

DAL TERZO PILASTRO AI NUOVI STRUMENTI: DIRITTI FONDAMENTALI, “ROAD MAP” E L’IMPATTO DELLE NUOVE DIRETTIVE*

Michele Caianiello

ABSTRACT

Se si cerca di trarre un bilancio del periodo transitorio seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in campo processuale penale, emergono dati che si prestano a letture contrastanti. A prima vista, infatti, appare avvalorata la tesi di quanti osservino che poco o nulla sia cambiato, rispetto al periodo storico antecedente: a parte una maggiore valorizzazione dei temi legati ai diritti dell’imputato, l’impronta ideologica – tutta basata sul principio del mutuo riconoscimento – e la tecnica normativa – con previsioni prive di fattispecie, generiche e poco pregnanti sul piano tecnico – ripresenta gli stessi caratteri che già erano emersi nell’epoca pre-Lisbona. Così come non pare variato l’atteggiamento del legislatore italiano, teso a recepire le nuove direttive in un’ottica di conservazione dell’esistente, vale a dire cambiando il meno possibile l’assetto delle previsioni codicistiche già vigenti. Tuttavia, se proviamo a soffermarci sul contesto nuovo in cui le direttive si inseriscono – vale a dire il quadro dei principi che devono accompagnare e guidare l’attuazione delle nuove fonti – lo scenario ci appare ribaltato. A un sistema multilivello, in cui il ruolo principale era attribuito alle disposizioni nazionali, se ne va sostituendo uno di carattere parafederale, caratterizzato dalla “libera circolazione” dei diritti fondamentali, in cui le previsioni degli ordinamenti statuali paiono destinate a rivestire una funzione del tutto secondaria. Le nuove direttive sui diritti dell’imputato, in questa chiave di lettura, vanno apprezzate più per quanto consentono di fare, al di là di ciò che in esse è espressamente previsto. In quest’ottica, la strada appare aperta alla diretta applicazione della CEDU quale diritto UE: è questo, a ben vedere, ciò che costituisce il vero obiettivo politico del Programma di Stoccolma. Si tratta di capire se il ceto dei giuristi, in Europa, sia pronto a recepire in maniera fruttuosa un cambiamento di tale portata, e di quali strumenti si debba dotare per essere in grado di affrontare la nuova sfida che la modernità impone.

SOMMARIO

1. La difficoltà di decifrare i segni del nuovo corso. – 2. Da Amsterdam a Lisbona. Il prevalere delle istanze di difesa sociale sul piano normativo. – 3. *Segue*. La giurisprudenza e il suo riverbero sul sistema delle fonti. – 4. Un quadro d’insieme. – 5. Dopo Lisbona. Tra svolta effettiva e approccio minimalista. – 6. Il recepimento da parte del legislatore nazionale. Uno sguardo d’insieme. – 7. Una diversa prospettiva: la “libera circolazione” dei diritti salvaguardati dalle nuove direttive. – 8. Le conseguenze derivanti dalla nuova svolta.

*Relazione svolta il 25 ottobre 2014 al Convegno della Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G. D. Pisapia” su “I nuovi orizzonti della giustizia penale europea”.

1. La difficoltà di decifrare i segni del nuovo corso.

E' ormai trascorso il periodo transitorio previsto dai Protocolli aggiuntivi al Trattato di Lisbona, per accompagnare il passaggio dal vecchio al nuovo assetto dell'Unione europea; il tempo appare dunque propizio per cercare di trarre qualche conclusione sugli effetti che ne sono derivati, tanto in campo sovranazionale che all'interno del nostro ordinamento, in ambito processuale penale, nonché per provare a individuare quelli che possono pronosticarsi come i futuri scenari.

E' comunque indubitabile che, ad oggi, stentiamo a cogliere l'effettiva portata dei cambiamenti in atto, e che ancora molto tempo sarà necessario, affinché possiamo incominciare ad averne una piena contezza.

In parte questa fatica a leggere i segni dei tempi è inevitabile, ogniqualvolta si apre un nuovo capitolo di ampia portata (si pensi alle difficoltà di far propria la riforma del codice di procedura penale, della cui vigenza si sono da poco celebrati i primi 25 anni). Inoltre, ciò è causato dalla maniera in cui il Trattato di Lisbona è stato redatto (come è stato osservato, ci troviamo di fronte a una riforma di portata costituzionale, con le sembianze di un semplice trattato modificativo¹). A ciò si aggiunge lo stile usato, in questi primi anni, dal legislatore nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia *ex art. 82 TFUE*, tutto improntato a lasciar credere che nulla di nuovo stesse avvenendo, e che ci si limitasse a portare a compimento scelte e obiettivi individuati sotto l'egida delle vecchie fonti. Tuttavia, a queste ragioni si aggiunge la riluttanza del ceto dei giuristi nazionali, chiamati a interagire con categorie e metodi con cui v'è scarsa consuetudine, di fronte ai quali si può incorrere nell'errore – o compiere la scelta consapevole – di mantenere ferma la propria tradizione, senza cedere alle novità proposte dalle pulsioni europee. In sostanza, di resistere, in attesa che passi la nottata.

Lo scopo di questo contributo vorrebbe essere quello di esaminare quanto di diverso, e di nuovo, vi sia nelle fonti adottate a seguito dell'entrata in vigore dei testi di Lisbona, per poi provare a interrogarsi sulle prospettive future che si pongono davanti agli studiosi di materie penalistiche, e in particolare nel settore processuale.

2. Da Amsterdam a Lisbona. Il prevalere delle istanze di difesa sociale sul piano normativo.

Prima di esaminare alcuni tratti essenziali che accomunano le nuove direttive adottate dalla Unione europea in materia processuale penale, è opportuno volgere lo sguardo agli anni che hanno preceduto la svolta operata con il Trattato di Lisbona.

In particolare, mi soffermerò sul periodo seguito alla entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. In quel decennio – che grosso modo si estende dal 1997/1999² al 2007/2009³ – si assiste a uno dei passaggi più importanti per lo sviluppo del diritto penale europeo. La materia, è cosa nota, rimane appannaggio del metodo intergovernativo, e resta collocata, sul piano ordinamentale, nel c.d. “Terzo Pilastro”, sebbene questo venga a sua volta depurato di tutto ciò che non costituisca cooperazione giudiziaria nell'ambito penale⁴. Ne consegue che,

¹ A. KLIP, *European Criminal Law*, 2nd ed., Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2012, p. 14.

² Come noto, il Trattato di Amsterdam è il risultato della Conferenza intergovernativa lanciata il 29 marzo 1996 in occasione del Consiglio europeo di Torino. Esso è stato adottato dal Consiglio europeo di Amsterdam (16 e 17 giugno 1997) e successivamente firmato, in data 2 ottobre 1997, dai ministri degli affari esteri dei quindici Stati membri. È entrato in vigore il 1° maggio 1999 (primo giorno del secondo mese successivo alla ratifica da parte dell'ultimo Stato membro) in seguito alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri secondo le loro rispettive norme costituzionali. Sul tema v. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 6; A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 14; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, p. 9-31 per una panoramica dell'assetto generale pre-Lisbona. Più ampiamente cfr. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Cedam, Padova, 1998.

³ Come noto, il Trattato di Lisbona, adottato il 13 dicembre 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Sul tema si rinvia a A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 14.

⁴ Occorre ricordare, a tal proposito, che in origine, con l'approvazione del Trattato di Maastricht, il Terzo Pilastro si sarebbe dovuto occupare di cooperazione giudiziaria, civile e penale, nonché di affari interni. Col tempo, e in definitiva con le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, il Terzo Pilastro fu relegato ad occuparsi della sola area penale, venendo le altre materie spostate al Primo Pilastro, e assoggettate al c.d. “metodo comunitario”. Sul tema cfr. ancora R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 6.

per adottare atti normativi, nei dieci anni che hanno preceduto Lisbona, occorre in seno al Consiglio la unanimità. Tuttavia, due importanti modifiche istituzionali vedono la luce. Da un lato, l'Unione sceglie di dotarsi di uno strumento normativo "semi-rigido": il riferimento è alle ben note decisioni-quadro, la cui caratteristica, stando alle previsioni di cui agli artt. 34 e 35 del Trattato UE, è quella di vincolare gli Stati Membri al conseguimento dello scopo indicato dalla fonte europea, pur non potendo questa mai divenire autoesecutiva (al contrario delle direttive). Dall'altro, si concepisce, in merito alle nuove fonti introdotte, una forma di giurisdizione in capo alla Corte di Giustizia (per la prima volta, è il caso di notarlo, in materia penale): in particolare si attribuisce ai giudici ordinari nazionali il potere di sollevare questione pregiudiziale in via interpretativa dinanzi alla Corte di Lussemburgo in relazione al significato da attribuire alle decisioni-quadro.

