

L'INTRODUZIONE DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO IN ITALIA E LA TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI: A PROPOSITO DELLE DISPOSIZIONI INTRODUTTIVE DELLA LEGGE ITALIANA DI ATTUAZIONE DELLA DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI

CAMILLO CARINI*

Università degli Studi di Perugia

Resumen

L'introduzione del mandato d'arresto europeo nell'ambito dell'ordinamento italiano ha determinato non pochi problemi di adattamento; esso infatti non s'inquadra in alcuno degli atti o provvedimenti che, sulla base del sistema italiano di procedura penale, sono diretti a procurare la privazione della libertà personale; non è un provvedimento europeo di consegna, né sembra dare attuazione in senso stretto al principio del mutuo riconoscimento. L'ordinamento italiano ha preferito riprodurre gli stilemi di una procedura d'estradizione semplificata, cercando di mantenere ferme le direttive costituzionali in materia di tutela della libertà personale. In ciò legittimato anche dalla fondamentale "clausola di non regressione" contenuta nel considerando 12 del Preambolo alla Decisione quadro 2002/584/GAI. In attesa di una vera armonizzazione europea delle regole processuali fondamentali, il potere degli Stati membri "di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela dei diritti della persona nella procedura penale" rimane l'unico vero punto fermo, affinché le pur legittime istanze di lotta al crimine non trasformino l'Unione europea in un "rozzo" "Stato di polizia".

Keywords: cooperazione europea, arresto, libertà, garanzie processuali.

Abstract

The introduction of the European arrest warrant within the Italian arrangement has determined more than few problems of adaptation; it in fact it is not framed in some of the actions or provisions that, on the base of the Italian system of penal procedure,

Recibido: 01/06/09. Aceptado: 30/06/09

* Avvocato e dottore di ricerca in diritto processuale penale interno, internazionale e comparato presso l'Università degli Studi di Perugia.

they are direct to get the deprivation of the personal liberty; it is not an European provision of delivery, neither it seems to give realization in narrow sense to the principle of the mutual recognition. The Italian arrangement has preferred to reproduce the stilemis of a procedure of simplified extradition trying to maintain firm the constitutional directives in subject of guardianship of the personal liberty. In this also legitimated by the fundamental one "clause of not regression" contained in considering 12 some Preamble to the Framework Decision 2002/584/GAI. Waiting for a true European harmonization of the fundamental trial rules, the power of States members "to maintain or to introduce a more elevated level of guardianship of the rights of the person in the penal procedure" the only true firm point remains, so that the legitimate appeals of fight against crime don't also turn the European Union into a "rough" "State of police".

Keywords: european cooperation, arrest, liberty, trial guarantees.

1. Definizione di «mandato d'arresto europeo»

Malgrado il riferimento al termine «arresto», il mandato d'arresto europeo (d'ora in avanti Mae) non s'inquadra in alcuno degli atti o provvedimenti che, sulla base del sistema italiano di procedura penale, sono diretti a procurare la privazione della libertà personale¹. Esso si configura come una «decisione giudiziaria» prevista dal diritto dell'Unione europea c.d. derivato o secondario (così connotato per distinguerlo dal diritto primario dei Trattati), priva di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, la quale, tuttavia, può produrvi effetti attraverso e in forza di strumenti normativi e conseguenti provvedimenti giudiziari di tali Stati².

In effetti, in base alla stessa definizione fornita dall'art. 1, § 1 della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13.6.2002 (d'ora in avanti DQ), e poi ripresa dal 2° co. dell'art. 1 della Legge italiana 22.4.2005, n. 69³,

¹ Così FRIGO, *Mandato d'arresto europeo: profili generali e primi problemi applicativi della legge interna d'attuazione*, in Filippi (a cura di), *Equo processo normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, 2006, 246.

² Sempre FRIGO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., 246.

³ Si riporta il testo integrale dell'art. 1 della Legge 22.4.2005, n. 69: «1. La presente legge attua, nell'ordinamento interno, le disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, di seguito denominata «decisione quadro», relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri dell'Unione europea nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo. 2. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro dell'Unione europea, di seguito denominato «Stato membro di emissione», in vista dell'arresto

il mandato d'arresto europeo costituisce «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà». Nella stessa DQ si precisa, altresì, che «gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione» (art. 34, § 1) e che, in ogni caso, è sempre necessario un provvedimento di un'autorità giudiziaria sia per emettere un mandato (da parte dello Stato che ricerca una persona), sia soprattutto per decidere (da parte dello Stato richiesto) se darvi o rifiutarne l'esecuzione (artt. 6, 15, 17).

Ne discende che, contrariamente a quanto da alcuni ritenuto⁴, non dovremmo essere di fronte ad un «provvedimento europeo di consegna», ossia ad un mandato emesso da un'autorità giudiziaria europea, allo stato inesistente, ed avente efficacia in tutto il territorio dell'Unione, non esistendo, del pari, un sistema penale comunitario⁵.

e della consegna da parte di un altro Stato membro, di seguito denominato «Stato membro di esecuzione», di una persona, al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale. 3. L'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla presente legge, sempre che il provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso sia stato sottoscritto da un giudice, sia motivato, ovvero che la sentenza da eseguire sia irrevocabile. 4. Le disposizioni della presente legge costituiscono un'attuazione dell'azione comune in materia di cooperazione giudiziaria penale, ai sensi degli articoli 31, paragrafo 1, lettere a) e b), e 34, paragrafo 2, lettera b), del Trattato sull'Unione europea, e successive modificazioni».

⁴ Cfr. AGNOLI, *Il mandato di arresto europeo contro la costituzione*, in *www.giustiziacarita.it*; CAIANIELLO, VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 463; IUZZOLINO, *Mandato di arresto e garanzie costituzionali*, in *Giusto proc.*, 2002, 4, 173.

