENTALI E IL MULTILEVEL: DELUSIONI E SPERANZE**

Sommario: 1. La primavera europea e nazionale dei diritti fondamentali. – 2. Dal diritto della legge a quello dei giudici. – 3. Dal dubbio alla certezza o viceversa? – 4. La tendenza alla universalizzazione del diritto e il multilevel. – 5. Politica e giurisdizione nel percorso verso l'unità europea. – 6. I limiti e i successi di quel percorso. – 7. I diritti fondamentali in questo contesto. – 8. Gli interrogativi e i contrasti del multilevel: il dialogo con la CEDU... – 9. (Segue)... e con la Corte di Giustizia. – 10. I risultati e le prospettive del dialogo: “troppi” diritti, troppi giudici e troppa confusione?

1. La primavera europea e nazionale dei diritti fondamentali

Il tema delle scelte di politica penale europea presenta per due profili particolarmente problematici. Il primo di essi riguarda il rapporto tra diritti fondamentali e diritto penale in un contesto caratterizzato dalla tendenza alla “*pan-penalizzazione*”, al ricorso intenso allo strumento penale; nonché dalla enfattizzazione e dal riconoscimento sempre più rilevante dei diritti fondamentali.

Innanzitutto, si intravede il rischio dell'impiego dello strumento penale in una prospettiva funzionale: per agevolare la cooperazione giudiziaria; per attuare le politiche comunitarie; per spingere verso l'armonizzazione o addirittura — e questo sarebbe lo scenario maggiormente preoccupante — per costruire l'identità europea comune con l'impegno del “*giudice di lotta*” respinto dalla nostra Costituzione. Quel rischio non riguarda soltanto il diritto penale europeo, ma prima ancora quello nazionale con altri aspetti e obiettivi in vista dei quali il diritto penale è stato strumentalizzato.

È un rischio da arginare richiamando il dilemma sul rapporto fra diritto penale e diritti fondamentali: in primo luogo la penalizzazione a tutela dell'imputato o a quella della vittima,

* Presidente Emerito della Corte Costituzionale.

** Conclusioni per il Convegno su “Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale: Corti europee e giudice interno tra dialogo e scontro”. Catania – 23 marzo 2019.

che possono rivelarsi antagoniste. La difesa dei diritti fondamentali dell'imputato, della sua dignità, del principio di legalità e delle ulteriori garanzie in suo favore, rischia di trasformarsi in una sorta di 'ostacolo' alla tutela dei diritti fondamentali della vittima e viceversa. L'attenzione dedicata alla tutela della vittima dalla giurisprudenza della Corte Penale Internazionale (istituita dalle Nazioni Unite nel 1998) apre la via ad una riflessione su una possibile ed eventuale evoluzione futura della sua giurisprudenza per la tutela di quei diritti.

Inoltre si intravede il rischio del ricorso alla tutela penale in quanto strumento emblematico che non ha costi (almeno in apparenza) e dà sicurezza. È il rischio di un corto circuito tra l'euforia del riconoscimento di nuovi diritti (ad esempio, legati al concepimento, alla fecondazione assistita, al diritto di nascere sani) e le difficoltà del ricorso al diritto e alla sanzione penale a loro difesa.

La possibilità che tale esperienza possa proporsi a livello europeo risulta evidente, ad esempio, nella misura in cui la globalizzazione detta l'urgenza di intervenire in sede sovranazionale in ragione del prevalere della logica del profitto e del carattere transnazionale e gravità della criminalità organizzata (si pensi ai fenomeni del terrorismo, del riciclaggio, della corruzione). Insomma, più i diritti fondamentali fanno parte del DNA dell'Europa, più occorre prestare attenzione alla loro promozione, per evitare eccessi o distorsioni nell'uso dello strumento penale finalizzato alla loro tutela.

2. Dal diritto della legge a quello dei giudici

Il secondo profilo che emerge nel dibattito sulle scelte di politica criminale riguarda il timore del giurista tradizionale per l'indebolimento presunto o effettivo del principio di legalità, per lo meno nella sua accezione classica. Il principio di legalità ha trovato la sua prima espressione fondamentale nella riserva di legge, con riferimento alla fonte; ad essa è stata a lungo attribuita primaria importanza rispetto alle altre componenti della legalità: l'efficacia temporale, la tassatività e la sufficiente determinatezza, la prevedibilità delle conseguenze.

Quel principio nel diritto penale europeo appare fortemente ridimensionato. Non solo a causa della coesistenza tra sistemi di *common law* e di *civil law*, o per il fatto che sia l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, sia l'articolo 49 della Carta di Nizza non ripropongono il principio di legalità così come disciplinato dall'art. 25 della nostra Costituzione. Ma anche perché gli stessi parlamenti nazionali hanno dato prova di aver esaurito la loro funzione poetica del diritto. I nuovi diritti nascono soprattutto dall'attività della giurisprudenza più che dalla legge.

La riserva di legge quale componente più valorizzata in passato, per il suo carattere rassicurante, si è sbiadita in favore della efficacia temporale della norma, con i connessi profili dell'irretroattività *in malam partem*, della retroattività *in bonam partem*, e dei problemi relativi alla *lex mitior*; nonché in favore della accessibilità della norma e della prevedibilità per l'individuo delle conseguenze del proprio operato. Si ritiene che oggi il principio di legalità sancito dalla nostra Carta costituzionale sia garantito ragionevolmente sotto questo aspetto.