Come oggi sappiamo, entrambi i passaggi evidenziati costituiscono – guardandoli *a posteriori* – punti di svolta essenziali, al fine della edificazione di un "sistema"⁵ penale europeo: si può persino essere tentati di affermare che, sotto certi punti di vista, la "vera" rivoluzione sia avvenuta attraverso l'uso degli strumenti apprestati in seguito alla entrata in vigore del Trattato di Amsterdam; questo perché, si potrebbe dire, le riforme operate con il Trattato di Lisbona, sembrano avvalersi delle scelte operate nel decennio precedente, sviluppandone le conseguenze. Vedremo che così non è, e che, a ben vedere, c'è molto di più: ma certo non si può negare che l'edificazione di un diritto penale europeo trovi il fondamento più importante – prima del 2007 – nelle riforme introdotte grazie al Trattato di Amsterdam.

Ciò detto, se volgiamo lo sguardo ai principali "prodotti" normativi e giurisprudenziali dei dieci anni condotti sotto l'egida di Amsterdam, cogliamo – è ormai considerazione pienamente condivisa dagli studiosi – una netta valorizzazione del lato repressivo nell'uso dello strumento penale (e in particolare processuale penale). Della quindicina di decisioni-quadro adottate⁶ nel corso del periodo in questione⁷, circa due terzi sono volte a favorire una migliore e più efficiente cooperazione tra gli Stati Membri, attraverso l'adozione del metodo del mutuo riconoscimento⁸: l'emblema di simile approccio volto, sul piano della politica del processo, a dare maggiore effettività al volto securitario dell'Unione è costituito dalla decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo⁹; tuttavia, si rinvengono in quel periodo atti normativi della stessa specie in molti altri settori, diversi dalla tradizionale cooperazione finalizzata all'arresto e alla consegna di un individuo: tra essi, vale la pena ricordare il congelamento dei beni¹⁰, la confisca¹¹, il riconoscimento delle sentenze di condanna e delle decisioni (definitive e cautelari) limitative della libertà ma non custodiali¹², nonché, tema delicatissimo,

⁵ L'uso del sostantivo "sistema" può sembrare inappropriato, se con esso ci si intende riferire a un *corpus* normativo coerente e tendenzialmente completo. Nel caso di specie, si farà ricorso al termine in questione per indicare, più semplicemente, l'insieme di previsioni normative accomunate dal dettare una disciplina nel settore penale dell'Unione europea, ben sapendo come esso manchi, in gran parte, di completezza. Tuttavia, il fatto di essere caratterizzato da alcuni tratti comuni pare giustificare l'evocazione del concetto di sistema (da accogliere, dunque, in senso lato).

⁶ Diventano 15, contando la DQ_2009/299/GAI che ha interpolato l'originaria decisione-quadro del 2002 sul mandato di arresto europeo.

⁷ Sul punto, si rinvia, anche, alla ricostruzione operata da O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 2-3.

⁸ Concepito per la prima volta nel Consiglio europeo di Cardiff, esso conobbe la consacrazione ufficiale al Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999) che lo aveva posto a "fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale". Sul punto cfr. M.R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 539. Per un chiaro e sintetico *excursus* cfr. E. CALVANESE-G. De AMICIS, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken. La lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 5, p. 112. V. anche L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 5.

⁹ Sul mandato di arresto europeo, senza pretesa di completezza, cfr. M.R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 539 s.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, Padova, 2010; M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; L. KALB (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna: commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69 disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri e sintesi dei lavori parlamentari*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 174 s.; G. PANSINI-A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Jovene, Napoli, 2005. Si rinvia inoltre a A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, tesi dottorale, Bologna, 2013.

¹⁰ DQ_2003/577/GAI. Sul tema cfr. E. CALVANESE, *Perquisizione e sequestri*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 317-322.

¹¹ DQ_2005/212/GAI.

¹² DQ_2009/829/GAI (che a sua volta modificò la FD 2008/947/GAI). Sul tema, di estremo interesse, e malauguratamente rimasto ai margini del dibattito dottrinale (anche a causa del numero estremamente basso di ratifiche ricevute dalla fonte in questione, cfr. S. NEVEU, *Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 134 s.

lo scambio e la ammissibilità reciproca delle prove¹³.

Delle altre decisioni-quadro approvate, soltanto una verte in materia di diritti, mentre altre 2-3 si occupano di questione diverse, non esattamente riconducibili alla dicotomia tra difesa sociale e protezione dell'imputato¹⁴. Peraltro, l'unica fonte adottata a tutela di prerogative individuali concerne – *et pour cause*, verrebbe da dire – la vittima, non già l'imputato. Si tratta della celeberrima decisione-quadro 2001/220/GAI, sulla quale, grazie alla famosa sentenza sul caso *Pupino*, tante parole sono state spese¹⁵: volendo riprendere la classica ripartizione tra sicurezza sociale e garanzie (dell'imputato), si sarebbe tentati di includere anche questa ultima fonte nell'alveo del primo insieme, posto che, di fatto, una più efficace e penetrante tutela della persona offesa non può che riverberare effetti tendenzialmente negativi per la difesa, cagionati in concreto dall'allargamento del fronte di accusa.

Va per completezza menzionato che, in chiusura dell'epoca governata da questo particolare tipo di fonte, era stata presentata una proposta di decisione-quadro in materia di diritto all'interpretazione e traduzione degli atti¹⁶, rimasta inattuata in quanto realizzata, subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nella veste di una vera e propria direttiva¹⁷. Il dato non sposta tuttavia il giudizio espresso. Al contrario, la parabola dei diritti dell'imputato, contrassegnata, nell'epoca pre-Lisbona, dal fallimento dell'iniziativa volta alla adozione di un *corpus* normativo integrato destinato alla salvaguardia della difesa nel processo penale¹⁸, non fa che confermare la valutazione formulata. Si tratta di un periodo storico in cui le esigenze securitarie sono prevalse di gran lunga su quelle incentrate sul rispetto della posizione e delle prerogative dell'accusato.

3.

Segue. La giurisprudenza e il suo riverbero sul sistema delle fonti.

Sul piano giurisprudenziale l'evoluzione più rilevante verificatasi prima di Lisbona si è avuta grazie alla già citata sentenza *Pupino*¹⁹. Nell'affermare anche per le decisioni-quadro il principio dell'interpretazione conforme la Corte di Lussemburgo ha ottenuto due effetti di estrema importanza: sul piano metodologico ed ermeneutico, innanzi tutto, ha indicato ai giudici nazionali il rilievo da riconoscere alle fonti in questione, quand'anche non ancora recepite dall'ordinamento dello Stato membro. Certo, sul piano dei contenuti, non c'è nulla di nuovo: quanto alle tecniche ermeneutiche, il principio dell'interpretazione conforme era usato tanto in ambito nazionale – da diversi decenni era pacifico nel nostro sistema il metodo della

¹³ DQ_2008/978/GAI. Sul tema si rinvia a S. GLESS., *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, e a J.A. E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, entrambi in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, rispettivamente p. 141 s. e 153 s. Si veda anche A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Routledge, London and New York, 2014, p. 24-26. V. anche B. HECKER, *Mutual Recognition and the Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Heidelberg, 2013, p. 269 s.

¹⁴ Il riferimento è alla già citata decisione quadro in materia di protezione e scambio dei dati personali, nonché a quelle sullo scambio dei casellari giudiziari (DQ_315/2009/GAI certo molto vicina al *coté* repressivo) e sui conflitti di giurisdizione (DQ_948/2009/GAI). Quanto a quest'ultimo tema, si rinvia a P. GAETA, *EU Tools for the Prevention and Settlement of Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 311 s.

¹⁵ Sul tema della vittima, senza pretesa di completezza, si rinvia a S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012. V. anche L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 27-35, e alla bibliografia ivi citata. Sul tema v. altresì il recente contributo di M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano*, Cedam, Padova, 2014, p. 73-81.

¹⁶ Si tratta della *Proposta di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali* {SEC(2009) 915} {SEC(2009) 916}/COM/2009/0338 def.

¹⁷ Si tratta della Direttiva 2012/29/UE, per una analisi della quale si rinvia *infra*, sub § 4-5.

¹⁸ Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte *infra*, § 4.

¹⁹ Sul caso *Pupino* si vedano S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI-V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007, p. 53 s.; (in particolare p. 64-76); V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1151-1153; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s. (in particolare p. 11); B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 175.

Si veda inoltre L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544. Ancora, con diversi argomenti e considerazioni, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.

Da ultimo, cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 457-460; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., p. 73-75.

interpretazione *secundum Constitutionem* – quanto a livello europeo, essendo stato affermato sin dall’inizio degli anni '90 in relazione alle direttive²⁰. Rimane tuttavia l'importanza storica dell'aver attribuito un'efficacia normativa, a prescindere dal concreto recepimento da parte degli Stati Membri, a una fonte che i Trattati indicavano come mai passibile di auto-esecuzione. Volendo esprimere il concetto in altri modi, la sentenza *Pupino* pare spezzare, o per lo meno attenuare in maniera consistente, il metodo intergovernativo – quello del tipico diritto internazionale – che, stando ad una lettura a prima vista dei Trattati, sarebbe sembrato connotare l'intero Terzo Pilastro. Dopo quella decisione, non è più consentito per l'interprete – e per il giudice in particolare – sottrarsi a una riflessione sulle fonti europee, quand'anche non attuate dal legislatore nazionale. In sostanza, la sentenza *Pupino* sottrae le decisioni-quadro al dominio pieno delle sovranità statali, aprendo un varco all'applicazione in via ermeneutica e indiretta operata dal giudice grazie allo strumento dell'interpretazione conforme.