⁵ Appare essere l'opinione prevalente nella letteratura italiana: v. BRUTI LIBERATI, PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *Quest. Giust.*, 2002, 72; GREVI, *Il «mandato di arresto europeo» tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, 41; MARTELLINO, *Il mandato di arresto europeo nell'ambito dello spazio giuridico europeo di giustizia, sicurezza e libertà: forme di collaborazione e di collegamento tra Giurisdizioni*, in *Cooperazione giudiziaria europea, dall'estradizione al mandato di arresto europeo. Relazione all'incontro di studio*, Roma, 10-12.11.2003, in *www.csm.it*; PATRONE, *La Decisione quadro del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo*, in *Quad. Giust.*, 2002, 395; PEDRAZZI, *Considerazioni introduttive*, in PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, 11; ROZO ACUÑA, *Globalización del crimen, mandamiento europeo de detención y derechos fundamentales*, in ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, Padova, 2004, 25; SELVAGGI, *Questioni reali e non sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 446.

Vero è che alla base vi sarebbe il c.d. principio del mutuo riconoscimento, che comporta che ogni decisione giudiziaria avente una dimensione transnazionale, adottata da un giudice competente in base alla legislazione dello Stato membro di appartenenza, possa essere riconosciuta in tutti gli altri Stati aderenti all'Unione, esplicandovi effetti se non uguali, quantomeno analoghi a quelli prodotti dalle decisioni domestiche; con conseguente superamento degli strumenti classici del diritto internazionale «*in cui la esecuzione può avvenire in forma indiretta, tramite exequatur o conversione del provvedimento straniero in una decisione nazionale che riproduca il provvedimento originale o si limiti a recepirne i contenuti*»⁶. E un'importante conferma della rilevanza di tale principio, con riferimento al Mae, la si trae innanzitutto da alcuni considerando inseriti nel «*Preambolo della DQ*»⁷, dove si afferma esplicitamente che: «*Il programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, previsto al punto 37 delle conclusioni di Tampere e adottato dal Consiglio il 30 novembre 2000 affronta la questione dell'esecuzione reciproca del mandato d'arresto*» (considerando 2); «*Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*» (considerando 5); «*Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria*» (considerando 6). Del pari, il ridetto art. 1, 2° co., DQ stabilisce che «*Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco*». Lo stesso principio può trovare poi ulteriore riscontro nell'espreso richiamo contenuto nel 4° co. dell'art. 1 della Legge italiana attuativa, a mente del quale —lo abbiamo visto— «*Le disposizioni della presente legge costituiscono un'attuazione dell'azione comune in materia di cooperazione giudiziaria penale, ai sensi degli articoli 31, paragrafo 1, lettere a) e b), e 34, paragrafo 2, lettera b), del Trattato sull'Unione europea, e successive modificazioni*».

⁶ IZZOLINO, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, in *Cooperazione giudiziaria europea; dall'extradizione al mandato di arresto europeo*, Relazione all'incontro di studio, Roma, 10-12.11.2003, in www.csm.it.

⁷ Sul cui ruolo e valore v. *infra* sub 3.

Ma se ciò è indubbio, appare altrettanto vero che, malgrado tali intenzioni espresse, la normativa interna italiana —al pari della stessa DQ— qualificando il Mae nei termini sopra richiamati e cioè come «*decisione giudiziaria*» con efficacia autonoma rispetto alla sentenza o al provvedimento cautelare originari, non sembra dare attuazione in senso stretto al principio del mutuo riconoscimento. Infatti, a dover essere eseguito non sarà il singolo provvedimento giurisdizionale emesso dallo Stato richiedente che, presupponendosi riconosciuto «a monte», potrà anche non essere allegato —salvo quanto previsto dall'art. 1, 3° co. e dall'art. 16 L. 22.4.2005, n. 69⁸— ma il mandato d'arresto in quanto tale, con la conseguenza che lo stesso sembra potersi preferibilmente definire come un «*provvedimento estero a circolazione privilegiata*»⁹. Del resto, il principio del mutuo riconoscimento è frutto di un'elaborazione giurisprudenziale avviata dalla Corte di Lussemburgo, alcuni decenni or sono, specie per sostenere la libera circolazione delle merci e dei servizi¹⁰, sulla cui «*cogenza*» è pure lecito sollevare qualche dubbio¹¹.

Pertanto, sebbene «*la DQ sul Mae abrog[hi] tutte le disposizioni convenzionali concernenti la disciplina di estradizione, determinando per tale via una radicale discontinuità nella storia del diritto estradizionale europeo ove, per la prima volta, una fonte sopravvenuta è programmaticamente finalizzata non già all'integrazione del corpus normativo esistente, bensì alla sua sostituzione*»¹²,

⁸ Riportiamo il testo integrale dell'art. 16 L. 22.4.2005, n. 69: «1. Qualora la corte di appello non ritenga sufficienti ai fini della decisione la documentazione e le informazioni trasmesse dallo Stato membro di emissione, può richiedere allo stesso, direttamente o per il tramite del Ministro della giustizia, le informazioni integrative occorrenti. In ogni caso stabilisce un termine per la ricezione di quanto richiesto, non superiore a trenta giorni. Se l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione non dà corso alla richiesta, si applica il comma 6 dell'articolo 6. 2. La corte di appello, d'ufficio o su richiesta delle parti, può disporre altresì ogni ulteriore accertamento che ritiene necessario al fine della decisione».

⁹ SELVAGGI, *Il mandato europeo e il rispetto del sistema di arresto*, in *Giusto Proc.*, 2002, 3, 156. Anche se lo stesso Mae, in ogni caso, resterà funzionalmente e geneticamente connesso al provvedimento presupposto; con tutto ciò che ne consegue in termini d'"invalidità derivata", per cui, caducato il provvedimento presupposto per vizi propri, stessa sorte dovrebbe spettare al Mae.

¹⁰ BUZZELLI, *Processo penale europeo*, in *Enc. Dir.*, annali II, 1, Milano, 2008, 715.

¹¹ Cfr. PAYE, *La fine dello Stato di diritto*, Roma, 2005, 87; PARISI, *Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia»*, in DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 363.

