

EDITORIALE

E. NADIA LA ROCCA – ALFREDO GAITO *

Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità

Le recenti pronunce della giurisprudenza europea, alcune decisioni evolutive della Corte costituzionale e le ultime novelle normative, non possono che stimolare alcune riflessioni sulla reale portata dei diritti fondamentali nel processo, ormai in crisi ed incompatibili con le moderne concezioni populiste del diritto e del processo penale.

The “Controlimite” of the protection of procedural rights of the defendant: Evolutionary visions from European Courts between legality and predictability

The recent rulings of European case-law, some evolutionary decisions of the Constitutional Court and the latest legislation, can only stimulate some reflections on the real scope of fundamental rights in the trial, now in crisis and incompatible with the modern populist conceptions of the law and the criminal trial.

SOMMARIO: 1. Controlimiti all'esercizio del potere punitivo. - 2. I sofisticati equilibri nel principio *nulla poena sine iudicio...* - 3. (segue) e l'esigenza di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali tra essere e dover essere. - 4. La simbiosi equilibrata tra Corte costituzionale e Corte europea. - 5. E l'irrinunciabile nucleo di valori nel rito penale.

1. Controlimiti all'esercizio del potere punitivo

La complessità del panorama delle fonti, interne, europee e sovranazionali, lascia constatare continue espansioni della possibilità che norme elaborate nell'ambito di un ordinamento trovino applicazione, accettazione o, quanto meno, attenzione nell'ambito di altri ordinamenti. La globalizzazione giuridica¹ continua ad abituare ormai operatori e studiosi a nuovi scenari ed a nuovi modi di pensare le dinamiche della produzione del diritto, che si intessono nei rapporti tra Corti deputate all'interpretazione delle fonti stesse nelle loro interconnessioni; rapporti talvolta contrastanti, altre volte di dialogo a sfondo non solo esegetico ma anche politico. Ed è in questo contesto che si inserisce l'idea per cui l'ordinamento estraneo a quello interno, talvolta, debba arretrare e ritrarsi «di fronte all'esistenza del ‘controlimite’»², e cioè un principio supremo e fondamentale dell'ordinamento costituzionale, invulnerabile nel suo nucleo essenziale. Sia pure in un contesto diverso, il Giudice delle leggi negli

* Contributo frutto di riflessioni comuni. La materiale stesura dei §§ 1-3 è di E. Nadia La Rocca; quella dei §§ 4 e 5 è di Alfredo Gaito.

¹ V. per approfondimento FERRARESE, voce *Globalizzazione giuridica*, in *Enc dir., Annali*, IV, 2011, 563.

² NEGRI, *Dallo scandalo della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *questa Rivista*, 2015, 3.

anni settanta si era premurato di elaborare un “teorema” tendente ad escludere che il trasferimento di competenze a favore dell’Unione potesse comportare un «inammissibile potere di violare i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»³, puntando sull’esistenza nel sistema costituzionale interno di un nucleo intangibile di principi o diritti fondamentali, operanti alla stregua di argine anche rispetto all’esercizio di poteri trasferiti all’Unione⁴.

Tornato alla ribalta durante l’incessante dibattito avviato dal pericolo che l’impatto delle decisioni della Corte di Lussemburgo potesse avere sui diritti dell’imputato di reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, a quel meccanismo in grado di introdurre le contromisure all’obbligo di disapplicazione delle norme interne a favore di quelle europee deve guardarsi ora nella sua nuova dimensione.

Non è troppo remota, infatti, la vicenda “Taricco”, conclusasi con soluzione soddisfacente nel dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale⁵, conosciuta per aver amplificato l’esigenza di chiarire lo spazio di incidenza del diritto dell’Unione europea nei procedimenti penali interni, anche alla luce del diritto vivente elaborato dai giudici di Lussemburgo. A quest’ultimo sembrerebbe attribuita la stessa efficacia delle norme di fonte europea aventi effetti diretti, «ossia una forza superiore a quella delle stesse norme costituzionali, con la sola riserva dell’intangibilità dei principi supremi posti al vertice dell’intero ordinamento giuridico della Repubblica»⁶. Proprio il “caso Taricco” ha avuto il merito di riproporre la questione del concorso fra sistemi diversi di protezione dei diritti fondamentali⁷, risvegliata dalla disattenzione eccessiva della Corte di giustizia per le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