Ma c'è di più. La decisione evocata incide sul sistema delle fonti, di fatto ponendo le decisioni-quadro su un piano superiore – pur con tutti i distinguo e gli accorgimenti del caso – rispetto alla legge ordinaria. Si coglie questo dato ove si rifletta sui limiti posti al dovere di interpretazione conforme, costituiti dal divieto di violare il principio di legalità penale sostanziale e quello di operare una *interpretatio contra legem*. Quanto al primo aspetto, si tratta di una preclusione che trova attuazione limitata in campo processuale penale: traendo spunto dal caso *Scoppola*²¹, pare di potersi affermare che il limite al potere espansivo della fonte europea attraverso lo strumento ermeneutico tendenzialmente operi nell'area dei giudizi speciali (sebbene non si possano *a priori* escludere ricadute, sul piano del trattamento sostanziale, derivanti da previsioni processuali collocate in altre parti del codice).

Quanto al secondo divieto – quello di interpretare *contra legem* – non si è stati sinora in grado di comprenderne chiaramente i contorni. Dalle soluzioni adottate in concreto, sembra desumersi che la Corte di Giustizia dia al concetto un significato diverso da quello derivato dalla tradizione ermeneutica della nostra scuola. Per tornare al caso *Pupino*, mentre, secondo i canoni tipici della nostra dottrina, si sarebbe ottenuto un risultato *contra legem* introducendo in via "interpretativa" un caso aggiuntivo di incidente probatorio, al di là delle ipotesi previste dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p.²², per la Corte lussemburghese sembrerebbe il contrario: in altre parole, procedere con l'assunzione anticipata della prova davanti al g.i.p. *ex art.* 392 c.p.p. sarebbe stato consentito, secondo i giudici europei²³. Non a caso, una dottrina autorevole considera il divieto di operare una interpretazione *contra legem* ineffettivo (quasi fosse una sorta di guscio vuoto), nella concezione della Corte di giustizia²⁴. Altri ancora ritengono che una preclusione del genere non possa operare ove l'interpretazione creativa, necessaria per adeguare il testo legislativo nazionale alla fonte europea, persegua lo scopo di tutelare più efficacemente

²⁰ Si tratta della nota sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Francovich*. CGCE, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Cfr. R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 11^a ed., p. 408.

²¹ Sul tema si rinvia ai contributi di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2014, p. 250 s.; M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in [questa Rivista](#).

Più in generale, sul tema del divieto di interpretazione conforme in *malam partem*, cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 58-65; ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101 s. A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 16 s.; S. MANACORDA, voce *Diritto penale europeo*, in [Enc. Treccani online](#).

²² Lo conferma la sentenza della Corte cost. n. 529 del 2002, che aveva negato la praticabilità di un intervento additivo ai casi – da ritenere tassativi – di incidente probatorio *ad nutum* previsti dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p., in nome del principio di immediatezza. Sul punto, vale la pena riportare le parole della stessa Corte: "Le considerazioni che il remittente svolge a proposito della opportunità di assumere la testimonianza a breve distanza di tempo dal fatto, e senza necessità di ripeterla, per di più quando già il minore potrebbe aver messo in atto o addirittura già concluso il naturale processo di rimozione psicologica di fatti traumatici, cui egli sarebbe portato più dell'adulto, non appaiono prive di rilievo dal punto di vista dell'opportunità legislativa. Ma, appunto, solo il legislatore potrebbe apprezzare tali ragioni: non può dirsi che esse esprimano una necessità costituzionale, tale da imporre una ulteriore deroga alle regole generali del processo, informate al principio per cui le prove si assumono nel dibattimento, mentre l'incidente probatorio è strumento eccezionale, previsto solo per le ipotesi stabilite dalla legge, in vista, principalmente, della necessità di assicurare una prova che potrebbe essere dispersa o alterata se si attende il dibattimento. Si deve aggiungere che la stessa riforma dell'art. 392 comma 1 *bis* operata con l'art. 5 l. 1 ottobre 2012, n. 172 non fa che confermare quanto qui sostenuto. Se non si fossero considerati tassativi i casi indicati nella previsione richiamata, e dunque se non si fosse considerato precluso al giudice individuarne altri in via interpretativa, non ci sarebbe stato bisogno della interpolazione. Vale la pena qui rammentare che, grazie ad essa, è ora possibile al giudice, *per tabulas*, accogliere la domanda di incidente probatorio ove si proceda per reati di cui agli art. 572 c.p., quando si tratti di sentire la persona offesa o un testimone minorenni.

²³ In effetti, come ricorda Roberto E. Kostoris, nella vicenda all'origine della sentenza *Pupino* si procedette poi effettivamente all'incidente probatorio. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 41.

²⁴ R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 40-43.

i diritti fondamentali²⁵. Per dirla diversamente, ove il dilemma si ponga tra il contravvenire al canone ermeneutico – no a interpretazioni “contro la legge” – e il favorire l’allargamento o l’efficacia nella tutela di un diritto fondamentale, dovrebbe sempre essere quest’ultimo a prevalere. Da queste considerazioni esce confermata l’asserzione di partenza: vale a dire che, di fatto, e grazie al metodo – declinato secondo i criteri *sui generis* della Corte di Giustizia – dell’interpretazione conforme, le decisioni-quadro, a seguito della sentenza *Pupino*, finiscono per trovarsi collocate su un piano sovraordinato rispetto alla legge ordinaria. Del resto, simile conclusione troverà conferma nella nota sentenza della Corte costituzionale in materia di mandato di arresto europeo – la sentenza n. 227 del 2010 – ove la inconciliabilità tra una disposizione di legge e una decisione quadro verrà equiparata al conflitto tra legge e CEDU, quanto alle conseguenze che ne debbano derivare *ex art. 117 comma 1 Cost.*

In definitiva, all’esito della parabola tratteggiata, ci troviamo di fronte a una fonte normativa – la decisione-quadro – superiore si rispetto alla legge, ma mediata dalla interpretazione, in un duplice senso: attraverso l’opera del giudice ordinario, nella fisiologia dei casi; o di quella del giudice delle leggi, in forza del ricorso per illegittimità costituzionale secondo l’art. 117 comma 1 Cost., qualora una soluzione armonizzatrice del contrasto tra fonte interna e sovranazionale non risulti possibile.

4. Un quadro d’insieme.

Il diritto processuale penale derivato dalla Unione europea, se osserviamo nel complesso il sistema venutosi a realizzare nel periodo pre-Lisbona, appare caratterizzato da tre diversi caratteri, ognuno riferito a un aspetto diverso della materia. Sul piano delle istituzioni, la Corte costituzionale si presenta come l’organo chiamato a rivestire il ruolo cruciale di *gatekeeper*, vale a dire di soggetto cui in linea di massima si affidano le chiavi di entrata delle fonti UE a livello nazionale. In altre parole, è il giudice delle leggi che decide in linea di tendenza se e quanto il diritto UE può permeare l’ordinamento interno. Certo, nello svolgere questo compito la Corte non è sola, ma si pone in dialogo tanto con l’altra Corte di vertice del nostro ordinamento, la Cassazione, quanto con la Corte di Giustizia UE. Tuttavia, la parola decisiva sul punto è attribuita al giudice costituzionale. La vicenda *Scoppola*, e quella relativa in particolare ai suoi c.d. “fratelli minori”, appare da questo punto di vista emblematica. Per superare un’*impasse* che avrebbe portato a soluzioni discriminatorie tra chi – come Scoppola – aveva presentato ricorso alla Corte EDU e chi – i c.d. “fratelli minori” – versavano nelle medesime situazioni, pur non avendo adito il giudice di Strasburgo, le Sezioni Unite rimettevano la questione alla Corte costituzionale²⁶, la quale interveniva con una declaratoria di illegittimità per adeguare il sistema a quanto richiesto dalla Corte EDU²⁷. Da qui riprendevano il cammino le Sezioni Unite²⁸, per portare a compimento il percorso a suo tempo avviato nel rimettere la questione al giudice delle leggi. Vale la pena rimarcare come, in quell’occasione, la Corte costituzionale spendesse parole di encomio per la scelta, operata dalle Sezioni Unite, di rifuggire dalla tentazione di elaborare soluzioni ermeneutiche in via autonoma: quella scelta, in effetti, ha consentito al giudice delle leggi di mantenere il ruolo decisivo sino a quel momento giocato, con riguardo alla permeabilità del nostro sistema da parte delle fonti UE. Ove la Cassazione si fosse orientata in senso opposto – se cioè avesse optato per risolvere direttamente la questione in via interpretativa – ne sarebbe conseguita una netta perdita di rilievo della Consulta nella materia trattata, e l’asse del potere si sarebbe spostato tutta in direzione della Suprema Corte.