¹² Come rileva IZZOLINO, *Cooperazione internazionale e mandato di arresto europeo. Una esposizione organica delle norme comunitarie*, in *Dir. & Giust.*, 2003, 15, II.

il Mae non sembra possa essere meramente qualificato come una nuova e semplificata modalità di esecuzione, nell'ambito dell'Unione, dei provvedimenti emessi dalle autorità nazionali.

Ne discende, altresì, che appare arduo ipotizzare che il Mae si traduca nella «libera circolazione» di un provvedimento giudiziale. In definitiva, esso sembra riconducibile ad una decisione giudiziale contenente una richiesta di arresto a fine di consegna: l'intero meccanismo appare costruito avendo di mira la privazione della libertà del soggetto colpito dal mandato europeo e la sua successiva consegna allo Stato emittente¹³.

In tale ottica, si rileva anche come appaia improprio l'impiego della denominazione del provvedimento come «mandato», parola che sembrerebbe implicare, se non proprio un ordine, quantomeno un incarico vincolante, che debba comunque e semplicemente essere eseguito¹⁴, come poteva dirsi, per esempio, con riferimento al vecchio «mandato di cattura o d'arresto». In realtà, l'espressione normativa appare ben più cauta, riferendosi ad un atto «in vista» dell'arresto e della consegna, senza considerare poi che nel «modulo» *standard* allegato alla DQ è prevista la formula propria di una «richiesta», rivolta all'autorità giudiziaria straniera: «*Chiedo che la persona menzionata appresso sia arrestata e consegnata...*», una formula che richiama quella impiegata usualmente in sede di estradizione¹⁵.

All'ambiziosa ampiezza del programma della «libera circolazione delle decisioni giudiziarie» fanno da contrappeso ulteriori indicazioni sicuramente più omogenee —persino nell'uso del lessico— ad un quadro di cooperazione ben più tradizionale¹⁶. Oltre a quanto sin qui evidenziato, sembrano muoversi in questa direzione —secondo alcuni¹⁷— tanto l'esigenza di un «sufficiente controllo» da parte dell'autorità giudiziaria sulle decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo¹⁸, quanto la prevista possibilità che la «reciproca fiducia» possa essere «tradita» da «gravi e persistenti violazioni» dei

¹³ MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in CHIAVARIO, DE FRANCESCO, MANZIONE, MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006, 14.

¹⁴ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 247.

¹⁵ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 247.

¹⁶ MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 9.

¹⁷ MANZIONE, *ibidem*.

¹⁸ Cfr. considerando 8 Preambolo DQ.

principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti umani fondanti dell'UE (di cui all'art. 6, § 1, Trattato UE) che siano appurati dal Consiglio con le modalità e con le conseguenze stabilite nell'art. 7 Trattato UE¹⁹.

Perplessità suscita, poi, il rapporto che emerge tra il sostantivo «decisione» e l'aggettivo «giudiziaria». Con quest'ultima qualificazione si è evidentemente voluto escludere che il mandato d'arresto dovesse necessariamente provenire da un giudice, come, invece, si sarebbe dovuto concludere se si fosse alluso nel testo ad un provvedimento giurisdizionale²⁰. Se ne trova conferma, per esempio, nel disposto di cui all'art. 28 della legge attuativa italiana²¹, in tema di competenza interna all'emissione del Mae, dove è possibile constatare che detta misura viene disposta dal pubblico ministero in tutti i casi diversi da quello in cui si tratta di dover far eseguire all'estero la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari: caso, quest'ultimo, rispetto al quale è invece chiamato in causa il giudice che ha emesso il provvedimento coercitivo²². Peraltro, contro questa soluzione normativa parrebbe confliggere l'uso del termine «decisione», che, difatti, dovrebbe potersi correttamente riferire solo ai provvedimenti d'un giudice. E le preoccupazioni sarebbero destinate a svilupparsi ulteriormente, forse anche sul terreno dell'illegittimità costituzionale, se si ritenesse che la DQ e la legge attuativa italiana, di conseguenza, abbiano introdotto «un nuovo genus di provvedimenti in materia di libertà personale»²³. In realtà, si ritiene che il giudice e il pubblico ministero, lungi dal disporre della libertà personale, esauriscano la loro attività nel formulare una semplice richiesta d'arresto e di consegna con la quale

¹⁹ Cfr. considerando 10 Preambolo DQ.

²⁰ MARZADURI, sub artt. 1-2, in CHIAVARIO, DE FRANCESCO, MANZIONE, MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006, 69.

²¹ L'art. 28 L. n. 69 del 2005 così recita: «1. Il mandato d'arresto europeo è emesso: a) dal giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari; b) dal pubblico ministero presso il giudice indicato all'articolo 665 del codice di procedura penale che ha emesso l'ordine di esecuzione della pena detentiva di cui all'articolo 656 del medesimo codice, sempre che si tratti di pena di durata non inferiore a un anno e che non operi la sospensione dell'esecuzione; c) dal pubblico ministero individuato ai sensi dell'articolo 658 del codice di procedura penale, per quanto attiene alla esecuzione di misure di sicurezza personali detentive. 2. Il mandato d'arresto europeo è trasmesso al Ministro della giustizia che provvede alla traduzione del testo nella lingua dello Stato membro di esecuzione e alla sua trasmissione all'autorità competente. Della emissione del mandato è data immediata comunicazione al Servizio per la cooperazione internazionale di polizia».

²² MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 69.

²³ Quest'ultima è l'opinione, per esempio, di IZZOLINO, *Cooperazione internazionale*, cit., II.

intendono ottenere dallo Stato straniero l'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale rimasto ineseguito a causa dell'assenza del ricercato dal territorio nazionale. Insomma, si configurerebbero con facilità sequenze tipiche del procedimento estradizionale attivo, innovativamente caratterizzate dall'eliminazione delle competenze ministeriali, nel cui ambito si apprezzavano profili di discrezionalità che non sono riproposti nella L. 22.4.2005, n. 69²⁴.