Basta qui ricordare come nel vasto campo applicativo del diritto UE la tutela dei diritti fondamentali che assurgono a principi supremi è formalmente affidata al giudice comune del diritto dell’Unione, nonché alla Corte di giustizia stessa che ha il ruolo di garante del rispetto del diritto nell’ordinamento

³ Corte cost. n. 183 del 1973

⁴ V. sempre Corte cost. n. 183 del 1973. Le garanzie procedurali nelle quali la teoria si articola si riassumono nell’esigenza di consentire che, attraverso il sindacato di costituzionalità sulla legge di esecuzione, la Corte costituzionale possa intervenire sull’atto o sulla condotta delle Istituzioni europee lesiva del nucleo intoccabile della legalità costituzionale. V. in tal senso CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017; Corte cost., n. 115 del 2018.

⁶ CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, 2016, 282.

⁷ CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela*, cit.

dell'Unione⁸. Tanto vale anche qualora debba misurarsi la conformità tra le regole interne ed i principi dell'Unione in tema di diritti fondamentali, con quel risultato, che esprime quasi un paradigma, in base al quale la norma interna possa o debba essere immediatamente “disapplicata” qualora osti all'applicazione ed al rispetto delle norme dell'Unione dotate di efficacia diretta.

Si comprende bene che, talvolta, la posta in gioco può non essere piccola: ad assumere rilievo sono fattori importanti per il processo di integrazione europea, ancora non definito del tutto in un tempo in cui sono in discussione persino i fattori più unificanti delle frontiere e della moneta unica; e «la costruzione di un diritto penale europeo è andata avanti solo per frammenti, dentro un mondo che è ancora quello degli ordinamenti nazionali»⁹. A ben guardare, infatti, «l'autentica cifra dei Trattati»¹⁰ relativamente alla materia penale, la si può identificare nello scopo della lotta contro la criminalità, con predominio delle componenti repressive, nonostante gli spazi di garanzia consacrati nella Carta di Nizza, giustamente definiti come «una strategia intesa a rendere accettabile il primato delle fonti europee ai Paesi membri»¹¹ pur a costo di travolgere il nucleo garantista delle loro Costituzioni.

Il punto di forza delle soluzioni recenti, necessarie proprio per definire quella “vicenda Taricco”, lo si ricorderà, è stata la dimensione del principio della legalità penale ed il valore che ad esso è assegnato dall'art. 25 Cost.. Il problema era, d'altronde, la preclusione che può innescare il regime della prescrizione alla lotta efficace contro le condotte che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Non a caso, nell'ultima sentenza della Corte di giustizia, l'interpretazione dell'art. 325 TFUE è stata nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale, disposizioni interne sulla prescrizione, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene¹².

Solo all'apparenza, tuttavia, è stata trascurata l'altra “faccia” di quel principio di legalità, quella processuale.

Se nel corso del dialogo con Lussemburgo, la Corte costituzionale italiana¹³, infatti, ha posto l'accento sul principio secondo cui l'attività del giudice deve

⁸ Cfr. art. 19 TUE.

⁹ PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2018, 1294.

¹⁰ NEGRI, *Dallo scandalo*, cit., 5.

¹¹ NEGRI, *Dallo scandalo*, cit., 5.

¹² Corte giust. UE, 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, in *Giur. It.*, 2018, 718.

¹³ Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate¹⁴, in esso cogliendosi un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*¹⁵, ed evidenziando pure quanto grave sarebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato¹⁶; successivamente, anche nelle decisioni della Corte di giustizia si è potuto leggere che «l'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non esonera i giudici nazionali dal necessario rispetto dei diritti fondamentali, dal momento che i procedimenti penali [...] costituiscono un'attuazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta». In ambito penale, «siffatti diritti e principi generali devono essere rispettati non soltanto durante i procedimenti penali, ma anche durante la fase delle indagini preliminari, a decorrere dal momento in cui l'interessato è accusato»¹⁷.