Sul piano metodologico, il sistema processuale penale UE appare connotato da un forte empirismo e pragmatismo, in una chiave di approccio sostanziale alla materia: al di là della

²⁵ A. KLIP, *Contra Legem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 105 s.

²⁶ Cass., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *questa Rivista*. Si veda il commento di F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo*, *ivi*, marzo 2014.

²⁷ Cfr. Corte cost., 24 aprile-3 luglio, 2013, n. 210. Si vedano le osservazioni critiche di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 261 s.

²⁸ Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ric. Ercolano, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, p. 250 s. con nota di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, *ivi*, p. 250 s.

osservanza di regole formali precise, che anzi quasi sempre mancano nei testi adottati dall'Unione, le fonti sovranazionali spingono per una valorizzazione degli elementi "di sostanza", vale a dire per un controllo precipuamente volto a vagliare la effettività delle tutele, invitando al contempo a non farsi distogliere da questioni legate (in misura eccessiva) alla legalità formale²⁹. Del resto, simile scelta appare inevitabile se consideriamo che le fonti europee recano previsioni tendenzialmente prive di fattispecie, tutte evocative di principi e linee guida, da attuare attraverso la applicazione adattatrice (e creatrice) del caso concreto³⁰.

Sul piano infine del dialogo tra sistemi, e dell'interazione con l'altro grande motore giuridico europeo (il sistema CEDU), il diritto italiano pare aprirsi a quello UE con modalità del tutto simili a quelle che ne connotano l'apertura verso la CEDU. Stesso *gatekeeper* (la Corte costituzionale), strumenti operativi quasi uguali (interpretazione conforme), simile o identico approccio (sguardo alla sostanza della materia e dei principi, valutazione olistica, con bilanciamento tra valori spesso non assimilabili, sul piano tecnico-formale).

5.

Dopo Lisbona. Tra svolta effettiva e approccio minimalista.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona porta a compimento il percorso avviato nel periodo storico antecedente, e, quel che più conta, pone le basi per una modifica ancor più radicale degli ordinamenti degli Stati Membri, nell'interazione con il diritto UE.

Il dato di maggior rilievo concerne l'attrazione – in estrema sintesi – di tutta l'area rappresentata dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sotto l'egida del metodo comunitario. Salvo alcune eccezioni, non da poco, anche in campo penale e processuale penale l'Unione viene dotata del potere di approvare atti normativi "duri", quali le direttive; si estende inoltre, nei confronti di queste fonti, la giurisdizione piena della Corte di Giustizia³¹. Va a tal proposito rammentato che la piena giurisdizione trova adesso attuazione, a 5 anni dalla entrata in vigore del nuovo Trattato, anche per le fonti pre-Lisbona, e in particolare per le decisioni-quadro, in forza dell'art. 10 Prot. 36³².

In base all'art. 82 par. 2, l'Unione è legittimata a servirsi delle direttive, con tutti gli effetti che ne derivano, posta la (quasi) completa operatività dell'*acquis comunitaire*, per tutelare più efficacemente i diritti dell'imputato e delle vittime, al fine di realizzare un pieno sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

I risultati di questo primo quinquennio lasciano emergere un quadro normativo più sensibile (o meno insensibile) alle istanze della difesa dell'imputato. Dal punto di vista quantitativo, si contano quattro direttive adottate in materia di salvaguardie difensive³³, e due nel settore del mutuo riconoscimento³⁴ (oltre che una dedicata alla tutela della vittima, assurta ormai a costante presenza della politica penale europea³⁵). Occorre poi ricordare che altre proposte, al momento in corso di elaborazione, sembrano voler accentuare il volto garantista del legislatore europeo: tra le misure meritevoli di menzione occorre ricordare la proposta di direttiva al fine

²⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 6-7.

³⁰ Ancora M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. *ibidem*.

³¹ Sulle diverse tipologie di ricorso, cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 25-35.

Si ricorda che il rinvio pregiudiziale da parte delle Corti di ultima istanza risulta obbligatorio, secondo l'art. 267 TFUE. Vale la pena richiamare, a tale proposito, una recente decisione con la quale la Corte EDU ha stabilito che si ha violazione del diritto a un processo equo ex art. 6 CEDU ove una Corte nazionale di ultima istanza ometta di avvalersi del rinvio pregiudiziale senza darne motivazione. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Dhahbi c. Italia, n. 17120/2009, 8 aprile 2014.

³² Sul tema cfr. M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 117, e i riferimenti ivi contenuti.

³³ Le direttive sui diritti dell'imputato sono specificamente: Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

³⁴ Le direttive che rinforzano il mutuo riconoscimento sono: Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale; Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

³⁵ Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Cfr. M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., p. 103-113.

di apprestare un più efficace accesso al *legal aid*, per coloro che siano privati della libertà personale³⁶, e quella per conferire maggiore uniformità di tutela nei confronti di imputati vulnerabili³⁷ (categoria nella quale, saggiamente, considerate le difformità di protezione sussistenti a livello europeo, si includono anche i minori).

Si tratta di un ventaglio di nuove disposizioni tutte originanti dal Libro Verde³⁸ sui diritti della difesa presentato dalla Commissione nel 2003, e poi sfociato in una proposta di decisione quadro del 2004³⁹. Come noto, a conferma della carente sensibilità nell'epoca pre-Lisbona per i temi della difesa – che costituiscono, vale la pena ricordarlo, i valori più importanti messi in gioco con il processo penale – il progetto si era arrestato a causa della contrarietà di molti Stati Membri, tutti preoccupati dalla possibilità che una fonte del genere potesse arrecare danni eccessivi alle esigenze di efficienza nella politica nazionale volta alla difesa sociale. La lungimiranza del Commissario alla Giustizia dell'antecedente legislatura ha consentito di superare lo stallo, in qualche maniera separando in autonome direttive le diverse prerogative che si sarebbero volute tutelare con una sola omnicomprensiva decisione-quadro.

Se sul piano politico questa scelta va considerata senza dubbio con favore, essendo riuscita a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe stato perduto, sul quello delle scelte concretamente effettuate, e dell'analisi delle singole previsioni, le nuove fonti non possono certo dirsi esenti da critiche. Molte appaiono le scelte compromissorie: per esempio, l'aver consentito che anche alla polizia, e non solo a un magistrato, venisse attribuito il potere di negare all'indagato il contatto con il difensore⁴⁰; ancora, l'esser rifuggiti dalla adozione di regole di esclusione delle prove ottenute in violazione dei diritti tutelati dalle direttive⁴¹ (ad oggi l'unica disposizione che adombra la possibilità di escludere una prova illegittimamente acquisita si trova in un testo dedicato al reciproco riconoscimento: si tratta dell'art. 31 par. 3 lett. b della direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale).

Inoltre, la tecnica di redazione appare criticabile, e non si contano le sovrapposizioni e ripetizioni, che sempre sono frutto di incertezze e difficoltà in sede applicativa. Solo per fare qualche esempio, il diritto alla traduzione degli atti riconosciuto all'imputato è tenuto separato da quello attribuito alla vittima; l'avviso relativo al diritto al silenzio⁴² è menzionato nella direttiva sulla informazione all'indagato, ma non è ripreso nella direttiva sull'accesso a un difensore⁴³ (con il risultato di non venire in concreto prescritto *ad hoc* a chi proceda a un interrogatorio: salvo ovviamente che sia stato fornito assieme alle altre informazioni di cui all'art. 2 dir. 2012/13/UE, in un qualche momento della procedura, anche lontano e antecedente rispetto al momento in cui l'audizione da parte della polizia o del magistrato abbia inizio). Ancora, l'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa – grosso modo assimilabile al fatto e alle prove previsti all'art. 65 c.p.p. – è sì richiamata nella direttiva 2012/13/UE, ma non è ripresa in quella di accesso a un difensore: in apparenza, si potrebbe procedere a sentire l'indagato senza previamente contestargli il fatto (purché un adempimento analogo sia stato rispettato in precedenza, sebbene in una sede avulsa dall'interrogatorio).

Ne derivano alcuni aspetti critici comuni, già emersi nell'era delle decisioni-quadro: valorizzazione dell'effettività, più o meno richiamata in tutte le direttive, seppure con modalità non sempre uguali⁴⁴; imposizione del metodo derivato dal principio di proporzionalità (particolar-

³⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo COM(2013) 824 def. In tema cfr. *Il lungo percorso da compiere in materia di assistenza legale gratuita. Una prima lettura delle iniziative adottate nell'autunno 2013 dalla Commissione Europea*.

³⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali COM(2013) 822 final. Sul tema si veda l'interessante contributo di M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *Eu Crim. Law Rev.*, 2014, p. 179 s.

³⁸ Libro Verde della Commissione – Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea COM/2003/0075 def.

³⁹ Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea [SEC(2004) 491] COM/2004/0328 def.