Rispetto a tale impostazione, si ripropongono —a nostro avviso— perplessità sulla compatibilità costituzionale con un processo penale di parti del riconoscimento in capo al pubblico ministero della legittimazione ex art. 28, L. 22.4.2005, n. 69 ad emettere ed inoltrare il mandato d'arresto europeo all'autorità centrale che ne dovrà curare la traduzione e la trasmissione; perplessità del tutto simili a quelle già sollevate da una parte della dottrina in ordine al potere del p.m. di emettere l'ordine di esecuzione²⁵.

Peraltro, se siamo di fronte ad una forma semplificata di estradizione, appare comprensibile che l'euromandato vada a soppiantare integralmente gli strumenti sinora vigenti e segnatamente la Convenzione europea di estradizione che sopravviverà solo nei rapporti con Stati terzi e per quegli Stati membri che —come l'Italia— abbiano fatto riserva di applicare il nuovo istituto soltanto ai reati commessi successivamente alla sua entrata in vigore (7.8.2002)²⁶.

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, si può, dunque, dire che il Mae è un provvedimento: a) che può essere emesso da un'autorità giudiziaria italiana verso altri paesi dell'Unione per ottenere da un'autorità competente di uno di questi Paesi l'arresto e la consegna di una persona contro cui

²⁴ Così MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 70; del pari, considera l'attuale disciplina del Mae un forma di estradizione fortemente semplificata MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 18; della stessa opinione anche con riguardo alla disciplina dettata dalla DQ larga parte della dottrina: v. BARGIS, *Strumenti di unificazione delle procedure nazionali una ipotesi di armonizzazione europea*, in *Studi di diritto processuale penale, II, Questioni europee e «ricadute» italiane*, Torino, 2007, 235; SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, 1048.

²⁵ GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, 2ª ed., Milano, 2005, 116; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 86.

²⁶ MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 19; GAITO, *La vigenza del principio di specialità (a proposito di mandato d'arresto europeo e d'extradizione)*, in *Giur. It.*, 2004, 1556.

procedere in via giudiziaria penale in Italia o qui eseguire una sentenza penale; ovvero, che (quando sia diretto all'Italia da uno di questi Paesi): *b)* l'autorità giudiziaria italiana può essere chiamata a valutare per emettere un proprio provvedimento che autorizza o nega l'arresto o la consegna di una persona ricercata che si trovi nel territorio dello Stato²⁷.

Sotto altro profilo, la stretta connessione esistente tra tali aspetti —richiesta e consegna— parrebbe invertire il tradizionale rapporto che, nei trattati di estradizione, sussiste tra consegna ed arresto provvisorio, il che pone delicati problemi di relazioni tra strumenti internazionali, che l'art. 31 Decisione quadro non appare idoneo a dissipare proprio con riferimento a quei casi in cui la privazione della libertà o l'adozione di diversa misura non appaia affatto la premessa indispensabile della procedura di consegna: l'ipotesi della privazione della libertà personale è quella che «ordinariamente» precede la consegna, ma non ne costituisce il presupposto giuridico. L'opposto orientamento rischierebbe di azzerare ogni margine di manovra in ordine alla disciplina della libertà personale della persona da consegnare, anche nei confronti di Paesi —come l'Italia— che hanno già compiuto un'opzione che non vede nella restrizione *de libertate* un elemento indispensabile del procedimento di estradizione, ma potrebbe anche porre problemi di «reviviscenza» degli strumenti internazionali che s'intendeva soppiantare quando quel presupposto non venisse a realizzarsi²⁸.

Infine, stando al dato testuale del 2° co. dell'art. 1 della L. 22.4.2005, n. 69, l'arresto e la consegna del ricercato oltre che all'«*esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale*» risulta finalizzata anche all'«*esercizio di azioni giudiziarie in materia penale*», mentre nella DQ si allude *tout court* all'«*esercizio di un'azione penale*». Si ritiene²⁹ che la scelta sia dettata dall'intento di scongiurare interpretazioni volte ad escludere la legittimità dell'emissione del Mae in momenti processuali successivi all'esercizio dell'azione penale.

La giurisprudenza di legittimità, da parte sua, ha chiarito, da un lato, che spetta comunque all'autorità giudiziaria nazionale decidere sulla libertà

²⁷ FRIGO, *Mandato d'arresto*, 247.

²⁸ In questi termini MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 14, 19.

²⁹ MARZADURI, *sub artt. 1-2*, cit., 72.

personale del soggetto da consegnare³⁰, dall'altro, come non rientri nella nozione di Mae di cui all'art. 1, 2º co., L. 22.4.2005, n. 69 il mandato di arresto europeo emesso non per ottenere la consegna di soggetti che debbano essere catturati in esecuzione di un provvedimento cautelare, ma esclusivamente per sottoporre gli stessi ad atti di istruzione (interrogatori e confronti), con impegno di riconsegna, e cioè al fine di impiegare uno strumento coercitivo a fini investigativi³¹.

Sotto altro profilo, è stato ritenuto non ostativo³² alla consegna un Mae emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare un processo *in absentia*³³.

³⁰ C., Sez. VI, 14.2.2007, Piaggio, inedita, secondo la quale «È infondata l'eccezione di costituzionalità sollevata in relazione alla eseguibilità della consegna su di un provvedimento non sottoscritto da un giudice, per contrasto con gli artt. 3 e art. 13 commi, 2 e 3, Cost., in quanto nella procedura di consegna passiva prevista nel nostro ordinamento, la tutela della libertà della persona richiesta è assicurata dall'intervento della corte d'appello (l'art. 5, legge n. 69/2005 prevede invero che la consegna di un imputato o di un condannato non potrà essere concessa senza la decisione favorevole di questo giudice). A questa garanzia si aggiunge l'altra norma di tutela, rappresentata dall'art. 1, comma 3, legge n. 69/2005 che vuole che alla base della richiesta dello Stato emittente vi sia un provvedimento coercitivo che abbia natura giurisdizionale (sottoscritto appunto da un giudice)»; C., Sez. VI, 26.1.2006, n. 172, inedita, ove si afferma che «A scanso di possibili equivoci interpretativi, anche a seguito della legge 22 aprile 2005 n. 69, di esecuzione del mandato d'arresto europeo, restano intatte le attribuzioni che la Costituzione affida all'autorità giudiziaria nazionale sulla libertà personale del soggetto da consegnare e quindi la stessa autorità è tenuta a provvedere nei termini di legge tanto a convalidare l'arresto operato dalla polizia quanto a disporre una misura cautelare, se ritenuta necessaria».