Emerge nitida la rilevanza della soggezione del giudice alla stretta legalità processuale, che fa da protagonista anche in più recenti decisioni provenienti da Lussemburgo, ove si afferma che discende segnatamente dagli obblighi derivanti dal principio di legalità e dallo Stato di diritto che il potere repressivo non possa essere esercitato, in linea di principio, al di fuori dei limiti legali entro cui un'autorità è autorizzata ad agire secondo il diritto dello Stato membro cui essa è soggetta; e che il diritto dell'Unione «non può imporre al giudice nazionale di disapplicare una norma procedurale, anche se l'uso degli elementi di prova raccolti illegittimamente potrebbe incrementare l'efficacia dei procedimenti penali che consentono alle autorità nazionali di sanzionare, in taluni casi, l'inosservanza del diritto dell'Unione»¹⁸.

Si tratta di evolutivo -e forse necessitato per il pericolo di opposizione dei controlimiti- riconoscimento delle garanzie di procedura alla stregua di componente essenziale per la punibilità, «su di un piano paritario rispetto alla le-

¹⁴ Su questo aspetto si tornerà più avanti nel § 3.

¹⁵ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, che prosegue: «Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»

¹⁶ Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza.

¹⁷ V. in tal senso, Corte giust. UE, 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, punto 52; Id., 5 giugno 2018, Kolev e a., C-612/15, punti 68 e 71, nonché, Id., 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16.

¹⁸ Corte giust. UE, 17 gennaio 2019, Dzivev e altri, C-310/16.

galità penale»¹⁹ che per ora sembra scongiurare il pericolo che un giudice, lasciato libero nella selezione delle norme soggette a disapplicazione e nella definizione dei presupposti per agire in tal senso, neutralizzi volta a volta qualunque disposizione ritenuta di impedimento alla repressione del reato: tanto se appartenente all'ambito sostanziale della «punibilità», quanto se relativa al «processo». Il che significherebbe togliere valore alle Carte dei diritti nel loro significato profondo, che è quello della espansione massima delle garanzie, realizzabile solo «grazie alla simbiosi tra i precetti costituzionali e le clausole convenzionali sul giusto processo»²⁰.

2. I sofisticati equilibri nel principio *nulla poena sine iudicio*...

La difficile bellezza di tale dialogo tra le Corti, con la costruzione di paradigmi inderogabili da utilizzare in uno scambio che esige sempre una volontà di conoscenza reciproca da parte dei suoi fruitori, sottende l'equilibrio, altrettanto sofisticato, che si cela nei rapporti tra diritto penale e diritto processuale. Servirebbe a poco valorizzare il principio di stretta legalità delle norme sui reati e sulle pene se ne fosse consentita un'applicazione arbitraria nel rito che è necessario per dar loro attuazione concreta, un'applicazione esente da regole che deformerebbe la prospettiva del processo. Al tempo stesso, il rito penale sarebbe soltanto «un marchingegno perennemente immobile e di fatto afono [...] se non lo si adoperasse per dare applicazione a regole “sui delitti e sulle pene”»²¹, pur dovendosi sottolineare come il diritto penale si concretizzi non solo quando si applichi, a tutti i costi, la sanzione astrattamente prevista ma, altresì, quando dall'accertamento di fatto e di diritto emerga che la sanzione non debba essere inflitta al soggetto destinatario dell'addebito.

Si tratta delle «due anime» di cui si compone il sistema penale nel suo complesso: la norma processuale sarebbe «cieca, ove attraverso essa non si intendesse accertare la commissione di un reato previsto dal diritto sostanziale»²² e quest'ultimo, di per sé, sarebbe inidoneo a realizzare gli stessi scopi che persegue.

Solo nell'ambito di una “giustizia di scopo”²³ non vi sarebbe tempo e spazio

¹⁹ NEGRI, *Dallo scandalo*, cit., 9.

²⁰ NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2019, 2, 558.

²¹ Così CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, cit., 259;

²² Così DI CHIARA, TRANCHINA, *Sistema penale e diritto processuale*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patané, F. Siracusano, Milano, 2018, 4.

²³ GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016, 60; v. altresì sul tema GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Danovi, Torino

per delimitazioni funzionali tra diritto e processo, mirandosi all'obiettivo prescindendo dallo strumento impiegato e dalle sue conseguenze. In tale inaccettabile contesto i precetti destinati a guidare la condotta del giudice potrebbero essere sbilanciati finalisticamente al risultato repressivo, anche prima dell'approdo all'accertamento della colpevolezza, il solo idoneo a legittimare l'attuazione della componente sanzionatoria della norma incriminatrice.