⁴⁰ Sul tema si rinvia a A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice*, cit., p. 45

⁴¹ Sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317-329.

⁴² A sua volta limitato al "diritto a non confessarsi colpevole": scelta definitoria certo non tra quelle di più ampio respiro, sebbene risalente, nelle carte internazionali (si veda l'art. 14 comma 3 lett. g del Patto internazionale sui diritti civili e politici).

⁴³ Salvo il considerando di cui al punto 21, che tuttavia non è incluso nell'articolo della direttiva 2013/48/UE.

⁴⁴ M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level*, cit., p. 319-321.

mente evidente nella recente direttiva sull'ordine europeo di indagine penale)⁴⁵; antiformalismo quanto ai rimedi volti a garantire la tutela del diritto (tutto va bene, purché, pare indicare il legislatore UE, si garantisca una reale effettività nella protezione del diritto salvaguardato). La lontananza, rispetto alle regole di procedura cui siamo abituati, è tale che il lettore è portato a chiedersi se ci si trovi di fronte a linee guida, più che a vere e proprie prescrizioni normative.

Infine, pare prevalere un approccio "burocratico", volendo richiamare la lezione di *Damaška*⁴⁶, in due sensi: da un lato, perché preoccupato di garantire un contesto di valori tutto sommato minori di per sé (si pensi a temi tendenzialmente trascurati dalla dottrina: traduzione e interpretazione; avvertimento di familiari o autorità consolari al momento dell'arresto, etc.); dall'altro, in quanto volto ad accontentarsi di predisporre un livello minimo di protezione, rispetto a *standard* ben più elevati raggiunti non di rado dagli Stati Membri (si volga lo sguardo alle ben più penetranti salvaguardie previste dal nostro codice in materia di informazione e avvertimenti all'indagato, nonché di rispetto della sua scelta di tacere).

6. Il recepimento da parte del legislatore nazionale. Uno sguardo d'insieme.

Tutti i limiti relativi alle scelte generali adottate e alla tecnica normativa usata si manifestano anche a livello nazionale, nelle leggi che hanno recepito le direttive indicate in precedenza. Il metodo fatto proprio dal nostro legislatore è apparso improntato, sino ad ora, a due linee direttrici al contempo contraddittorie tra loro e criticabili. Da un lato, affiora con una certa chiarezza una logica minimalista, volta a cambiare il meno possibile l'esistente. La direttiva, in altre parole, è stata considerata non già occasione per ripensare un determinato assetto, talora obsoleto e inadeguato, quanto piuttosto come una richiesta di adeguamento (forse poco gradita) cui andava fornita risposta di minimo impegno, sia pure in tempi (relativamente) celeri. Da qui il filo rosso che unisce i due decreti legislativi, il n. 32 del 2014 (sul diritto all'interpretazione e traduzione) e il n. 101 del 2014 (sull'informazione all'indagato). Emblematici di questo metodo "delle piccole cose" appare la riscrittura dell'art. 143 c.p.p., in particolare del comma 1, che ripropone il concetto di "conoscenza" della lingua italiana, così nefasto per la effettiva tutela del diritto in questione⁴⁷, senza approfittare dell'opportunità offerta dalla fonte UE per ripulmare la fattispecie in maniera più netta, distinguendo chiaramente tra parlare e comprendere. Una considerazione analoga può essere effettuata per il d. lgs. n. 101, nella parte in cui, riscrivendo l'art. 369 *bis* c.p.p., attribuisce il rimodulato avviso sui diritti al solo indagato (ove abbia un difensore d'ufficio), mentre tace sull'ipotesi di chi sia imputato (ma non abbia mai ricevuto l'avviso, nella versione rinnovata) e, soprattutto, lascia escluso chi abbia nominato un difensore di fiducia. Come è stato efficacemente osservato⁴⁸, la scelta appare fortemente discutibile, e sembra prestarsi a essere corretta in via interpretativa, attraverso la applicazione

⁴⁵ Si rimanda a M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 143 s.

Sull'ordine europeo di indagine penale, nello specifico, cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *questa Rivista*, in particolare p. 6-10. Si rinvia inoltre a A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice*, cit., p. 31; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *questa Rivista*; G. DE AMICIS, *L'ordine europeo di indagine penale*.

⁴⁶ Il riferimento è alla nota partizione tra modello burocratico e modello coordinato operata da M. R. DAMAŠKA, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journal* 1975, p. 502-506, 517-521. L'Autore tornerà più volte sul tema: cfr. ID., *The Reality of Prosecutorial discretion: Comments on a German Monography*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 29, 1981, p. 119-139, poi infine ampiamente in *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale Un. Press, 1986, tradotto con *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991.

Fra l'altro simile approccio vagamente burocratico alla tutela dei diritti da parte della UE stride, a sua volta, con l'invocazione antiformalistica alla effettività (e anche questo è motivo di critica).

⁴⁷ Sul tema si rinvia in particolare a M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva di assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *questa Rivista*. A Mitja Gialuz si devono le analisi più approfondite, e i suggerimenti più fecondi in materia. Si veda altresì D. CURTOTTI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 115 s. Si rinvia anche al suo *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in *questa Rivista*; ID., *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 433 s. V. anche , per il periodo pre-Lisbona, S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 47 s. (in particolare 74-118).

⁴⁸ Cfr. S. CIAMPI, *Letter of rights e full disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*; ID., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, entrambi in *questa Rivista*.

diretta della fonte UE: infatti, l'avviso in esame – nella disciplina dettata dalla direttiva – concerne la figura di chi sia imputato o indagato, a prescindere dalle scelte effettuate quanto alla nomina del difensore.

Ancora, una scelta che si presta a essere letta come sintomo della mancanza di un'effettiva volontà riformatrice concerne l'aver lasciato inalterate le regole che presiedono al mutamento del *nomen iuris*⁴⁹, sebbene l'Italia sia già stata condannata per cambiamenti della qualificazione giuridica dell'accusa operati in maniera (troppo) repentina. E' deplorabile che il legislatore abbia lasciato sfumare l'occasione offerta dalla direttiva, quanto al profilo richiamato, specie se si riflette sul fatto che da molto tempo la dottrina ha elaborato proposte, tutte meritevoli di attenzione, per adeguare anche questo aspetto di modificazione dell'addebito alle esigenze di un (moderno ed europeo) diritto di difesa⁵⁰. Le parole della direttiva 2012/13/UE, all'art. 6, lasciano poco spazio a dubbi, quanto alla necessità di un'informazione completa e continua in capo a chi sia assoggettato a processo (e dunque coinvolgente anche la componente giuridica della imputazione). Si pensi al par. 1 della disposizione richiamata, ove si prescrive che l'informazione sia fornita all'interessato "con tutti i dettagli necessari", e ciò al fine di garantire "l'effettivo esercizio dei diritti di difesa". Ma ancor più netti appaiono i par. 3 e 4. Il primo prescrive che, al più tardi al momento di esercizio dell'azione penale, occorre rendere l'imputato edotto di ogni aspetto dell'addebito, "inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato, nonché la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato"; il secondo impone che le persone indagate o imputate debbano essere tempestivamente informate "di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite a norma del presente articolo". Difficile negare che disposizioni così concepite intendano ricomprendere ogni possibile aspetto originario dell'addebito, nonché ogni suo possibile mutamento, incluso quello concernente il *pendant* normativo dell'accusa⁵¹.

Infine, segno ulteriore di non voler effettivamente turbare lo *status quo* appare la scelta – sul piano tecnico del resto non sbagliata – di lasciare le violazioni dei "nuovi" diritti sotto la protezione di forme di invalidità sanabili (le nullità generali): a tal proposito vale la pena sottolineare, ad esempio, che nel d. lgs. 101 del 2014 si prevede sempre un controllo del giudice *ex post* con capacità integrativa e sanante, quanto all'omesso avviso nei tempi e nei modi previsti dalla legge. In particolare, sia all'art. 294 c.p.p., nel nuovo comma 1 *bis*, che all'art. 391 comma 2 (come interpolati dal d.lgs.), si attribuisce al giudice il potere di verificare se all'arrestato o fermato (o al sottoposto a misura cautelare) sia stata fornita la dovuta comunicazione sui diritti, provvedendo a completarla (nell'ipotesi fosse lacunosa) o a darla *ex novo* integralmente (in caso di omissione da parte degli operatori che vi sarebbero stati originariamente tenuti). Ciò pare lasciare intendere, in chiave prognostica, un mantenimento degli approdi giurisprudenziali raggiunti in materia dalla giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore delle nuove fonti europee⁵².

Quanto invece alle opzioni velleitarie operate, si può segnalare il diritto indiscriminato alla presenza dell'interprete per tutti i colloqui tra difensore e assistito *intra moenia* (art. 104 comma 4 *bis* c.p.p.), realisticamente difficili da garantire in concreto, in un momento di così drastica crisi delle risorse; o ancora, il diritto alla traduzione concesso per tutti i provvedimenti che dispongono misure cautelari (quando la direttiva si era limitata ad esigerlo per i provvedimenti che disponessero la restrizione in carcere).