³¹ C., Sez. VI, 17.4.2007, Piras, in *Mass. Uff.*, 236378, secondo la quale «Non può essere data esecuzione ad un mandato di arresto europeo emesso esclusivamente per sottoporre la persona richiesta in consegna ad atti di istruzione (nella specie, interrogatori e confronti), perché in tal modo verrebbe impiegato lo strumento coercitivo per finalità investigative, non previste dalla decisione-quadro del 13 giugno 2002 e dalla relativa legge di attuazione del 22 aprile 2005 n. 69».

³² Sul punto v. *amplius* infra sub 9-12.

³³ C., Sez. feriale, 28.8.2008, P.g. in proc. D'Orsi, in *Mass. Uff.*, 240715-716, ove si afferma che «In tema di mandato di arresto europeo, può essere data esecuzione in Italia ad un mandato di arresto europeo emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare la celebrazione del processo penale in assenza dell'imputato. (Nella fattispecie, la legislazione della Grecia, Stato di emissione, prevede, nel caso di ingiustificata assenza dell'imputato al dibattimento, l'applicazione nei suoi confronti della misura cautelare della custodia in carcere)»; C., Sez. feriale, 21.8.2008, Zanotti, in *Guida Dir.*, 2008, n. 41, 60, secondo la quale «Non è in contrasto con i diritti fondamentali dell'ordinamento italiano un mandato d'arresto europeo emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare la celebrazione del processo in assenza dell'imputato». Sul problema della contumacia v. *infra* sub 4.

2. Lo strumento della Decisione quadro

Tale impostazione, a giudizio della Corte di giustizia europea, sarebbe corrispondente agli obiettivi e ai limiti assegnati dall'ordinamento giuridico dell'UE allo strumento normativo della decisione quadro³⁴.

In effetti, le decisioni quadro sono individuate dal TUE come funzionali a conseguire il «*ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri*», nell'ambito della promozione del c.d. «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e, in esso, della «cooperazione giudiziaria penale».

In tale contesto, esse sono «*vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta*» (art. 34, 2° co., lett. b, Trattato UE).

Presupposto della loro legittimità sono: a) l'osservanza dei Trattati; b) il rispetto dei diritti fondamentali «*quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*» (art. 6, 2° co., Trattato UE); c) il rispetto delle Costituzioni nazionali.

Importanti indicazioni provengono proprio dai giudici del Lussemburgo nel rinomato caso Pupino³⁵, i quali, nel delineare i limiti dell'interpretazione

³⁴ Cfr. C. Giust. CE 3.5.2007, n. 303, Ordini avvocati c. Consiglio, causa C-303/05.

³⁵ «*La decisione quadro 2002/584, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, che prevede il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, più nello specifico, delle norme relative alle condizioni, alle procedure e agli effetti della consegna tra autorità nazionali di persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione di sentenze o per sottoporle all'azione penale, non è stata adottata in violazione dell'art. 34, n. 2, lett. b), UE. Infatti, l'art. 34, n. 2, UE, nella parte in cui elenca e definisce, in termini generali, i diversi tipi di strumenti giuridici di cui ci si può avvalere per realizzare gli obiettivi dell'Unione enunciati al Titolo VI del Trattato UE, non può essere interpretato nel senso di escludere che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri mediante l'adozione di una decisione quadro in forza del detto n. 2, lett. b), possa riguardare settori diversi da quelli menzionati all'art. 31, n. 1, lett. e), UE e, in particolare, la materia del mandato d'arresto europeo. Inoltre, l'art. 34, n. 2, UE non stabilisce neanche un ordine di priorità tra i diversi strumenti elencati in tale disposizione. È vero che il mandato d'arresto europeo avrebbe anche potuto essere disciplinato con una convenzione; tuttavia, rientra nella discrezionalità del Consiglio la possibilità di privilegiare lo strumento giuridico della decisione quadro quando siano presenti le condizioni per l'adozione di tale atto. Quest'ultima conclusione non è inficiata dalla circostanza che, in conformità all'art. 31, n. 1, della decisione quadro, a partire dal 1° gennaio 2004 quest'ultima sostituisce, nelle sole relazioni tra gli Stati membri,*

«orientata» e conforme al contenuto di una decisione quadro che il giudice nazionale è obbligato a perseguire, hanno anche contribuito a definire quelli che dovrebbero essere i contenuti delle stesse decisioni quadro; contenuti ai quali non si sottrae pertanto neanche la DQ sul Mae e che, anzi, paiono desumibili dalla stessa decisione, soprattutto se si tiene conto del «Preambolo» alla medesima.

Secondo la Corte di giustizia, tali limiti sono costituiti, in primo luogo, dai «*principi generali del diritto ed in particolare quelli di certezza del diritto e di non retroattività*» particolarmente in materia penale.

Ulteriore limite è quello del «rispetto dei diritti giudiziari fondamentali» che connotano il c.d. processo equo, sulla base dei precetti espressi dall'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti CEDU) e la loro interpretazione giurisprudenziale offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In altri termini, il giudice nazionale, nella prospettiva dell'interpretazione del diritto interno, orientata ad assecondare le previsioni di una certa decisione quadro, non potrebbe «ricostruire» un istituto attribuendogli connotati contrastanti con quei diritti. Dunque, la stessa Corte di giustizia sconsiglierebbe, qui, l'evenienza che sia proprio qualche specifico contenuto della decisione quadro a proporsi in tale contrasto o comunque ad innescarlo e che però spetti all'organo giudicante superarlo nei termini stabiliti.