Per contro, allora, deve sempre tenersi in considerazione quel punto di partenza che unisce i due estremi del sistema punitivo a livello costituzionale: il principio di legalità, nel suo profondo significato garantista che impone il rispetto dei diritti delle parti processuali e la prova certa di tutti i presupposti legali per l'affermazione della responsabilità.

La stretta connessione strumentale tra diritto penale e processo ha il suo punto di contatto più resistente proprio in talune garanzie fondamentali che proiettano un limite al potere del giudice, evitandone la metamorfosi concreta in giudice del risultato sanzionatorio.

Il processo «incorpora in sé il diritto sostanziale»²⁴, il quale è in grado di fissare alcuni limiti che dovrebbero essere in esso osservati, al fine di contenere la tendenza all'arbitrio. Al tempo stesso, ogni regola processuale si presta ad essere impiegata alla stregua di argine nei confronti di debordanti istanze di efficienza repressiva, creando verso le stesse un deciso attrito per vanificare interpretazioni non rispettose di vincoli costituzionali²⁵.

È essenziale, in questa direzione, la considerazione dell'interazione dinamica delle garanzie sul piano metodologico, traducibile nella «complementarietà garantistica tra diritto e processo»²⁶, volta al superamento di quella concezione sulla funzione meramente repressiva di diritto e rito penale, da tempo soppiantata dalle regole del *fair trial* quale proiezione nel processo di garanzie sostanziali.

La funzione del rito penale non è affatto quella di compartecipazione dell'obiettivo sanzionatorio, nonostante certe manifestazioni ideologiche e mediatiche, a cui si sommano esigenze di deflazione ed efficienza, possano

2015, 151 ss; MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, ibidem, 165 ss.; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, 2017, 421 ss.

²⁴ GARGANI, *op. cit.*, 78.

²⁵ GARGANI, *op. cit.*, 78.

²⁶ Così GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini?* cit., 150, il quale spiega bene come «la complementarietà garantistica incarna un'esigenza antagonista rispetto alla funzione repressiva. La forte incidenza della pena un tempo sul corpo del cittadino, oggi sui suoi fondamentali diritti di libertà, fa sì che i sistemi penali abbiano avvertito, da sempre l'esigenza di salvaguardare l'innocente dall'ingiustizia e proteggere lo stesso colpevole da eccessi repressivi, ossia dalla giustizia ingiusta».

far deporre in tal senso.

A fronte della complessità del fenomeno sommariamente evocato, non si può omettere la presa d'atto dei molteplici e continui tentativi, alcuni portati a segno, di affidare al giudice obiettivi non mediati da fattispecie normative o avvantaggiati da disposizioni connotate da indeterminatezza. Si tratta di fenomeni che pongono la giurisdizione, pur soggetta solo alla legge, in un contatto diretto con scelte che esorbitano dalla sua funzione, scelte politiche accompagnate dalla libertà di selezione dei mezzi utili per il raggiungimento di certi risultati. Si può richiamare, come esempio, l'uso disinvolto delle teorie sostanzialiste che, con lo scopo dell'efficienza, sminuiscono la tassatività delle nullità ed il regime di rilevazione delle patologie degli atti; o, ancora, l'arbitrarietà derivante dalle disposizioni che consentono, per la loro cedevolezza, la selezione imprevedibile delle impugnazioni di merito e di legittimità ed il forte utilizzo della categoria dell'inammissibilità.

Il trattamento diversificato, ed irragionevole, di situazioni simili, ingenerato non solo dalla sensibilità del singolo giudice ma, a monte, dalla indeterminatezza di talune disposizioni che si prestano ad essere variamente interpretate, ed utili al perseguimento di talune finalità -efficienza, celerità, aspettative di repressione della collettività- è incompatibile con la funzione giurisdizionale nel sistema penalistico.