Infine, colpisce la completa assenza di riferimenti alla qualità del servizio prestato (e quin-

⁴⁹ Si tratta di un tema sul quale la letteratura è estremamente ampia. Si rinvia, sia pur senza pretesa di completezza, a L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO - R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 215 s.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u. le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, I, p. 165 s.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1584 s.; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781 s. Si veda inoltre il recente contributo di S. QUATTROCOLO, *La vicenda Drassich si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2013, p. 161 s.

⁵⁰ Sul tema si rinvia R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F. M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 62-68; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 291-304; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 61, e p. 234-242.

⁵¹ Per tacere del fatto che, ai considerando 28 e 29 della direttiva, ci si riferisce al "reato" e alla "accusa", a conferma, nuovamente, dell'intenzione di non lasciare esclusa anche l'eventuale variazione della qualificazione giuridica degli addebiti.

⁵² Cass., 19 novembre 2013, in C.e.d. n. 258369, Jovanoski; Cass., 5 dicembre 2013, n. 48786 in *Giur. it.*, 2014, p. 714 con nota di L. KALB, *L'effettività del diritto alla traduzione degli atti dopo la Dir. 2010/64/UE*, *ivi*, p. 715.

di esigibile) al fine di salvaguardare il diritto individuale riconosciuto: ciò comporta un mancato recepimento del principio di effettività nella tutela dei diritti che, invece, come si è più volte osservato, costituisce un tratto essenziale delle direttive adottate ex art. 82 TFUE, e più in generale dell'approccio europeo alla materia processuale penale⁵³. Da censurare, in particolare, appare l'assenza di previsioni relative alla possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione e traduzione. Ciò lascia intendere come, tra la prospettiva europea e quella nazionale, persista una distanza non facilmente colmabile, a meno di non rimettere in discussione alcune categorie della nostra tradizione: cosa che il legislatore italiano non pare intenzionato a fare, almeno per il momento.

7. Una diversa prospettiva: la “libera circolazione” dei diritti salvaguardati dalle nuove direttive.

Tutte le osservazioni condotte possono indurre a una forma di atteggiamento scettico o disilluso. Si potrebbe osservare che quella dopo Lisbona non costituisca affatto una svolta, ma rappresenti solo l'*escamotage* – il *camouflage*, per meglio dire – per rendere più accettabile un sistema, quello dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia della Unione europea, rimasto conaturato da un afflato precipuamente repressivo e volto alla valorizzazione della difesa sociale.

In realtà, nei cambiamenti introdotti negli ultimi 5 anni si può intravedere un segno di grande novità. Ma per riuscire a coglierlo, occorre soffermarsi su elementi diversi da quanto esprimono esplicitamente le nuove fonti. Per essere più chiari, occorre distogliere lo sguardo dalle prescrizioni positive, per soffermarsi sulla funzione che esse appaiono destinate a rivestire.

La prospettiva dalla quale muoversi è la diretta applicazione della CEDU come diritto della UE. In sostanza, si tratta di estendere il metodo comunitario al sistema CEDU, introiettato dopo Lisbona e operante nei singoli Stati Membri come diritto sovraordinato, e capace di penetrare direttamente nei sistemi nazionali attraverso l'opera del giudice ordinario (e, se necessario, disapplicando le fonti nazionali in contrasto). Come è stato osservato⁵⁴, il semplice fatto che tutti gli Stati Membri dell'Unione avessero recepito la CEDU nel loro ordinamento non ha costituito motivo sufficiente per assicurare una eguale protezione dei diritti fondamentali. Questo fatto si è venuto evidenziando con chiarezza nei dieci anni antecedenti all'entrata in vigore del nuovo Trattato, dominati dal mutuo riconoscimento, finendo per rappresentare un ostacolo tecnico (e politico) ad una effettiva affermazione di quel principio. Per essere più chiari, il riconoscimento reciproco si fonda su un postulato di partenza, che cioè l'adesione alla CEDU di tutti gli ordinamenti nazionali UE sia ragione sufficiente per assicurare una tutela equivalente dei diritti fondamentali. Da qui la conseguenza per cui si può esigere che ogni sistema giuridico attribuisca a una decisione giudiziaria proveniente *ab externo* la medesima valenza che conferirebbe ad un omologo provvedimento adottato al proprio interno. Se tuttavia quel postulato iniziale – una equivalente tutela delle prerogative individuali grazie alla adesione alla CEDU – risulta progressivamente smentito in concreto, ne deriva facilmente un indebolimento anche sul versante della libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

Occorreva, pertanto, provare a escogitare uno strumento che consentisse una tutela più uniforme delle salvaguardie dell'imputato, così da rafforzare al contempo la cooperazione tra gli Stati sul piano repressivo. In definitiva, il punto di arrivo è stato individuato nella possibilità di ottenere una diretta ed equivalente protezione – una “libera ed eguale circolazione” – dei diritti della difesa, che bilanciassero il riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari⁵⁵. Lo strumento attraverso il quale perseguire questo risultato è apparso quello delle direttive a garanzia dei diritti della difesa: questo non tanto, o non solo per quanto in esse vi era prescritto, ma perché, si è ritenuto, avrebbero consentito l'invocazione, da parte di chi ne esigeva il rispetto, delle soluzioni raggiunte in quei settori dalla giurisprudenza della Corte di Strasbur-

⁵³ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 6-7; 166-168.

⁵⁴ Cfr. A. TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through Eu Law: Opportunities and Challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 4, 2013, p. 461-480 (in particolare p. 463-464).

⁵⁵ Cfr. A. TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through Eu Law*, cit., p. 470-471; I. ANAGNOSTOPOULOS, *The Right to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead*, in *EU Crim. Law. Rev.*, 2014, p. 3 s.

go, in tale maniera imponendo una diretta subordinazione, in capo al giudice nazionale, degli standard di protezione elaborati in seno alla Corte EDU.

Segnali che confermano come la strategia perseguita – estendere l'*acquis communautaire* al diritto CEDU – sia tutt'altro che priva di fondamento si possono intravedere in due pronunce, che in qualche maniera hanno aperto la strada al percorso avviato a livello europeo (tanto in sede sovranazionale, quanto all'interno del nostro ordinamento). La prima decisione evocata, sulla quale, in questi anni, la dottrina si è più volta soffermata, proviene dalla Corte costituzionale; l'altra dalla Corte di Giustizia. Si tratta della sentenza 80 del 2011 Corte Cost.⁵⁶, e della sentenza sul caso Åkerberg *Fransson* del 2013 della Corte di Lussemburgo⁵⁷. Entrambe le pronunce in esame aprono, sia pur con alcune precisazioni e distinguo, alla possibilità che il giudice ordinario, nel risolvere un contrasto tra la CEDU e una previsione nazionale, opti per la prima, non dando applicazione alla seconda: in tal maniera comportandosi, nei confronti della CEDU, così come si dovrebbe comportare di fronte a una direttiva o a un regolamento UE, vale a dire adottando il c.d. "metodo comunitario" (che, è fin troppo noto, impone di non dar corso alla fonte nazionale ove in contrasto con quella UE⁵⁸, al contempo applicando direttamente quest'ultima).

Nella sentenza della Corte costituzionale, la condizione posta affinché si possa operare in tale maniera è che, tra la CEDU e la disposizione nazionale, si interponga una fonte intermedia UE che colleghi i due estremi. Quando una fonte di tal genere sussista, al giudice ordinario sarebbe fatto obbligo di dar attuazione a tutto il sistema normativo della UE, ivi compresi i suoi principi supremi, che, grazie al richiamo operato dalle fonti istitutrici (il Trattato, all'art. 6, e la Carta dei diritti, all'art. 52 par. 3), comprende anche le salvaguardie previste dalla CEDU. Nella sentenza Åkerberg *Fransson* il discorso appare lievemente più articolato, ma il risultato è pressoché analogo: la Corte di giustizia ha stabilito che, ogniqualvolta il giudice nazionale sia chiamato ad attuare leggi o fonti nazionali recettive o anche semplicemente implicanti del diritto dell'Unione, egli deve direttamente applicare le fonti primarie UE, tra cui in particolare la Carta dei diritti, eventualmente non tenendo conto della previsione nazionale in contrasto. Si badi che, nell'ottica della Corte di Lussemburgo, non è necessario che le fonti europee e quelle nazionali siano omogenee, nel senso che debbano avere la medesima natura (sostanziale o processuale). Per essere più chiari, ove il giudice si trovi nella necessità di applicare previsioni normative originate da fonti UE, deve direttamente trovare attuazione l'intero patrimonio dei principi dell'Unione: nel caso Åkerberg *Fransson*, vertendosi in materia di sanzioni in caso di evasione dell'Iva – imposta di origine europea – la Corte ha stabilito in linea di principio la diretta invocabilità da parte dell'interessato dell'art. 50 della Carta dei diritti, in materia di *ne bis in idem*.