Il principio di legalità così inteso e prima ancora quello di democraticità e di eguaglianza – che sono il suo fondamento – appaiono garantiti non soltanto nella fase discenden-

te del procedimento legislativo europeo, grazie all'intervento dei parlamenti nazionali che conferma l'efficacia per lo più soltanto indiretta delle direttive europee in materia penale. Ma altresì nella fase ascendente, nonché nel momento di decisione orizzontale, attraverso la procedura di codecisione tra Parlamento europeo e Consiglio, nelle ipotesi di esercizio delle competenze europee in materia penale.

Tale affermazione, tuttavia, dischiude la via all'abbandono dell'apparentemente sicuro – ma ormai indebolito – principio formale della riserva di legge, in favore di un principio di legalità contenutistica, prima di tassatività e ora di prevedibilità, la cui definizione viene affidata soprattutto al giudice. Nell'attuale contesto, la “regola del caso concreto” diventa sempre più importante, nella misura in cui consente di accantonare una serie di ostacoli concettuali.

Si assiste, quindi al passaggio dal diritto della legge al diritto della pronuncia del giudice; non tanto come precedente, perchè sembra preoccupante un diritto legato alla pronuncia del giudice come precedente, alla luce delle oscillazioni che da qualche tempo a questa parte ci riserva il diritto giurisprudenziale delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo. Quanto piuttosto per l'importanza che acquista il momento del confronto, del contraddittorio e della decisione giudiziaria, della valutazione del fatto nella sua peculiarità e specificità, nel percorso per valorizzare il principio di legalità come espressione di quello di eguaglianza.

3. Dal dubbio alla certezza o viceversa?

Il bisogno di certezza e le istanze che la fondano sembravano una ragione sufficiente per sottovalutare i rischi di dogmatismo, di autoritarismo, di staticità che in realtà porta con sé il raggiungimento effettivo o apparente della certezza. Quei rischi erano nascosti da una serie di vantaggi: l'utopia dell'uniformità delle soluzioni che la legge da applicare proporrebbe (anzi, imporrebbe!); quella della eguaglianza e della stabilità dei risultati in cui la legge si tradurrebbe, attraverso la sua applicazione da parte di un giudice chiamato soltanto ad interpretarla e non a crearla; l'utopia della saggezza di una legge che dovrebbe nascere dal confronto tra maggioranza e opposizione. Quel confronto dovrebbe essere espressione di democrazia e rispetto dei diritti dei singoli e delle minoranze, nel momento in cui prevalgono le scelte della maggioranza.

Insomma, la certezza del diritto e della sentenza (una volta diventata definitiva) veniva garantita sia dalla maestà e dalla sovranità della legge; sia dalla facilità e quindi brevità (a parole) del percorso per arrivare alla affermazione della legge attraverso la sua applicazione al caso concreto.

Il processo tuttavia è in realtà un cammino dal dubbio alla certezza sotto molteplici profili. Si deve passare dal giudizio storico sul fatto al giudizio valutativo sulla regola, attraverso il confronto fra i due e la possibilità di iscrivere il primo (con la sua specificità) nello spazio di applicabilità della seconda (con la sua genericità). L'intreccio tra i due momenti del giudizio (storico e valutativo) è inscindibile, nonostante la tentazione di separarli per uno schematismo di comodo: ricostruzione del fatto; valutazione del diritto.

In realtà l'accertamento del fatto è una realtà non solo ricognitiva, ma ampiamente valutativa. Basta pensare alla descrizione del fatto. È proposta dal legislatore con una complessità e una variabilità di significati che sono frutto dell'evoluzione della realtà; della complessità della vita sociale e dello sviluppo tecnico e scientifico; della conseguente ambiguità del linguaggio. Basta pensare ai limiti ed alle regole che disciplinano la raccolta e l'utilizzazione delle diverse tracce del passato, per ricostruire oggi quella realtà che non esiste più.

Altrettanto complesso è il secondo momento del processo: il giudizio di valore giuridico sull'applicabilità della regola astratta al caso concreto emerso dal giudizio storico.

Il principio costituzionale di legalità (articolo 25 della Costituzione) nasce dall'esigenza di garantire la libertà personale dagli abusi del potere punitivo dello stato; nonché dall'esigenza di garantire la conoscenza preventiva della regola, come condizione di libertà nella scelta del proprio agire. Da quel principio discendono una serie di corollari: la c.d. riserva di legge per porre le regole; la capacità della legge di disciplinare solo il futuro (irretroattività in *malam partem*); la necessità di determinare con precisione quanto è vietato (tasatività); il divieto per il giudice di estendere l'applicazione della legge a situazioni non previste (divieto di analogia).

Tuttavia la fiducia nella legge come unica fonte delle regole e quindi la sfiducia nel giudice sono via via venute meno: vuoi per i problemi interni alla funzionalità e alla rappresentatività dei parlamenti; vuoi per la nascita e la crescita di più fonti giurisdizionali sovranazionali e convenzionali; (le Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo); vuoi per il crescente attivismo della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e dei giudici nazionali nell'interpretare la legge in modo coerente con la legge fondamentale, la Costituzione; vuoi, infine, per la crescente tendenza dei giudici a riempire gli spazi di regolamentazione lasciati vuoti dal legislatore (la supplenza).