Scompagnato dalla determinatezza delle fattispecie, sostanziale e processuale, il carattere garantito del processo, sotto il profilo dei diritti individuali, vale poco o nulla²⁷. L'applicazione esatta della legge, e della legge esatta, concorre a definire, insieme alla qualità delle garanzie liberali, il contributo della giurisdizione penale per la tenuta complessiva della legalità: è questa l'unica proiezione finalistica attribuibile alla giurisdizione. Se è giurisdizione, secondo la Carta costituzionale soltanto quella attuata "mediante il giusto processo regolato dalla legge" (art. 111, co. 1, Cost.), e se è "alla legge" che sono soggetti coloro che la esercitano (art. 101, co. 2, Cost.), le disposizioni processuali costituiscono la linfa e al contempo la demarcazione del potere di amministrare la giustizia nel pieno rispetto dei diritti delle parti, pur in una società complessa nella quale il diritto penale assume a strumento di controllo sociale e anche di orientamento della condotta dei consociati in prospettiva contraria rispetto alle ragioni strumentali del processo²⁸.

Lo «slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno

²⁷ In questo senso GIUNTA, *Dal governo della legge al governo degli uomini?*, cit., 160.

²⁸ Così LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in www.penalecontemporaneo.it.

controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità»²⁹. Il *deficit* così generato chiama in causa tutti i protagonisti del processo: chi sostiene l'accusa o chi si difende ha il suo momento di forza proprio nella legge, potendo argomentare sulla protezione dei suoi diritti anche innanzi ad indirizzi interpretativi consolidati che, perché tali, rimangono discutibili e ribaltabili.

La soggezione del giudice alla legge, costituzionalmente protetta, ed il giudizio come accertamento, forniscono ancora oggi «la prima e principale fonte di legittimazione del potere giudiziario, [...] un modello ideale e regolativo»³⁰ in grado di assicurare a ciascun protagonista della vicenda penale la previsione delle conseguenze derivanti da ogni singola azione.

3. (segue) ... e l'esigenza di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali tra essere e dover essere

Ed invero non è affatto conquista attuale, seppure sia di recente ritornato ad essere l'oggetto di speculazioni giurisprudenziali e dottrinali, il diritto alla possibilità di prevedere, in capo ai consociati, le decisioni giurisdizionali in materia penale, e cioè gli esiti della vicenda processuale quale immediata e concreta applicazione della legge. Legalità vuol dire anche conformità delle decisioni alle regole imposte dal legislatore e significa, conseguentemente, prevedibilità - date certe condizioni - della pronuncia dell'organo giurisdizionale proprio alla luce della considerazione dell'esistenza di determinate regole³¹.

Il principio della prevedibilità delle decisioni è immediatamente associato al concetto di certezza della legge e del diritto, valore particolarmente prezioso nelle materie criminali. La Corte europea dei diritti umani, proprio considerando i diritti processuali dell'accusato, quelli contemplati nell'art. 6 C.e.d.u., ne ha riconosciuto la violazione a fronte dei pregiudizi derivanti da una situazione caratterizzata da profondi e duraturi contrasti nella giurisprudenza nazionale, oltre che dall'assenza di meccanismi per superare i contrasti medesimi³². Ma non solo. La prevedibilità della condanna, dell'inflizione e poi

²⁹ PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2017 157.

³⁰ Così FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Chiodi, Pulitanò, Milano 2013, 21.

³¹ Cfr. sul punto DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, 1165; LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale*, cit., 3.

³² La Corte europea non vieta che la giurisprudenza nazionale possa mutare il proprio orientamento nell'interpretazione di una norma; ma richiede, affinché lo Stato non incorra in una violazione dell'art. 6 o 7, che tale mutamento sia *ragionevolmente prevedibile* dal destinatario della norma. Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*. Cfr. anche, Id., Gr. Ch., 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

dell'esecuzione concreta della pena, sulla base dei dati normativi e della giurisprudenza pertinente, costituisce il contenuto chiave³³ del diritto al *nullum crimen, nulla poena sine lege* riconosciuto dall'art. 7 C.e.d.u.³⁴: l'individuo deve avere la possibilità, al momento di determinarsi sul se agire o non agire, di fare legittimo affidamento, oltre che sulla prescrizione contenuta nei disposti normativi, sulla interpretazione che di una data norma abbiano fornito i giudici, avendo - così- un preciso diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili *ex ante*³⁵. Prevedibilità ed affidamento legittimo sono concetti che dischiudono principi, quelli che già il Giudice delle leggi, in tempi non sospetti, utilizzò per sottolineare come la sicurezza giuridica dell'individuo sia un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»³⁶ e che, seppure possano essere apprezzati separatamente, rappresentano una ripercussione immediata del principio di legalità e dei suoi noti corollari fondamentali.