Dall'esempio menzionato emerge come la capacità di penetrazione dei principi fondanti della UE appaia particolarmente elevata: è infatti loro sufficiente, per imporsi direttamente all'interno degli Stati Membri, che la materia disciplinata dalla legge nazionale coinvolga, anche solo accidentalmente, una fonte intermedia UE, quale per esempio una direttiva. In altre parole, la legge nazionale potrebbe benissimo non aver ad oggetto specifico il recepimento di una fonte dell'Unione, ma limitarsi, più semplicemente, a dettare regole in un campo toccato anche dalle previsioni sovranazionali.

Consci di queste premesse, si può guardare con una nuova consapevolezza alle novità varate a partire dal 2010 dal legislatore UE, attraverso le quattro direttive sui diritti della difesa. Ciò che esse producono, al di là di quanto esplicitamente prescritto, è la diretta penetrazione dei principi supremi del diritto UE a livello nazionale: e tra essi, grazie al gioco di rimandi operato sia dall'art. 6 TUE che dall'art. 52 della Carta dei diritti, risulta anche la CEDU, nella

⁵⁶ Corte cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80. Se ne vedano i commenti di A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*.

⁵⁷ C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Åkerberg *Fransson*, causa C-617/10, §§ 16-31 (in *Dir. pen. cont.*, con nota di VOZZA).

⁵⁸ Si tralascia, dandola per acquisita, la questione relativa alla attuazione delle direttive purché sufficientemente precise e non condizionate. Sul tema, ci si limita a un rinvio a quanto osservato alla nota 20.

interpretazione operata dalla sua Corte⁵⁹. Del resto ciò è in linea anche con quanto ritenuto consentito dalla Corte costituzionale: ove tra i principi supremi dell'Unione e la legge ordinaria italiana s'interponga una fonte europea – sia essa regolamento o direttiva – tutti i principi generali della UE, tra cui deve essere annoverata anche la CEDU, costituente patrimonio condiviso di tutta l'Unione, deve trovare immediata attuazione da parte del giudice ordinario, se del caso non applicando la previsione nazionale in contrasto con essa.

Detto in altre parole, il risultato davanti al quale ci troviamo è la diretta applicabilità, ogniqualvolta il giudice nazionale debba occuparsi di questioni che toccano un tema coinvolto da una delle nuove direttive (diritto all'interpretazione e traduzione; diritto all'informazione e accesso al fascicolo; diritto al difensore), del "precipitato CEDU" in materia, eventualmente disattendendo le disposizioni codicistiche in contrasto.

Ne esce confermato l'assunto di partenza. L'obiettivo perseguito con il Programma di Stoccolma non era tanto quello di aggiungere previsioni specifiche, e diverse da quelle nazionali in materia processuale penale, bensì quello di favorire un'omogenea tutela dei diritti dell'imputato tra i diversi Paesi dell'Unione. A tal fine, occorre servirsene di strumenti che facilitassero la libera circolazione dei diritti difensivi, di modo da compensare l'uguale e contraria libera circolazione delle decisioni giudiziarie. L'adozione di nuove direttive in materie afferenti alla sfera difensiva è parsa la soluzione più adatta, potendo favorire, anche là dove il testo normativo della direttiva apparisse in sé insufficiente – sul piano della formulazione tecnica – una diretta invocazione della soluzione elaborata dalla giurisprudenza CEDU sul punto.

8.

Le conseguenze derivanti dalla nuova svolta.

Se questo è l'effettivo risultato ottenuto attraverso l'adozione delle recenti direttive, allora la prospettiva davanti alla quale ci troviamo è davvero nuova. Lo è a tal punto che ci si deve chiedere se siamo preparati a recepirla in maniera adeguata (o piuttosto finiremo per subirla, salvo qualche eccezione). Il diritto processuale penale sembra progressivamente avviato a diventare un sistema prevalentemente casistico, dominato da empirismo e pragmatismo: cioè sempre più volto a verificare la tenuta della soluzione raggiunta in concreto attraverso i criteri della proporzionalità e del *harmless test* (vale a dire del pregiudizio effettivo)⁶⁰, a tutto detrimento dei tradizionali canoni ermeneutici, *in primis* quello letterale⁶¹. Ogni problema coinvolgente la difesa, infatti, dovrebbe sempre implicare un raffronto tra la previsione positiva del codice e la soluzione estrapolabile dalle decisioni della Corte EDU (e magari, con il tempo, dalla Corte di Giustizia), nella medesima materia. In caso di contrasto, sarebbe sempre la prima a soccombere, e le "secondo" (qui si apre il *mare magnum* dei rapporti tra le due Corti europee, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede) a prevalere.

Cade, al contempo, il ruolo svolto dalla Corte costituzionale come *gatekeeper* del sistema

⁵⁹ Sul tema, una voce critica quanto alla assimilazione del testo convenzionale con la interpretazione offerta dalla Corte è quella di Paolo Ferrua. Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 210-212. L'Autore aveva già espresso la propria posizione in ID., *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture. Nuovi orizzonti*, Atti del Convegno della Associazione tra gli studiosi del processo penale, Lecce, 23-25 settembre 2009, Giuffrè, Milano, 2012, p. 184 s. (e ancor prima in *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 9 s.). *Contra*, per tutti, G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 372.

⁶⁰ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 169 s.; Id., *To Sanction (or not To Santion)*, cit., p. 324-326.

⁶¹ Su questo punto è bene operare una breve riflessione. Il superamento – l'obsolescenza – della interpretazione letterale, appare legato a due fattori. Da un lato, all'irrompere dei principi e di quel particolare sistema di *common law* costituito dal diritto CEDU e da quello UE (sul punto si rinvia a A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 10 e p. 479)). Dall'altro, dal fatto che ogni testo normativo della UE è concepito in un inglese spurio (il c.d. *Brussels English*), vale a dire non parlato, con quali modalità e con quelle declinazioni, nemmeno nei paesi anglofoni. Un testo cioè che non può nemmeno essere pensato in maniera chiara e cartesiana, per citare Cordero, come, ad esempio, lo erano i codici ottocenteschi. Un testo, ancora, che nasce imperfetto a partire dalla lingua primaria con cui esso è predisposto (per tacere poi del fatto che di esso si devono dare 23 traduzioni ufficiali). E' evidente che, in queste condizioni di partenza, si tenda a fidarsi poco o nulla della parola scritta, prediligendo invece le soluzioni predisposte dalla casistica, e dunque dalle grandi Corti di riferimento (Corte EDU e Corte di Giustizia, oltre che le Corti Supreme nazionali). Sul tema, cfr. A. GUALAZZI, *Il processo penale transnazionale e la prospettiva di un "euro difensore"*, in F. RUGGIERI – T. RAFARACI – G. DI PAOLO – S. MARCOLINI – R. BELFIORE, *Processo penale, lingua e Unione europea*, Cedam, Padova, 2013, p. 95 s., in particolare p. 97-100.

Ne deriva che l'incentrare le proprie critiche, da parte di uno studioso o di un analista della materia, esclusivamente (o quasi) sul dato testuale della previsione sovranazionale, costituisce una operazione discutibile, tacciabile sia di limitatezza culturale quanto alla prospettiva, sia di incompletezza quanto ai dati sulla base dei quali operare l'esame.

europeo. Se il rapporto tra giudice ordinario e fonte europea – includendovi la stessa CEDU, secondo le modalità indicate – è ormai diretto e non più mediato, il ruolo centrale, a livello nazionale, pare doversi in prospettiva attribuire alla Cassazione: non si tratta più tanto di capire “se” e fino a che punto il diritto UE, compresi i suoi principi generali fondanti, sia efficace all’interno del nostro ordinamento, quanto piuttosto “come” esso vi operi, raggiungendo possibilmente una adeguata uniformità interpretativa.

Volendo usare un paragone di carattere comparato, le nuove direttive in materia di diritti dell’imputato – se unite ai principi della Carta dei diritti (e ai rinvii che vi si rinviengono) – paiono in grado di poter svolgere la funzione ricoperta dal XIV Emendamento del *Bill of Rights* della Costituzione degli Stati Uniti⁶²: chiave cioè per la estensione uniforme, nella “federazione”, di un sistema di protezione delle prerogative individuali di chi sia assoggettato a processo.