4. La tendenza alla universalizzazione del diritto e il multilevel

Il rapporto tra diritto, potere e diritti fondamentali ha subito un'autentica mutazione genetica. Esiste, oggi, una sorta di frenesia di aggiornamento dei diritti fondamentali, che si esprime in molteplici e originali primizie giuridiche: i diritti "alla qualità della vita", "alla pace", "alla diversità", "alla sicurezza", "allo sviluppo", "alla democrazia", "all'efficienza"; senza considerare le categorie per fasce antropologiche (i diritti "degli anziani", "dei bambini", "delle generazioni future", "degli utenti") o quelli cosiddetti naturali (i "diritti degli animali").

Il fenomeno suggerisce un interrogativo stimolante nella problematica dei diritti. In queste domande un po' disordinate si trovano diritti davvero «presi sul serio» – per dirla con Dworkin – la cui definizione è peraltro controversa: le unioni tra persone dello stesso genere; l'inizio e la fine della vita; il testamento biologico; il trattamento terapeutico (a sua volta dagli incerti confini) per malati terminali o incoscienti. Eludere queste domande significa delegare le risposte caso per caso agli organi giurisdizionali, talvolta privi di precisi referenti normativi, com'è avvenuto nel drammatico caso di Eluana Englaro.

Rinunciare alla mediazione *formale* del legislatore significa affidarsi alla sola giurisprudenza. Ma ricondurre a sintesi e armonia – prescindendo dal diritto positivo – gli impulsi ora pacifisti, ora tecnocratici, ambientalisti, liberisti, solidaristi è assai arduo. Qual è infatti (ed esiste davvero?) il «*dato immodificabile della coscienza profonda del popolo*» (per esempio, in tema di diritto alla vita); come si evita la «*tirannia dei valori*» (Schmitt)? Occorrono sintesi, bilanciamenti, armonizzazioni che non è possibile delegare interamente all'opera della giurisprudenza, le cui pronunce oltretutto sono tanto più disomogenee quanto più le norme sono incomplete o inesistenti.

Ai problemi posti dal “giusnaturalismo storico” si aggiungono quelli del “giustecnicismo”: la tecnica quale principio ordinatore e dominante, processo inevitabile e “necessario”. Si tratta di un *rovesciamento logico*, in forza del quale «*lo sviluppo della tecnica assurge da materia regolata a principio regolatore, da oggetto a soggetto di normazione*» (così Natalino Irti). L'esempio delle manipolazioni genetiche evidenzia come «*la normatività tradizionale, forte o debole che sia, debba arretrare e trasformarsi, di fronte alle capacità di trasformazione del mondo possedute dalla tecnica*» (così Severino).

Tuttavia, non sembra il migliore dei mondi possibili quello che delega alla giurisprudenza l'individuazione e l'enunciazione di nuovi valori individuali e collettivi, la rimodulazione dei diritti fondamentali. Al diritto giurisprudenziale non si deve chiedere più di quanto possa e debba dare; ma il senso di questo limite non è stato ancora perfettamente percepito, forse a causa di alcune illusioni. Come quella di ritenere che la sovrabbondanza delle Carte e delle Corti abbia offerto una risposta più adeguata sia per individuare i bisogni emergenti, sia come strumento di tutela: l'illusione che il c.d. *multilevel* nella tutela dei diritti fondamentali sia la panacea per soddisfare quei bisogni.

Beninteso, non di sola illusione si tratta, perché esiste oggi una profonda e diffusa vocazione alla universalizzazione del diritto. Ma non sempre tale vocazione mantiene le promesse e soddisfa le aspettative; non sempre, cioè, garantisce l'assestamento della tutela dei diritti a un livello più alto e più intenso. Non è affatto scontata la possibilità stessa di individuare il più alto livello di protezione per diritti che, nella diversità storica tra ordinamenti, esprimono significati e valori profondamente diversi.

Il più alto livello di protezione inoltre può diventare l'obiettivo di un “*forum shopping*” e lo strumento nella gara per conquistare il primato fra le Corti. Infine, la filosofia di fondo del costituzionalismo *multilevel*, al di là delle effettive intenzioni, «*svaluta i testi normativi ed esalta l'opera delle Corti*»: tra le pieghe, emerge qualche residuo di pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo.

Non si tratta di un innocuo pregiudizio di principio, di fronte ad una competizione virtuosa e generosa per primeggiare nell'affermazione e nella tutela dei diritti. Nessuna tra le Corti – quali che siano i criteri di nomina dei suoi giudici – possiede infatti la legittimazione propria di una costituente democratica. Il pericolo è una deriva nella quale le Corti si sostituirebbero ai legislatori attraverso una delega in bianco da parte della politica in crisi, a livello nazionale come europeo.