Altro limite individuato dalla Corte di giustizia è quello costituito dalla «*compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato membro interessato*», nonché, dall'esigenza di non attingere un epilogo che sia impedito dal diritto interno, per cui «*il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla Decisione quadro*».

le corrispondenti disposizioni delle precedenti convenzioni relative all'estradizione elencate in tale disposizione. Qualsiasi altra interpretazione che non trovi sostegno né nell'art. 34, n. 2, UE né in altre disposizioni del Trattato UE rischierebbe di privare dell'aspetto essenziale del suo effetto utile la facoltà riconosciuta al Consiglio di adottare decisioni quadro in settori precedentemente disciplinati da convenzioni internazionali» (C. giust. CE, 3.5.2007, n. 33, causa C-303/05, in www.curia.eu.int).

Si può dunque ritenere che, anche alla luce dell'interpretazione pregiudiziale offerta dalla Corte di giustizia sui contenuti o su singole norme di una decisione quadro, il giudice nazionale si possa e si debba muovere nella prospettiva esegetica di assecondarne gli obiettivi nel massimo grado possibile, senza, tuttavia, porsi in contrasto con il proprio ordinamento e, perciò, o «sfruttando», per così dire, eventuali spazi di discrezionalità per costruire o ricostruire un determinato istituto in modo più conforme a tali obiettivi ovvero, a fronte di prospettabili soluzioni esegetiche alternative, scegliendo quella a essi più vicina³⁶.

3. Il ruolo del «Preambolo» e le «direttive» dallo stesso provenienti sulla tutela dei «diritti fondamentali»: i limiti alla cooperazione giudiziaria penale

Se occorre guardare allo «scopo» delle decisioni quadro, in quella sul Mae —come del resto in tutte quelle che sino ad ora sono state adottate— un ruolo fondamentale è rivestito innanzitutto dal «Preambolo»: i *considerando* in esso contenuti, seppure non sempre tradotti in veri e propri enunciati normativi, costituiscono comunque la premessa logico giuridica su cui poggia il resto del testo della DQ, di modo che non è possibile ravvisare tra i primi ed il secondo un rapporto conflittuale, dovendosi piuttosto ritenere che il raggiungimento dell'obiettivo prefisso non può che essere conseguito tenendo in debito conto la premessa da cui esso trae origine³⁷.

Contrariamente, dunque, a quanto sostenuto da una parte della dottrina³⁸, siamo dell'opinione che nessun depotenziamento subiscano le garanzie contenute nei considerando del Preambolo alla DQ sul Mae, per il fatto

³⁶ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 254; MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 22.

³⁷ Cfr. MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 22; MARZADURI, *sub artt. 1-2*, cit., 64, 67; SELVAGGI, *Dall'estradizione al mandato d'arresto europeo: caratteristiche e prospettive del nuovo sistema di consegna*, in *Quad. CSM*, 2006, 148, 55; BARBE, *Il preambolo della decisione quadro istitutiva del mandato d'arresto europeo*, in BARGIS, SELVAGGI (a cura di), *Mandato di arresto europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, 111; CARDUCCI, *Interrogativi costituzionali sul mandato d'arresto*, in Roza Acuña (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, Padova, 2004, 92; MANACORDA, *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2004, 835.

³⁸ SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2002, 1046.

d'essere state ivi collocate. Del resto —lo si è visto— è la stessa Corte di giustizia ad imporre siffatto itinerario esegetico.

In effetti, l'esame dei contenuti dei considerando del Preambolo rivela uno stretto legame proprio con i principi generali del diritto comunitario, ossia con quei principi che s'impongono gerarchicamente nei confronti della stessa DQ sul Mae³⁹.

A tal proposito, di fondamentale importanza appare il richiamo operato dal considerando 12 del Preambolo, dove si stabilisce che *«La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI [ove si sanciscono il Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47); la Presunzione di innocenza e diritti della difesa (art. 48); i Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49); il Diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (art. 50)] ...»*. In applicazione di tale «direttiva», l'art. 1, 3° co. della stessa DQ stabilisce che *«L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro»*.

Tali statuizioni, lette sinergicamente, contribuiscono a delineare la volontà di riconoscere, proteggere e, al contempo, promuovere, ponendoli al vertice di una ideale «gerarchia», i valori di riferimento dell'Unione europea, fra i quali s'inscrivono i diritti fondamentali ed i principi del giusto processo⁴⁰, e fra i quali, a loro volta, assumono rilievo primario quelli sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai quali l'art. 6 Trattato UE espressamente fa puntuale rinvio⁴¹.

Ne discende che questi devono essere osservati anche —come in questo caso— di fronte all'esigenza, sempre più sentita, di porre in essere un'azione

³⁹ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 64.

⁴⁰ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 64.

⁴¹ GIUNCHEDI, *Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e semplificazione delle procedure di consegna*, in www.foroeuropa.it; DE CAPITANI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il rafforzamento dell'Unione di diritto*, in AMATO, PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, Quaderni di Astrid*, Bologna, 2005, 42; GREVI, *Il «mandato di arresto europeo»*, cit., 123.

comune» in materia giudiziaria penale. La scelta di semplificare ed agevolare le sottostanti procedure —in altri termini— non deve realizzarsi a scapito di quelli che sono i principi giuridici fondamentali dell'UE, fra i quali appunto rientrano a pieno titolo le garanzie della CEDU. Lo dimostra peraltro il continuo richiamo a tali principi effettuato in altri importanti strumenti di cooperazione giudiziaria. Si pensi al considerando 8, Decisione quadro 18.12.2008, n. 2008/278/GAI sul mandato europeo di ricerca delle prove (MER), dove si stabilisce che *«Il principio del riconoscimento reciproco si fonda su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. Per promuovere tale fiducia, la presente decisione quadro dovrebbe contenere importanti garanzie a tutela dei diritti fondamentali»*: assai significativo qui il diretto collegamento tra fiducia e rispetto dei diritti fondamentali; il considerando 27 ripropone poi le stesse «direttive» contenute nel considerando 12 della DQ sul Mae e nell'art. 1, 3° co. della medesima DQ. Ma si pensi altresì al considerando 5 della Decisione quadro 27.11.2008, n. 2008/909/GAI del Consiglio, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali, dove si precisa opportunamente che *«I diritti processuali nei procedimenti penali sono un elemento cruciale per assicurare la fiducia reciproca tra gli Stati membri nell'ambito della cooperazione giudiziaria»*, per poi riprodurre anche qui, al considerando 13, le stesse «direttive» contenute nel considerando 12 della DQ sul Mae e nell'art. 1, 3° co. della medesima DQ. E, si badi, tali richiami alla necessità di rispettare i diritti fondamentali non debbono ritenersi affatto scontati, se è vero che nei preamboli delle prime decisioni quadro ad essi non veniva fatto alcun cenno⁴², segno evidente, dunque, che, nel tempo, l'UE è andata consolidando l'istanza di tutela degli stessi diritti, annettendo alla stessa un valore assolutamente predominante.

