

Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine Oliviero Mazza

A partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, l'innesto della normativa di matrice europea nel sistema penale nazionale ha determinato una profonda mutazione delle classiche coordinate in cui siamo da sempre abituati a inscrivere e a trattare i temi della giustizia criminale. Superata la lunga stagione in cui il fenomeno è rimasto confinato in una ristretta cerchia di attenti e lungimiranti studiosi, quasi si trattasse di un mero vezzo accademico ⁽¹⁾, l'odierna attenzione per le fonti extranazionali non ha ancora permesso di comprendere appieno tutte le implicazioni di una trasformazione che non appare iperbolico definire epocale. L'obiettivo di questo confronto di idee è dunque quello di offrire un ulteriore contributo al superamento del ritardo che tuttora sconta il penalista di fronte alle novità europee.

La materia penale europea presenta profili di elevatissima complessità, a partire dal nuovo sistema necessariamente integrato e multilivello delle fonti. In via di prima approssimazione, si può affermare che il trapianto nell'ordinamento interno del diritto della "piccola Europa" (ossia quello dell'Unione Europea) e del diritto della "grande Europa" (la normativa originata dal Consiglio d'Europa) è ancora in corso e non può dirsi del tutto scongiurato il rischio del verificarsi di esiziali crisi di rigetto. Il *work in progress* non esonera, tuttavia, lo studioso e il pratico dal sorvegliare attentamente il processo di integrazione, e spesso di fusione, delle diverse discipline. Se l'obiettivo di un sistema penale italo-europeo integrato e coerente è ancora da raggiungere, l'opera è però già da tempo avviata a una felice realizzazione.

I primi risultati si misurano concretamente tanto sul versante penale sostanziale quanto su quello processuale. La miglior riprova del mutamento in atto è fornita dalla giurisprudenza che, a tutti i livelli, di merito, di legittimità o costituzionale, ormai considera parametro imprescindibile di riferimento la coerenza del sistema interno con quello di matrice europea. A titolo meramente esemplificativo, basti ricordare l'invito rivolto, ormai alcuni anni orsono, dalla Suprema Corte di cassazione all'«interprete a non isolarsi in un contesto nazionale, ma a cercare quella che è stata chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni, della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale» ⁽²⁾.

¹ Fra i primi a interessarsi del tema, M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

² Cass., Sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Mass. Uff.*, n. 238199.

I problemi che presenta il costante raffronto fra ordinamento interno e modelli europei non possono essere riduttivamente circoscritti a singole e specifiche questioni di attualità, come, ad esempio, la discussa compatibilità della fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 10 bis del d.lgs n. 286 del 1998, che punisce l'ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, con la c.d. direttiva europea sui rimpatri (direttiva Commissione CEE 16 dicembre 2008, n. 115) ⁽³⁾, oppure le innumerevoli questioni applicative sollevate in ambito processuale dal mandato d'arresto europeo, strumento di impiego quotidiano nella prassi delle misure coercitive ⁽⁴⁾. Occorre, invece, avere piena consapevolezza che il tema di fondo investe lo stesso profilo genetico della nostra giustizia penale che ormai non può più prescindere dai cromosomi europei. Questa necessaria contaminazione fa entrare in crisi uno dei capisaldi della materia penale, l'autorità statuale, l'autarchia normativa e, di conseguenza, anche quella giurisdizionale. Bisogna aprirsi al *novum* superando la tipica resistenza culturale di chi tenta di rimuovere la complessità rappresentata dal cambiamento.

Per governare questa evoluzione, tanto della cultura giuridica quanto del mero dato normativo, appare indispensabile, anzitutto, aver ben presenti il peso e l'incidenza delle scelte assunte in sede europea (grande o piccola che sia), come ha dimostrato la Corte costituzionale nel farsi promotrice dell'apertura verso la giurisprudenza di Strasburgo, a partire dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007.