5. Politica e giurisdizione nel percorso verso l'unità europea

Esiste una spia di questa metamorfosi in atto, con riferimento alla “creazione” dei diritti. Tanto a livello nazionale (la Corte costituzionale italiana) che sovranazionale (la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia) si è progressivamente ridotto il ruolo delle “Corti dei principi”. Esse sono divenute sempre più “Corti della giurisdizione” e poi “Corti dei conflitti”, che perdono la funzione di conformazione *pro futuro* dell'ordinamento per trasformarsi in giudici del caso singolo e concreto. Non una prevaricazione o l'appropriazione di un ruolo altrui contro la volontà di chi ne sia titolare; ma la risposta all'incapacità della politica di compiere chiare scelte di valore, di farsi interprete dei nuovi bisogni. Ciò scatena inevitabilmente la cosiddetta funzione creativa delle giurisprudenze sovranazionali e convenzionali nonché di quelle costituzionali e – su loro sollecitazione – di quelle per così dire “inferiori” in ambito nazionale.

A queste preoccupazioni si obietta che la proliferazione dei centri di tutela giurisdizionale assicura il continuo respiro, il dinamismo incessante, l'equilibrio precario sì, ma sempre spostato su un gradino di tutela più alto. Tuttavia solo con uno sforzo di fantasia si può affermare che la dialettica tra le Corti sui diritti fondamentali sia immune oggi da frizioni, incomprendimenti, gelosie di ordinamento; che l'integrazione, a lungo inseguita – e tuttora lungi dall'essere realizzata – in sede politica, trovi la strada spianata dall'apparentemente armonico e quasi idilliaco rapporto tra giurisdizioni. Solo con uno sforzo di fantasia si può ritenere che la mancanza di un'unità fondata sulla condivisione dei valori e sull'equilibrio fra contrapposti interessi possa essere sostituita da una unità fondata sulle norme giuridiche, sul loro equilibrio formale, sulle procedure di applicazione e di decisione.

La Corte costituzionale, per la verità, si è riservata l'ultima parola su ogni tipo di compatibilità costituzionale. E tuttavia, quando si appalta alla giurisdizione la “gestione” dei diritti fondamentali, poi non si può limitare tale delicato compito solo al livello superiore. Entrano in gioco *tutte* le giurisdizioni, di *tutti* i paesi membri, con il rischio, tra gli altri, di una sorta di “colonialismo giurisdizionale”, in forza del quale la giurisdizione “politicamente” più forte orienta, e per certi aspetti impone la propria *Weltanschauung*.

Senza scelte chiare dei legislatori, ancorché opinabili, si rincorrono risposte contrastanti. In assenza di una decisione politica legittima e assunta con la massima maggioranza possibile, come si può stabilire per via giurisprudenziale – senza una sicura traccia scritta – l'inizio e la fine della vita; la struttura e i limiti di un testamento biologico; l'estensione del diritto all'identità sessuale fino alla vita di relazione e alla genitorialità? Si rischia di privilegiare il metodo – che rappresenta pur sempre uno strumento e la regolazione di un percorso – rispetto al merito e all'obiettivo da raggiungere con quel percorso.

Nel percorrere questa via si rischia di imbattersi nello stesso tipo di ostacoli che hanno segnato il percorso verso l'unità economica europea: la realizzazione di strumenti in se necessari e fondamentali (l'istituzione della moneta e del mercato unici; la banca centrale) per giungere ad un obiettivo (il “ministero dell'economia” europeo), ma non quella di quest'ultimo.

L'unità europea non si può raggiungere soltanto con il metodo anche più raffinato di disciplina nella formazione di una maggioranza e con l'enciclopedia del diritto. Occorre an-

che, prima ancora, un manuale o un trattato di politica di convivenza e di difesa europea: un manuale nel quale, fra l'altro, si definiscano i valori, i doveri e gli strumenti della solidarietà e dell'unità fra stati membri nel rispetto della loro diversità.

Il fallimento del tentativo di elaborare una Costituzione europea (*rectius* un *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*: già l'accostamento fra i due termini segnala la fragilità di quel tentativo), nonostante la perfezione teorica dei suoi equilibri a livello di elaborazione, è una conferma evidente di questo ostacolo. Quest'ultimo si è aggiunto all'ostacolo rappresentato dall'ambizione di percorrere contemporaneamente il cammino verso la riforma istituzionale dell'Unione Europea e quello per il suo allargamento.

V'è il rischio che la ricerca di un equilibrio soltanto teorico fra le differenze e le contrapposte posizioni del *multilevel* riproponga in scala ridotta il primo fra quegli ostacoli; viepiù in un contesto di pesanti interrogativi sulla democrazia rappresentativa e sul suo confronto con ipotesi di democrazia diretta, che non è possibile neppure accennare in questa sede. V'è il rischio che il ricorso alla ricerca del metodo tecnicamente perfetto – utilizzato di solito per attenuare l'impatto con la contrapposizione dei valori e la difficoltà di individuare quelli comuni e condivisi – venga utilizzato in realtà – al di là delle apparenze – proprio per allontanare o impedire l'individuazione di quei valori. Occorre infine tener presente che l'intervento del giudice di solito viene apprezzato e condiviso quando “crea nuovi diritti”; ma non quando “crea nuovi doveri” come corrispettivo inevitabile dei nuovi diritti.