E se sul piano dei «moventi» appare qui evidente la volontà di sopperire al «deficit democratico» che sta alla base della creazione dello Spazio giuridico europeo di libertà, sicurezza e giustizia⁴³, su quello più strettamente tecnico ciò si traduce in un primo e significativo limite che riguarda tanto il legislatore europeo, quanto quello nazionale in sede di attuazione degli strumenti di

⁴² Cfr. per esempio il Preambolo della Decisione quadro 26.6.2001, n. 2001/500/GAI, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

⁴³ Come opportunamente osserva DE CAPITANI, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., 44.

cooperazione giudiziaria penale. Limite, poi, che non potrà non trasmettersi al giudice nazionale chiamato a fornire quell'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario di cui parla la Corte di giustizia. In effetti, nella relazione che accompagnava il progetto di DQ sul Mae redatto dalla Commissione europea, fra l'altro, si leggeva: «*infine, e ovviamente, i giudici nazionali rimangono soggetti, nell'emissione e nell'esecuzione dei mandati d'arresto europei, alle norme generali in materia di tutela dei diritti fondamentali e in particolar modo alla Convenzione europea relativa alla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*» (punto 4.4, sub 8).

In quest'ottica, allora, dovrebbe essere ammessa, per esempio, la configurazione di motivi di non esecuzione del Mae non esplicitati nelle disposizioni dell'atto comunitario e riconducibili alle ragioni ostative espresse nel secondo periodo del considerando 12 con la c.d. clausola di non discriminazione e dal considerando 13⁴⁴.

4. La Decisione quadro 26.2.2009, n. 2009/299/GAI di modifica della DQ sul Mae

La massima considerazione per i diritti fondamentali e i principi del giusto processo pare trovare ora ulteriore conferma anche nella recente Decisione quadro 26.2.2009, n. 2009/299/GAI⁴⁵, con la quale si è inteso stabilire: a) «*motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente*»; b) «*precisare la definizione di tali motivi comuni consentendo all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato*» (considerando 4 del relativo Preambolo)⁴⁶.

In particolare, il considerando 1 e il considerando 8 del Preambolo di detta DQ richiamano espressamente «*Il diritto dell'imputato a un processo equo*

⁴⁴ Cfr. MARCHETTI, *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Dir.*, annali II, 1, Milano, 2008, 556; LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Riv. Dir. Int.*, 2003, 38; SELVAGGI, *Dall'estradizione al mandato d'arresto europeo: caratteristiche*, cit., 55; CASSESE, *Mandato d'arresto europeo e Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁵ Pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Ue», 27 marzo n. 2009, L 81, 24.

⁴⁶ Per un primo commento v. CASTELLANETA, *Sentenze in contumacia: Mae senza esecuzione se l'imputato non si è sottratto in modo volontario*, in *Guida Dir.*, 2009, 16, 110.

garantito dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo», contribuendo così a recepire una volta di più le garanzie della CEDU in tema di «equo processo», nell'interpretazione che delle stesse viene fornita dal diritto vivente dei giudici di Strasburgo. E anche se «*I motivi di non riconoscimento*» delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente «*sono opzionali*» (considerando 15 del Preambolo), «*tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri nel recepire tali motivi nella legislazione nazionale è determinata [rectius, limitata] in particolare dal diritto ad un processo equo, tenendo conto dell'obiettivo generale della presente decisione quadro di rafforzare i diritti processuali delle persone e di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale*» (considerando 15, secondo periodo).

Si è previsto così che «*L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato, incluso il diritto di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, non è modificato per effetto della presente decisione quadro e qualsiasi obbligo che incombe alle autorità giudiziarie al riguardo rimane impregiudicato*» (art. 1, 2° co., Decisione quadro 26.2.2009, n. 2009/299/GAI).

5. Primi passi verso la costruzione di una «procedura penale europea»?

Il costante richiamo ai valori e principi fondamentali dell'UE, e, da ultimo, al «*diritto dell'imputato a un processo equo garantito dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*» contribuisce a costruire le basi di un vero e proprio sistema di garanzie minime europee che devono essere riconosciute a tutte le persone implicate in procedimenti penali⁴⁷; ma questo consente anche d'intravedere la volontà di dare vita ad una vera e propria procedura penale europea?

Riteniamo che siano stati posti in essere tutti i presupposti per una risposta positiva all'interrogativo. Tali presupposti sono ormai noti e sono riconducibili, in estrema sintesi, al fatto che la procedura penale europea: 1)

⁴⁷ Cfr. COLELLA, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, in www.forumcostituzionale.it.

non si accontenta dell'intelaiatura processuale accusatoria; 2) rinnega i rituali dell'*inquisitio*; 3) eleva a paradigma ciò che è giusto secondo la giurisprudenza, costante e autorevole, della Corte di Strasburgo⁴⁸. In tale ambito, vi sono principi quali l'imparzialità del giudicante, il rispetto della persona dell'imputato, la pubblicità, almeno in generale, delle udienze e l'inviolabilità della difesa che sono ormai indefettibili per ogni Paese che voglia operare a pieno titolo nella comunità internazionale⁴⁹.