L'esatta perimetrazione della rilevanza interna delle fonti europee, comunitarie o internazionali, non può che essere il punto di partenza di qualsiasi approfondimento del tema. In tal senso si potranno apprezzare i contributi di Manes e Gaeta sull'interpretazione conforme in campo sostanziale e processuale. Ancora una volta non ci si può nascondere, tuttavia, la complessità del compito, reso ancor più arduo dalle recenti modifiche apportate alle norme fondamentali dell'Unione per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

L'interprete non può comunque limitarsi a conoscere il sistema e la gerarchia delle fonti, ma deve anche sforzarsi di apprendere i contenuti del diritto e della procedura penale europea. E forse questa è l'attività più ricca di insidie, magari non tanto sul fronte del diritto dell'Unione, che rimane comunque fondato su atti normativi formali, ancorché oggi rimodellati su nuovi

³ V., ad esempio, Cass., Sez. I, 22 novembre 2011, Gueye, in *Mass. Uff.*, n. 251671.

⁴ Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Mass. Uff.*, n. 235348.

paradigmi, quanto con riguardo alla produzione più frammentaria, e tutto sommato evanescente, del Consiglio d'Europa. Basti pensare alle difficoltà di annoverare una fonte giurisprudenziale, rappresentata dai principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della Convenzione europea, in un sistema, come il nostro, tipicamente refrattario al diritto non codificato. Soprattutto sul versante processuale si può apprezzare lo scarto fra la consueta attività ermeneutica e l'esigenza di estrarre da una giurisprudenza europea eminentemente casistica principi generali a cui subordinare addirittura il vaglio di legittimità costituzionale del diritto interno ex art. 117 Cost. E' la stessa Corte costituzionale a ricordarci che «le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte EDU» e che «la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata» ⁽⁵⁾. Il problema, dunque, è adeguare un ordinamento codificato, come quello processuale penale, a una fonte giurisprudenziale, come quella europea. Per usare una metafora sarebbe come voler plasmare la pietra dura del codice ad effigie della mutevole consistenza del diritto giurisprudenziale europeo. Non bisogna infatti dimenticare che l'integrazione del testo della Convenzione operata dalla Corte di Strasburgo è profonda e vasta, basti pensare, ad esempio, al diritto dell'imputato di partecipare al suo processo e di rimanere in silenzio a fronte delle domande rivoltegli dall'autorità procedente, diritti non espressamente enunciati nell'art. 6 CEDU, ma ritenuti dalla giurisprudenza europea al cuore della nozione stessa di equo processo. Considerata la portata del diritto giurisprudenziale, pari se non addirittura superiore a quanto formalizzato nel testo della CEDU, si potrebbe addirittura giungere alla conclusione che la doverosa apertura alla fonte internazionale comprometta il principio di legalità processuale postulato dall'art. 111, co. 1, Cost. nell'affermare che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Anche su questo versante, occorre rivoluzionare il tradizionale modo di impostare le questioni. Il principio di legalità processuale è sancito anche dalla stessa CEDU ⁽⁶⁾, quale pendant della legalità del diritto penale, allo sco-

⁵ C. cost., sent. n. 348 del 2007.

⁶ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio, secondo cui «*le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit. Il fait pendant à la légalité du droit pénal et est consacré par l'adage nullum iudicium sine lege ... [La Cour] rappelle aussi que la réglementation de la procédure vise, d'abord, à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus*

po di proteggere l'imputato dagli abusi del potere che si annidano in ogni carenza di regole processuali certe. Nell'ottica europea, la legalità, sostanziale e processuale, non è però necessariamente correlata alla presenza di una legge formale, ben potendo essere garantita anche da fonti giurisprudenziali, purché sufficientemente certe e "prevedibili". Si potrebbe dire che quello che conta è la qualità delle regole, a prescindere dalla loro fonte o dalla loro forma.

Il confronto di idee si sviluppa su entrambi i classici terreni penalistici, sostanziale e processuale, senza ovviamente pretese di completezza, in base a una selezione degli argomenti che volutamente investe temi tanto della grande quanto della piccola Europa. L'intento è quello di schiudere nuovi orizzonti al lettore, con l'impegno di continuare a cogliere, anche in futuro, tutti gli stimoli provenienti da un nuovo modello continentale di giustizia penale.

de pouvoir et que c'est donc la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécisions de pareille réglementation».