La politica deve tornare a decidere, a stabilire principi, senza limitarsi ad accettare l'esistente. È necessario un riequilibrio delle funzioni, più e prima che dei diritti: la politica scelga i nuovi beni da proteggere; la giurisdizione darà tutela concreta a quei diritti. Anche perché non basta scegliere fra le molte domande di riconoscimento dei diritti. È necessario affrontare la domanda-chiave di Peter Häberle, che in genere si evita perfino di porre ed è esplicitamente evocata dall'articolo 2 della Costituzione italiana: «*Perché a ricchi cataloghi di diritti fondamentali si contrappongono ristretti testi di doveri fondamentali?*».

6. I limiti e i successi di quel percorso

Il percorso dell'unificazione europea è notoriamente segnato da successi e insuccessi, da attivismo e poi da pessimismo, da passi in avanti e da situazioni di stasi quando non di regressione. Alla realizzazione di più di un mezzo secolo di pace nella regione europea, teatro di due guerre globali nel mezzo secolo precedente; a quella di un mercato prima comune e poi unico; al varo di una moneta comune; alla eliminazione delle frontiere interne; all'avvio della costruzione di una serie di spazi comuni – primo fra tutti, quello di libertà, sicurezza e giustizia – non si è però accompagnata la realizzazione di una serie di altri obiettivi, altrettanto necessari e importanti. Si pensi alla Costituzione europea, che pure si era cercato di varare nella forma ibrida del Trattato costituzionale; al tentativo di una maggior coesione politica, dall'ambito economico a quello della sicurezza e della politica estera comune; a quello della semplificazione e dell'efficienza nei processi decisionali.

L'Europa di oggi è percorsa da inquietudini e dubbi sul proprio futuro, di fronte a una crisi globale che per essa ha avuto una pesante *escalation* dalla finanza all'economia, alla

politica, alla società. Si sono accentuate le tensioni, le spinte protezionistiche e isolazionistiche, le logiche (o meglio gli egoismi) nazionali, che ci eravamo illusi di poter archiviare o quanto meno di attenuare e circoscrivere; dilaga l'affermazione del sovranismo; l'approccio comune al tema delle migrazioni sembra paralizzato. La via dei diritti è stata progressivamente sopraffatta da quella degli interessi, pur essendo nata prima di quest'ultima.

Di fronte a questa situazione e al pessimismo che ne deriva, risalta comunque l'ottimismo – che nasce dai successi raggiunti nell'esperienza europea, unica nel suo genere – in tema di affermazione e di tutela dei diritti fondamentali, nei quasi settanta anni che segnano il funzionamento della Corte di Strasburgo ed il percorso dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al Trattato di Lisbona, che ha attribuito efficacia giuridica – e non più soltanto politica – alla Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Nel campo dei diritti, l'Europa ha cercato di realizzare quell'unificazione che non è stata in grado di raggiungere nel campo politico, economico, fiscale. Lo ha fatto attraverso un percorso prima convenzionale, giurisdizionale e pretorio, attraverso le decisioni della Corte CEDU e di quella di Giustizia; poi politico, attraverso l'articolo 6 del Trattato di Maastricht, la Carta di Nizza e la sua duplice proclamazione (nel 2000 a livello politico, nel 2007 a livello giuridico, con il Trattato di Lisbona).

Questo percorso oggi sembra aprire la via a nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali, attraverso la ricerca e la speranza di un nuovo importante equilibrio fra diritti, interessi e mercato nella regione europea, grazie al dialogo – faticoso, ma denso di risultati – fra le Corti sovranazionali europee e quelle costituzionali nazionali in tema di diritti fondamentali.

7. I diritti fondamentali in questo contesto

A quel percorso – specifico e peculiare, non già per la realizzazione di un superstato o di un superordinamento, ma di un pluralismo e di una coesistenza di principi – occorre guardare con apertura e fantasia. Occorre saper guardare la realtà nazionale con l'occhio dell'Europa, anziché viceversa, come il più delle volte purtroppo capita. In quel percorso – già oggi, e sempre più in futuro – la difesa dei diritti umani, che era agganciata in passato a prospettive prevalentemente se non soltanto nazionali, viene proiettata nel vortice della globalizzazione, della interdipendenza e della complessità; nella difficoltà ma anche nel fascino del *multilevel*.

La seconda guerra mondiale – con il suo complesso di orrori e atrocità: la *shoah*, le armi di distruzione di massa, il coinvolgimento indiscriminato delle popolazioni civili – ci ha lasciato in eredità la consapevolezza che la tutela dei diritti umani, dopo centocinquanta anni di costituzionalismo in un'ottica nazionale, presenta una dimensione e richiede garanzie ed interventi sovranazionali. Il diritto costituzionale si è internazionalizzato e viceversa quello internazionale si è costituzionalizzato; la persona è divenuta soggetto e protagonista del diritto internazionale, accanto agli stati. L'ingerenza umanitaria, le limitazioni che ne derivano per la

sovranità statale, il ruolo sempre crescente dei tribunali internazionali ne sono la conferma più evidente.

Nel sessantennio trascorso fra la CEDU e il Trattato di Lisbona, l'eredità nascente dallo *shock* della seconda guerra mondiale è stata raccolta e si è cercato di metterla a frutto. Lo si è fatto attraverso due percorsi di valorizzazione dei diritti umani fra loro diversi – rispettivamente quello della CEDU e quello dell'Unione Europea – ma destinati a confrontarsi e a convergere. Due percorsi connotati entrambi da una comune matrice, rappresentata dalla ricerca di una effettività nella tutela di quei diritti.