A voler considerare un simile complesso di valori come costante bussola nella creazione e nell'utilizzo delle categorie penalistiche, sostanziali e processuali, se ne avverte il *deficit* nel confronto con il diritto penale che si affaccia negli itinerari legislativi più recenti³⁷ e, per conseguenza, nelle elaborazioni ermeneutiche della giurisdizione all'atto della sua applicazione concreta nel processo. Si avverte la lontananza dal modello processuale come meccanismo in cui il metodo vale più del risultato, come strumento di accertamento di responsabilità individuali secondo un rigoroso itinerario di razionalità costruito su regole di esclusione e dominato dal principio *in dubio pro libertate*³⁸.

Il susseguirsi delle recenti novelle, dei mutamenti giurisprudenziali, delle applicazioni miranti all'efficientismo ed alla agognata "certezza della pena" e

³³ Tra le decisioni da Strasburgo in argomento v. Corte EDU, 12 gennaio 2016, Borg. C. Malta; Id., 24 gennaio 2012, Torri e altri c. Italia; Id., 2 luglio 2009, Iordan iordanv e altri c. Bulgaria; Id., 6 dicembre 2007, Beian c. Romania; 2012;

³⁴ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁵ Corte EDU, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*; Id., Gr. Ch., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Id., 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*; Id., 22 marzo 2001, *K. - H.W. c. Germania*; Id., Gr. Ch., 24 aprile 1990, *Krusiln c. Francia*.

³⁶ Corte cost., n. 349 del 1985.

³⁷ V. tra i tanti sulle recenti novelle PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 5 ss.; v. con specifico riguardo alla L. n. 3 del 2019 CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *questa Rivista web*, 3, 2018, 1 ss.; MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, *ibidem*, 2, 2018, 1 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, *ibidem*, 2018, 1 ss.

³⁸ Così MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it.

della “pena in carcere”, ridotto a conseguenza populista dell’una o dell’altra vicenda su cui si accendono i riflettori che illuminano le scene del parallelo “processo mediatico”, sfidando le regole costituzionali, esaltano la distanza tra l’essere e il dover essere del diritto e del processo penale. Quale la certezza e quale la prevedibilità del risultato applicativo di un diritto incerto, è facile immaginare.

Non hanno suscitato le perplessità aspettate, ad esempio, le recenti applicazioni retroattive delle conseguenze in peius derivanti dall’inserimento tra i reati ostativi, di cui all’art. 4-bis ord. penit., dei delitti contro la pubblica amministrazione, fondate su utilitaristiche distinzioni tra disposizioni sostanziali e disposizioni processuali (concernenti l’esecuzione della pena)³⁹ al precipuo scopo di lucrare l’effetto di applicazione alle vicende in itinere, derivante dalla regola del *tempus regit actum*. Non ci si poteva aspetta altro dall’attuale contesto politico e culturale.

Eppure da Strasburgo⁴⁰ era pervenuto l’invito non proprio benevolo allo Stato italiano ed alla giurisprudenza interna di non introdurre surrettiziamente regole penali peggiorative con effetto retroattivo, anche in via ermeneutica: poco importa che ciò avvenga usando una norma di diritto sostanziale o una norma processuale.

Potrebbe proseguirsi ulteriormente e più approfonditamente su ciascuno degli aspetti a cui s’è fatto cenno, per giungere comunque a prender coscienza dell’allontanamento del volto del sistema penale da quello delineato dalla Costituzione, con una «distanza ancor più grave dei puntuali contrasti con i parametri costituzionali, che pur ci sono»⁴¹.