Un esempio applicativo del “nuovo corso” avviato da queste fonti potrebbe essere costituito dal superamento dell’approdo giurisprudenziale in materia di dichiarazioni spontanee, tendenzialmente considerate dal diritto vivente quali legittime pur se rese in assenza del difensore, e fuori da qualunque avvertimento⁶³ (nonché, addirittura, quando rilasciate, “liberamente”, da chi si trovi colto sul luogo e nella immediatezza del fatto⁶⁴): ognuna di queste soluzioni pare difficilmente conciliabile con gli approdi raggiunti dalla Corte EDU a partire dal caso *Salduz c. Turchia*⁶⁵, poi sviluppatasi negli anni successivi⁶⁶. Ma considerazioni analoghe potrebbero svolgersi ben presto – quando sarà entrata in vigore la direttiva sulla presunzione di innocenza – per la nuova disciplina del processo *in absentia* introdotta con la legge n. 67 del 2014: con essa infatti si addossa il gravoso onere a chi ricompaia in giudizio – una volta dichiarato assente sulla base di alcuni indici presuntivi⁶⁷ – di provare l’ignoranza “incolpevole” del “processo” (quando, per poter procedere, ci si era accontentati di una presunzione di conoscenza del mero “procedimento”⁶⁸). Difficile ipotizzare una piena compatibilità del nuovo assetto con il sistema delineato dalla Corte EDU, la quale pretende sia dimostrata la consapevolezza in

⁶² Sul punto si rinvia a W. R. LA FAVE-J. H. ISRAEL-N. J. KING, *Criminal Procedure*, 3rd ed., West Group Company, St. Paul (Minn.), 2000, p. 55 s. (v. per la dottrina delle incorporations p. 65-95; J. N. FEDERICO-H. F. FRADELLA-C. D. TOTTEEN, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, 10th ed., Wadsworth, Belmont, USA, 2009, p. 44-47; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 6-10; ID., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 809. Per un approccio più didascalico, v. alla voce *Due Process Clause*.

⁶³ Cfr. in tal senso Cass., Sez. 1, 9 novembre 2007, Corradini e al., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 654; Cass., Sez. 3, 13 novembre 2008, Bamba, in C.e.d., Cass., n. 241776; Cass., sez. 3, 3 novembre 2009, Di Ronza, ivi, n. 245622.

⁶⁴ Si rinvia ancora a Cass., Sez. 1, 9 novembre 2007, Corradini e al., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 654, che per l’appunto legittima l’uso di dichiarazioni spontanee rese alla polizia dall’indagato nel corso di una perquisizione, e a Cass., Sez. 3, 13 novembre 2008, Bamba, in C.e.d., Cass., n. 241776, anch’essa avente ad oggetto dichiarazioni rese in occasione della esecuzione, da parte della polizia, di un’ordinanza di custodia cautelare. Per una panoramica più estesa, cfr. A. TRICOCI, sub art. 350 c.p.p., in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2015, p. 1517-1518.

Ancor prima, non si può fare a meno di rinviare agli studi di M. CERESA-GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell’indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 131 s.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Salduz v. Turkey*, 27 novembre 2008.

⁶⁶ Il riferimento è ai casi *Dayanan v. Turkey*, 13 ottobre 2009, in cui si dichiarò la violazione dell’art. 6 sebbene, in sede di interrogatorio, l’indagato avesse scelto di tacere. In quella occasione fu recepita la *concurring opinion* resa dal giudice Zagrebelsky nel caso *Salduz*, secondo la quale “*It is therefore at the very beginning of police custody or pre-trial detention that a person accused of an offence must have the possibility of being assisted by a lawyer, and not only while being questioned. The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on. The legal principle to be derived from the judgment is therefore that, normally and apart from exceptional limitations, an accused person in custody is entitled, right from the beginning of police custody or pre-trial detention, to be visited by defence counsel to discuss everything concerning his defence and his legitimate needs. Failure to allow that possibility, regardless of the question of interrogations and their use by the courts, amounts, subject to exceptions, to a violation of Article 6 of the Convention*” (evidenza nostra). V. ancora *Panovitis v. Cyprus*, 11 dicembre 2008, e *Pischalnikov v. Russia*, 24 settembre 2009, sulla rinuncia al difensore. Per un’analisi approfondita del tema, si rinvia a I. ANAGNOSTOPOULOS, *The Right to a Lawyer in Europe*, cit., p. 4-6.

⁶⁷ Sul tema si rinvia alla lucida analisi di G. GARUTI, *Jus superveniens e “nuovo” processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1506 s.; V. anche R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida Dir.*, 2014, n. 21, 98; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all’assente, mentre l’irreperibile l’abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014, p. 97 s.; P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l’alba radiosa della sospensione e le nubi dell’assenza “consapevole*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 509 s.

⁶⁸ Sul tema cfr. F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 662 s. (670). Mostra perplessità anche G. DI PAOLO, *La revoca dell’ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 200-201. Sul tema, e sulle critiche che si possono muovere alla nuova disciplina, si rinvia anche a G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 103 s.

capo all'imputato della data del processo ("scheduled trial", come anche si evince dalle due fonti UE che si occupano della materia⁶⁹). Chiaro che almeno uno dei due limiti indebiti imposti dal legislatore nazionale, tra presunta conoscenza del (solo) procedimento e ignoranza "incolpevole" (del processo) appare prestarsi ad essere superato (realisticamente, sembra destinato a cadere quello che impone a chi ricompaia di "scagionarsi" per non essere stato a conoscenza del processo).

Da ultimo, e al di là di chi rivestirà il ruolo di Corte interlocutrice a livello nazionale, ci avviamo verso una procedura i cui caratteri saranno sempre più spesso determinati da un costante dialogo tra le Corti⁷⁰. E' auspicabile a tal proposito che di dialogo proficuo si tratti, e non di scontro, come alcune recenti decisioni lasciano paventare: il riferimento è, da un lato, alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in materia di responsabilità degli Stati per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* da uno Stato straniero nel territorio italiano, senza che sia prevista alcun'altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati⁷¹; dall'altro, al parere fornito dalla Corte di Giustizia al disegno normativo volto a realizzare l'accesso della Unione europea alla CEDU⁷². In entrambi gli esempi si coglie una refrattarietà al dialogo, un desiderio di imporre la propria particolarità quale ragione per non uniformarsi a una linea condivisa a livello sovranazionale (e un impulso alla conservazione del potere, rappresentato, per le Corti di vertice, dalla possibilità di avere l'ultima parola sulla questione), che non sembrano in linea con l'edificazione di un sistema multilivello ordinato e trasversale.

In definitiva, l'adozione di queste prime direttive sembra capace di condurre al sovvertimento di molte delle nostre sicurezze, e diversi – nonché cruciali – tra i nostri assetti istituzionali. Occorreranno culture nuove, per affrontarli, sia da parte del mondo degli studi, che da parte degli operatori.

E' facile, di fronte a un baratro simile, essere colti dalla tentazione di non vedere, o, pur vedendo, di rifiutare *in toto* la sfida che la realtà sembra imporci. Ognuna delle due scelte indicate sarebbe deleteria. Compito della scienza – in questo momento storico, perlomeno – appare non solo quello di porsi come custode e guardiana della tradizione, ma soprattutto di sapersi proporre come guida verso il nuovo mondo, affinché le pulsioni che provengono *ab externo* siano recepite in modo fecondo, e non finiscano per imporsi in maniera distruttiva. Del resto, in questo sembra consistere il nucleo dell'eredità tramandataci dalla cultura moderna, quella avviata dal discorso sul metodo di Galileo e, successivamente, dal pensiero razionale illuminista: se guardiamo agli archetipi, la figura di riferimento – rifacendosi a Dante – è Virgilio più che Catone.

Ciò è tanto più vero se teniamo conto di come la posta in gioco di fondo sia costituita dalla capacità dell'Europa di mantenere una autonoma identità nell'approccio al diritto, in uno scenario globale in cui i modelli giuridici appaiono in forte competizione tra loro. Per sopravvivere, ognuna delle scuole nazionali sarà chiamata a rinunciare a parte del proprio armamentario tradizionale.

Certo, che all'esito di quello che si preannuncia come un cammino molto lungo, si possa tornare a "riveder le stelle", non è affatto scontato. Tuttavia, il rimanere, per paura dell'ignoto,

⁶⁹ In tal senso l'art. 2 della decisione-quadro 2009/2999/JHA, modificativa della decisione-quadro 2002/584/JHA istitutiva del mandato d'arresto europeo.

⁷⁰ Sul tema v. ampiamente G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 s. Per una prospettiva complementare, che lega la necessità del dialogo tra le Corti al fondersi insieme di due settori che erano stati tenuti rigidamente separati (human rights law e criminal law), cfr. R. VOGLER, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between European Court of Human Rights and National Courts*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 181 s.

⁷¹ Corte cost., sent. 23 settembre – 22 ottobre 2014, n. 238. Critico nei confronti di questa decisione è A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*. Per una critica favorevole alla pronuncia in esame, cfr. C. MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2014. V. ancora L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*; A. RUGGERI, *La Corte azione l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, entrambi i contributi in www.forumcostituzionale.it.

⁷² Sul punto si rinvia al recente parere negativo espresso dalla Corte di Giustizia per l'accesso alla CEDU da parte della UE. Cfr. il *Press Release* del 18 dicembre 2014, *The Court of Justice delivers its opinion on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and identifies problems with regard to its compatibility with EU law*, consultabile al sito web: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf>.

a coltivare il proprio giardino non è un'opzione accettabile: in fondo, come affermava Henry Ford, puoi credere di farcela o credere di non farcela. In entrambi i casi i fatti ti daranno ragione.