La peculiarità dell'esperienza europea non sta tanto e solo nel riferimento alla centralità dei diritti umani, che è presente anche in altri contesti; non è riconducibile soltanto ad una logica eurocentrica, quanto piuttosto alla effettività e alla concretezza della loro tutela. Quest'ultima è stata affidata a meccanismi giurisdizionali che hanno contribuito alla formazione dell'ordinamento europeo; si è sviluppata nel *multilevel*, attraverso il dialogo quando non lo scontro fra fonti e giudici, con la garanzia di uno standard comune e la ricchezza della diversità.

Il richiamo e il riconoscimento dei diritti fondamentali e della loro indivisibilità si evolve progressivamente dall'originario significato di una mediazione fra essi, le libertà economiche e le esigenze del mercato, a una sorta di corrispettivo per l'esistenza e il primato funzionale dell'ordinamento comunitario.

Un momento importante di questo percorso – che apre a sua volta una nuova fase – è rappresentata dalla Carta di Nizza e dal suo valore giuridico, che arricchiscono il percorso avviato dalla CEDU e dalla Corte di Giustizia. Dall'universalità e dall'effettività dei diritti, espresse rispettivamente da queste ultime, alla loro indivisibilità espressa dalla Carta attraverso il suo riferimento introduttivo alla dignità e il raggruppamento dei diritti nelle sei aree di essa: della dignità, della libertà, dell'eguaglianza, della solidarietà, della cittadinanza e della giustizia.

8. Gli interrogativi e i contrasti del multilevel: il dialogo con la CEDU...

In questo contesto tuttavia v'è l'esigenza che i particolarismi e gli individualismi – nelle interpretazioni sempre più numerose che si vanno affermando nell'ambito del *multilevel* – non indeboliscano la prevedibilità dell'esito giudiziario, nella quale si esprime la tassatività dopo il ridimensionamento e il declino della riserva di legge.

Da ciò l'auspicio di una stabilizzazione giudiziaria che – si osserva – è ostacolata da un duplice ordine di fattori: da un lato la crescita del contenzioso giudiziario e l'eccessivo numero di giudici; da un altro lato la crescente complessità del reale e del fatto concreto. È significativo ad esempio il richiamo a Cass. Pen. S.U. n. 12228 in data 24/10/2013, ric. Maldera. Essa – nel definire la differenza tra concussione ex art. 317 c.p. e corruzione per induzione ex art. 319 4° comma c.p. – si limita a fissare un principio di diritto vincolante per la vicenda in esame; ma apre esplicitamente la via alla sua deroga in relazione alla specificità dei casi concreti. In sostanza si valorizza l'incontro e il concorso tra la valutazione di fatto e quella di diritto; ma si provoca l'attenuazione della capacità e dell'effetto di nomofiliachia; si

indebolisce il requisito della tassatività della norma espressa dalla prevedibilità dell'esito nella sua applicazione.

Da ciò la condivisione dell'auspicio alla stabilizzazione della giurisprudenza; ma anche la perplessità di fronte agli sforzi e agli inviti di parte della dottrina per una applicazione e un'efficacia diretta della decisione resa in sede di *multilevel* (dalla Corte EDU o dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea) ad opera del giudice ordinario.

Per quanto concerne la posizione della CEDU a questo riguardo – fermo restando l'obbligo del giudice comune di dare attuazione alle sentenze CEDU – si propone di estendere un sindacato diffuso alle situazioni identiche o analoghe a quelle decise (i c.d. "parenti di Scoppola", in tema di confisca urbanistica). Tuttavia si frappongono a ciò una serie di ostacoli: primo fra tutti, in sintesi, il diverso orientamento culturale rispettivamente della CEDU, che è orientata più alla tutela dei diritti individuali; e della Corte costituzionale, che è orientata più alla salvaguardia dei valori costituzionali.

Da ciò si fa discendere la opportunità di approfondire il tema della «*interpretazione della sentenza*» in modo autonomo rispetto all'interpretazione della legge; ma non sembra potersi cogliere un reale valore di collaborazione interistituzionale fra giurisdizione nazionale e sovranazionale. Si rischia anzi la conflittualità fra le due giurisdizioni come conseguenza dell'«*arroccamento sulle proprie posizioni*»: un conflitto – si è detto – tra l'«*autorità di cosa interpretata*» (CEDU) e quella della «*giurisprudenza consolidata*» e del «*diritto vivente convenzionale*» (Corte Costituzionale: cfr. le linee guida introdotte dalla sentenza n. 49 del 2015 e la «*smitizzazione*» da parte sua della singola sentenza CEDU come precedente vincolante).