Ed allora «l’unico freno ad una tale deriva»⁴² non lo si può che ricondurre all’azione della Corte costituzionale, a cui deve riconoscersi il merito d’interpello forte dei principi fondamentali e dei diritti individuali nelle sue pronunce più recenti, con le quali è intervenuta in materia di misure di pre-

³⁹ In argomento v. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la PA: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2019, 105 ss. La VI Sezione della Suprema Corte, destinataria di uno dei primi ricorsi in materia, ha già affermato che non è manifestamente infondata – sotto il profilo della violazione dell’art. 117 Cost. in rapporto all’art. 7 CEDU – la questione di legittimità costituzionale dell’art. 6, comma 1, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la P.A. tra quelli ostativi alla fruizione di benefici penitenziari ex art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, senza prevedere una disciplina intertemporale mitigatrice degli effetti dell’immediata applicabilità della novella, ritenendo nondimeno la questione stessa irrilevante, in quanto relativa all’esecuzione della pena, che costituisce materia sottratta alla cognizione della Corte di cassazione. Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, Ferrarese, non ancora massimata.

⁴⁰ Corte eur., 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

⁴¹ PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit. 9,

⁴² MANES, *Diritto penale no-limits*, cit.

venzione⁴³. Si è trattato di interventi che hanno messo in evidenza proprio la difficile conciliabilità di disposizioni generiche ed indeterminate contenute nel “Codice antimafia” con gli infruttuosi sforzi della giurisprudenza che non è riuscita ad «assicurare in via interpretativa dei contorni sufficientemente precisi alla fattispecie», in modo da garantire ai consociati di «prevedere ragionevolmente in anticipo in quali “casi” - oltre che in quali “modi” - essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca»⁴⁴.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, di norme foriere di interpretazioni irragionevoli e di risultati imprevedibili, sembra allora rimanere l'unica via per porre il legislatore di fronte a responsabilità di scelte rispettose dei valori che appartengono a ciascun individuo, non adattabili né degradabili neppure attraverso il ricorso a quello che è stato realisticamente definito un «diritto penale *no-limits*»⁴⁵.

4. La simbiosi equilibrata tra Corte costituzionale e Corte europea

Se si osservano le interazioni che proprio nelle richiamate declaratorie di illegittimità hanno guidato il Giudice costituzionale nell'affermazione di principi tutti orientati a salvaguardare, in funzione recuperatoria rispetto all'azione legislativa, le garanzie ed i diritti individuali nel loro valore inderogabile, può porsi in evidenza la simbiosi equilibrata nei rapporti tra diritto interno e diritto della Corte e della Convenzione europea dei diritti umani.

L'abilità della Consulta, nella selezione di taluni capisaldi elaborati dal Giudice di Strasburgo, e ribaditi di recente anche dalla Corte di giustizia UE⁴⁶, deve essere apprezzata da una duplice prospettiva: per un verso, infatti, le declaratorie di illegittimità fondate proprio sul contrasto tra leggi ed interpretazioni interne con le regole convenzionali, consentono il rafforzamento di alcuni stilemi irrinunciabili nella costruzione di un “modello europeo” di processo penale; per l'altro, il rifiuto attento verso automatismi nell'applicazione diretta di alcune interpretazioni potenzialmente contrastanti con i valori costituziona-

⁴³ Il riferimento è a Corte cost., sentt. n. 24, 25 e 26 del 2019.

⁴⁴ Corte cost. n. 24 del 2019.

⁴⁵ MANES, *Diritto penale no-limits*, cit.

⁴⁶ Occorre insistere sulle affermazioni recenti della Corte di Giustizia secondo cui, in ambito penale, «i diritti e i principi generali a tutela dell'individuo nel processo devono essere rispettati non soltanto durante i procedimenti penali, ma anche durante la fase delle indagini preliminari, a decorrere dal momento in cui l'interessato è accusato». Cfr. Corte Giust. UE, 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, punto 52; Id., 5 giugno 2018, Kolev e a., C-612/15, punti 68 e 71, nonché, Id., 20 marzo 2018, Di Puma e Zecca, C-596/16 e C-597/16.

li consolidati, può rappresentare, come ha rappresentato, lo strumento di difesa contro alcune interpretazioni promananti proprio da Strasburgo, in grado di porre in crisi il tradizionale canone di equità che non ammette, e non può ammettere, adattamenti altalenanti al principio di legalità, sostanziale e processuale.

La riprova di tutto questo può rinvenirsi appunto nelle affermazioni che, valorizzando il principio di legalità sostanziale, nella sua dimensione utile a garantire la prevedibilità degli esiti della giurisdizione, recepiscono le conclusioni della giurisprudenza di Strasburgo utilizzandole per affermare la contrarietà a Costituzione delle disposizioni produttive di applicazioni diversificate⁴⁷.