Né l'«*autorità di cosa giudicata*» rivendicata dai giudici di Strasburgo, né la «*giurisprudenza consolidata*» – richiesta dalla Corte Costituzionale per riconoscere un carattere vincolante alla decisione CEDU e un obbligo del giudice nazionale ad applicarla anche oltre al caso in esame – colgono la peculiarità della giurisdizione convenzionale. Questa via finisce per incoraggiare rispettivamente «*monopoli interpretativi*»; per spingere le due Corti ad un ruolo politico-ideologico che appare superabile soltanto attraverso il dialogo, il *self-restraint* e il rispetto delle rispettive caratteristiche istituzionali. In quest'ultima prospettiva sembra potersi inquadrare la circostanza che dall'aprile 2018 con il protocollo n. 16 della Convenzione si è introdotta la via per la richiesta pregiudiziale di pareri consultivi alla Corte EDU; una via già prevista nel sistema della Corte di Giustizia.

D'altronde – a conferma della necessità di un dialogo – è particolarmente emblematico l'*overruling* compiuto dalla CEDU in tema di *ne bis in idem* processuale, fra la sentenza *Grande Stevens* del 4 marzo 2014 I^a Sezione e quella *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016 Grande Camera. Questa ultima ha seguito un orientamento di minor rigore rispetto a quello precedente. Tuttavia per evitare talune incertezze interpretative ne ha provocato delle altre più rilevanti; ha introdotto la clausola della «*connessione sostanziale e temporale sufficientemente strette*», per limitare la portata della garanzia del *ne bis in idem* nel caso di cumulo tra un procedimento penale ed amministrativo nei confronti di un fatto qualificato in entrambi i modi dal legislatore.

9. (Segue)... e con la Corte di Giustizia

Per quanto riguarda la posizione della Corte di Giustizia occorre conciliare il sindacato accentratore di illegittimità costituzionale con il primato del diritto europeo. Il primo è più idoneo a garantire una tutela efficace attraverso sentenze che siano valesse *erga omnes*; il secondo però richiede l'immediata applicazione della sentenza della Corte di Giustizia da parte del giudice comune, come sottolineato dal Presidente della Corte costituzionale nella relazione sulla attività svolta nell'anno 2018, in data 21 marzo 2019.

A tal fine occorre muovere dall'art. 6 del Trattato UE, secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione EDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sono principi generali del diritto dell'Unione; dall'art. 52 della Carta di Nizza, secondo cui i diritti contenuti in essa e corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione EDU hanno significato e portata eguali a questi ultimi, ma il diritto dell'Unione può riconoscere loro una protezione più estesa; dall'art. 53 di essa, secondo cui le disposizioni della Carta non devono essere interpretate come limitative dei diritti e delle libertà riconosciuti dal diritto dell'Unione, dalla Convenzione EDU e dalle costituzioni degli Stati membri.

In applicazione di questi principi la garanzia del *ne bis in idem* ha costituito oggetto di tre recenti pronunzie della Grande Sezione della Corte di Giustizia (in data 20 marzo 2018), in parziale sintonia con l'ultima decisione della Grande Camera della Corte EDU. Da un lato si sono introdotte alcune clausole flessibili per limitare la sfera di operatività della garanzia, a differenza della Corte EDU che riconduce invece la connessione sostanziale e temporale dei procedimenti ad elementi del *bis in idem*. Da un altro lato si ribadiscono la diretta applicabilità di quel principio ed il conseguente obbligo del giudice nazionale di disapplicare direttamente la normativa nazionale contrastante con esso, previa valutazione della adeguatezza della sanzione definitivamente inflitta per prima.

Più significativa appare la c.d. e nota vicenda della "saga Taricco", ampiamente dibattuta dalla dottrina nel suo svolgimento. Con sentenza del 18 settembre 2015 la Corte di Giustizia aveva deciso che il giudice nazionale è tenuto a riconoscere piena efficacia all'art. 325 par. 1 e 2 TFUE. Deve disapplicare all'occorrenza le disposizioni nazionali che abbiano l'effetto di impedire a uno Stato membro di rispettare gli obblighi imposti dall'articolo 325: nella specie disapplicando perciò le disposizioni in tema di disciplina della prescrizione, che per il nostro ordinamento ha rilievo penale sostanziale e non soltanto processuale, e quindi non consente retroattività *in malam partem*.

La Corte Costituzionale – in esito ad una questione di costituzionalità sollevata sul punto dalla Cassazione e dalla Corte d'Appello di Milano – con ordinanza n. 24 del 2017 aveva proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, riconoscendo il primato del diritto dell'Unione ex art. 11 Cost.. Aveva però chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire e di ridefinire la propria decisione sulla vicenda Taricco con riferimento all'obbligo di non applicare la disciplina nazionale sotto un triplice profilo: quando l'omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; quando la prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e quindi soggetta al principio di legalità; quando l'omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro e contro i diritti inalienabili riconosciuti dalla sua Costituzione.

La Corte di Giustizia, con sentenza 5 dicembre 2017, ha risposto che l'obbligo di disapplicazione sussiste: salvo che essa comporti una violazione del principio di legalità a causa dell'insufficiente determinatezza della legge conseguentemente applicabile; o a causa della conseguente applicazione retroattiva di una normativa che imponga un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. Ha precisato che quest'ultima verifica spetta al giudice nazionale.

Al di là di tutte le cadenze, delle discussioni e dei molteplici approfondimenti tecnici che la vicenda ha comportato, ai fini della presente riflessione, è importante sottolineare la via scelta dalla Corte costituzionale per risolvere il contrasto: il rinvio pregiudiziale anziché la declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione dei controlimiti. Ciò ha permesso il ricorso al dialogo fra le due Corti; l'uso di un linguaggio e di una cautela "diplomatici"; il riferimento ai principi di legalità (intesa come determinatezza) e di eguaglianza, anziché a quello della riserva di legge.

Anche in questo caso – come già per l'ambito della CEDU – si coglie la necessità e la possibilità di superare il contrasto tra un "*sovranismo strisciante*" che rifiuti l'apertura alle istituzioni europee ed un "*avventurismo giurisprudenziale*" a favore di un diritto penale europeo che non sia sufficientemente attento alla tutela dei diritti fondamentali ed all'identità costituzionale di uno Stato membro.

Ne è prova nella seconda sentenza Taricco il rifiuto di talune prospettazioni difensive (dell'Avvocato Generale) esasperate e rigide: come quella che ritiene la interruzione della prescrizione un concetto di diritto dell'Unione; o come quella che ritiene il principio di legalità escluso dall'ambito dei principi fondamentali del sistema costituzionale italiano, perché non sarebbe richiamato negli articoli da 1 a 12 della Costituzione.

Un ultimo rilievo: la prospettiva di affidare a ogni giudice nazionale il potere di disapplicare la normativa interna applicando direttamente l'art. 50 non solo genera rischi di violazione del principio di eguaglianza; moltiplica le occasioni di decisioni difformi fra le varie parti del *multilevel*; pone in evidenza la necessità di una stabilizzazione giudiziaria. Ma essa sembra far riemergere la figura del "giudice di scopo", garante di scelte di politica criminale in contrasto con i principi del nostro sistema penale (cfr. Corte Costituzionale ordinanza n. 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018).

10. I risultati e le prospettive del dialogo: "troppi" diritti, troppi giudici e troppa confusione?

In conclusione, il risultato del dialogo nelle vicende fra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale è efficacemente riassunto dalla sentenza n. 115 del 2018 di quest'ultima.

Essa propone con chiarezza la duplice premessa derivante dal chiarimento interpretativo contenuto nella seconda sentenza Taricco: in primo luogo l'operatività del divieto di retroattività *in malam partem*; in secondo luogo la necessaria compatibilità della "regola Taricco" con il principio di determinatezza. Sono entrambi cardini del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Da ciò la conseguente inapplicabilità della "regola Taricco" nel caso di specie.

La Corte costituzionale afferma altresì la necessità che con il principio di determinatezza venga garantita la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale, mediante la produzione previa di regole adeguatamente definite per essere applicate; e la necessità che sia chiara a chiunque la percezione dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta.

Infine la Corte costituzionale rivendica a sé la riserva in via esclusiva del controllo per accertare se il diritto dell'Unione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e con i diritti inalienabili della persona. Riconosce al giudice comune il *«ruolo essenziale»* di sollevare il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla normativa europea, anziché consentirne la diretta disapplicazione della prima normativa da parte di quel giudice, che la lascerebbe comunque sopravvivere nell'ordinamento nazionale.

Questi principi appaiono confermati da due sentenze recenti (n. 20 e n. 63 del 2019). Nella prima di esse si afferma che *«va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentratore di legittimità costituzionale a fondamento della architettura costituzionale (art. 134 Cost.) ... la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117 primo comma, Cost.)»* nei casi in cui *«principi e diritti fondamentali enunciati dalla CDFUE intersechino ... principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione»*.

Nella seconda sentenza si ribadisce che *«... a questa Corte non può ritenersi precluso l'esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117 primo comma Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti...»*.

La Corte Costituzionale (così la relazione del Presidente citata dianzi) confida di *«avere posto le premesse per una sempre più stretta integrazione europea attraverso il diritto, che al tempo stesso non abdica alla tutela dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»*.

È proprio così? Al momento il pessimismo è più facile dell'ottimismo: “troppi” diritti; “troppi” giudici; troppe complicazioni (e quindi inevitabilmente troppe varianti e troppa dottrina); non si capisce più granchè. Si conferma cioè il dubbio che il ricorso al metodo e al procedimento, attraverso il tecnicismo esasperato dell'interpretazione, si risolva in realtà in un ostacolo (forse voluto, almeno in parte) al merito e al conseguimento del risultato che all'apparenza si vuol raggiungere.

Questo quadro oltretutto sembra forse destinato a complicarsi ulteriormente sotto un duplice profilo. Da un lato vi è la dissimmetria fra la tendenza alla universalizzazione del diritto penale e quella inevitabile alla particolarizzazione del diritto costituzionale, nonostante la prospettiva maturata dopo l'ultima guerra per la sua internazionalizzazione. Da un altro lato vi è la prospettiva possibile di un inserimento della Corte Penale Internazionale nel dialogo già abbastanza complicato fra le Corti ed i giudici sovranazionali e nazionali per la tutela dei diritti fondamentali.

La diagnosi è certamente più agevole della prognosi e della terapia; occorre ovviamente continuare ad insistere in queste ultime, per assicurare con la tutela dei diritti umani la dignità e prima ancora l'identità del nostro paese e quella nostra, dei nostri figli e nipoti.