Al tempo stesso, deve guardarsi con senso di sicurezza anche alla cautela del Giudice delle leggi nelle affermazioni tese a precisare come medesimi «principi o analoghe previsioni si rinvercano sia nella Costituzione che nella C.E.D.U., così determinandosi una concorrenza di tutele che, però, possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte E.D.U. riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia e quando viene in rilievo un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali [...] può e deve [...] costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»⁴⁸.

Il fatto di prediligere meccanismi di adeguamento, scongiurando automatismi in nome del «predominio assiologico della Costituzione sulla C.E.D.U.⁴⁹», fa sì che alcuni diritti incompressibili restino tali pur dinanzi ad indirizzi della giurisprudenza europea che, per converso, potrebbero essere idonei a restringerne gli spazi ed i presidi.

Seppure la Convenzione europea dei diritti umani abbia avuto la sua genesi nella reazione al totalitarismo ed il suo punto di forza nella centralità dell'individuo, titolare di diritti e prerogative di difesa contro ingerenze indebite del potere punitivo⁵⁰, in tempi più recenti è proprio la Corte di Strasburgo a compensare i diritti dell'accusato, un tempo prevalenti rispetto ai bisogni di difesa sociale, con interessi diversificati a quest'ultima riconducibili⁵¹.

Non può invero sottovalutarsi il rischio di strumentalizzazione di alcune esegesi europee che, nella valutazione sull'equità della procedura, tengono conto di volta in volta della gravità del reato che prevale sulla correttezza

⁴⁷ V. in particolare Corte cost., n. 25 del 2019.

⁴⁸ Corte cost. n. 25 del 2019; nonché in precedenza, Corte cost. n. 317 del 2009.

⁴⁹ Corte cost., n. 49 del 2015 e, di recente, Id., n. 25 del 2019.

⁵⁰ V. di recente, in argomento, NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., 558

⁵¹ V. ancora in argomento NEGRI, *Diritto costituzionale applicato*, cit., 558.

dell'accertamento⁵², delle ragioni di tutela della vittima che prendono il sopravvento sul metodo di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti⁵³, fino a giungere a quella degradazione delle regole di esclusione in regole di valutazione dei dati gnoseologici⁵⁴ per far salvo l'esito iniquo della condanna basata su prova unica e determinante⁵⁵.

5. E l'irrinunciabile nucleo di valori nel rito penale

Ma è risaputo: alla Corte europea spetta decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, e delle affermazioni tese ad ampliare l'area di protezione dei diritti individuali possono profittare giudici, operatori e legislatore; al tempo stesso, spetta sempre alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Costituzione e dalla stessa Convenzione europea.

Solo in tal modo può rimanere saldo e salvo quel nucleo irrinunciabile di valori opponibile dal Giudice delle leggi a fronte del conflitto, sempre perenne, tra autorità e libertà, alla risoluzione del quale basterebbe il semplice richiamo a quella presunzione di non colpevolezza, base su cui è edificata la serie di garanzie processuali che contribuiscono a delineare la funzione cognitiva del processo ed il significato della giurisdizione penale⁵⁶.

Si tratta di interconnessioni che svelano il legame delle norme di procedura con le ragioni dell'individuo, prevalenti rispetto alle esigenze dell'autorità; quelle medesime esigenze dell'autorità che, mai come oggi, si traducono in un disegno disarticolato di diritto e processo penale, fomentato opportunisticamente per scopi politici, «distante e distinto dalla tradizione»⁵⁷. Ed in occasione dell'anniversario dell'entrata in vigore del codice di procedura, sarà il caso di interrogarsi sulla sua attuale utilità, sulle modificazioni proficue che lo hanno attraversato, su quelle mancate e su quelle da introdurre con urgenza.

⁵² Corte EDU, 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito.

⁵³ Corte EDU, 31 luglio 2014, Jannatov c. Azerbaijan; Id., 27 febbraio 2014, Lucic c. Croazia.

⁵⁴ Corte EDU, Gr. Ch., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito.

⁵⁵ In generale sull'argomento v. ZACCHE', *Il diritto al confronto nella più recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018, 259 ss.

⁵⁶ In tal senso MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁵⁷ MANES, *Diritto penale no-limits*, cit.