La configurazione d'un qualcosa di più, per ora, appare ancora di là da venire, si presenta piuttosto come una prospettiva, la cui realizzazione concreta si dimostra tutt'altro che agevole. Ed è questo un po' il limite della normativa europea: è indubbio che la cooperazione giudiziaria sia stata potenziata, rendendo più veloce, attraverso il Mae, il trasferimento della persona condannata o in attesa di giudizio, ma a tanto si è giunti senza prima preoccuparsi di avvicinare e armonizzare adeguatamente le regole del processo, finendosi, così, per andare incontro ad un rischio di non poco momento: il moltiplicarsi delle disparità di trattamento processuale cui un individuo può essere sottoposto a seconda dello Stato nel quale viene arrestato e a seconda della sua nazionalità⁵⁰.

In effetti, sebbene non sia richiesto un modello «unico e infungibile», l'essenziale è che ovunque, proprio ovunque, sia uniforme il trattamento riservato alla persona accusata, sia rispettoso cioè di quel diritto ad un equo

⁴⁸ Così nella ricostruzione proposta da BUZZELLI, *Processo penale*, cit., 711.

⁴⁹ UBERTIS, *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *Enc. Dir.*, annali II, 1, Milano, 2008, 421.

⁵⁰ La problematica è affrontata variamente in dottrina: v. MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 91; DEDOLA, *Il difficile itinerario verso una decisione-quadro sui diritti e le garanzie procedurali per indagati e imputati*, in FILIPPI (a cura di), *Equo processo normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, 2006, 159; GAITO, *Osservazioni propositive sul libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, in www.foro.europa.it; Id., *Osservazioni propositive sul libro verde sulla presunzione di non colpevolezza*, in www.foro.europa.it; FRIGO, *Uno strumento senza efficacia diretta*, in *Guida Dir.*, 2005, n. 19, 68; FROSINI, *Subito una procedura penale comune*, in *Guida Dir.*, 2005, n. 19, 74; MONETTI, SALAZAR, *Proposte specifiche in tema di cooperazione penale e di garanzie processuali*, in AMATO, PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, Quaderni di Astrid*, Bologna, 2005, 117; PISANI M. M., *Problemi costituzionali relativi all'applicazione del mandato d'arresto europeo negli Stati membri*, in www.federalismi.it, 2005, 15, 1; DINACCI, *Mandato d'arresto europeo, libertà personale e principio di eguaglianza*, in ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, Padova, 2004, 37; BARLETTA, *La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: il dibattito, l'impatto e le prospettive dell'adeguamento*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

processo sancito dall'art. 6 CEDU⁵¹. È un fatto, per esempio, che la necessità di regole processuali minime condivise a livello europeo sia stata avvertita fin da subito: proprio nel momento in cui avveniva l'adozione della DQ sul Mae, la Commissione europea aveva appena diffuso un documento⁵² che conteneva una sorta di *summa* delle garanzie minime che —secondo la Commissione stessa— avrebbero dovuto essere riconosciute a tutte le persone implicate in procedimenti penali. In modo estremamente sintetico si può dire che si tratta: a) della «dichiarazione dei diritti», sui cui contenuti le persone implicate nei procedimenti devono essere tempestivamente informate; b) delle disposizioni speciali relative alle persone «vulnerabili», nozione che include non solo gli handicappati mentali e certi handicappati fisici, i minori, le madri di figli infanti e gli analfabeti, ma anche gli stranieri e non solo in relazione ad eventuali difficoltà linguistiche; c) della presunzione di innocenza; d) del diritto di avvertire qualcuno della propria detenzione; e) del diritto ad un legale; f) del diritto alla lingua; g) del diritto alla libertà provvisoria; h) del diritto a non dover testimoniare contro se stesso; i) del diritto ad un trattamento equo per quanto riguarda la raccolta e l'utilizzazione degli elementi di prova; j) del diritto ad un controllo giurisdizionale delle decisioni e ad una procedura di ricorso; k) del rispetto di certi *standard* nel trattamento carcerario; l) del principio del *ne bis in idem*; m) dei limiti alla procedura *in absentia*⁵³. La stessa Commissione, nel febbraio 2003, realizzava il Libro verde sulle «*garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione Europea*»⁵⁴, al quale, però, seguì solamente la proposta del Consiglio del 28.4.2004⁵⁵; l'obiettivo dichiarato era di giungere «*alla creazione di norme e di livelli minimi comuni di garanzie procedurali in tutti gli stati membri*» (punto 1.6 Libro verde), tenendo conto che «*il rispetto di un livello minimo comune di protezione dei diritti individuali è necessario per riequilibrare le misure adottate in materia di cooperazione giudiziaria che ampliano i poteri del pubblico ministero, dei tribunali e dei funzionari inquirenti*» (punto 1.4. Libro

⁵¹ BUZZELLI, *Processo penale*, cit., 705.

⁵² «*Document de consultation de la DG Justice et affaires intérieures – Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales*».

⁵³ DEDOLA, *Il difficile itinerario*, cit., 164; MONETTI, SALAZAR, *Proposte specifiche*, cit., 117; MONETTI, *Strumenti di cooperazione e garanzie processuali*, in *www.lex.unict.it*.

⁵⁴ Consultabile alla pagina internet http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/criminal/recognition/docs/gp_proc_safeguards_en.pdf.

⁵⁵ Consultabile alla pagina internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004PC0328:FR:NOT>.

verde)⁵⁶. Una robusta conferma in tale direzione deriva dal successivo Trattato per la Costituzione europea del 29.10.2004⁵⁷, che, in effetti, non considera affatto il mutuo riconoscimento come l'unico sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale. L'art. III-271, § 1 dice che tale cooperazione «è fondata» sul riconoscimento reciproco, ma «*include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al § 2 e all'art. III-271*». In particolare, l'art. III-270, § 2, per «*facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali che presentano una dimensione transnazionale*», attribuisce a una legge quadro il potere di stabilire norme minime su ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, diritti della persona nella procedura penale, diritti delle vittime della criminalità, altri elementi specifici della procedura penale, salvo —«*clausola di non regressione*»— il potere degli Stati membri «*di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela dei diritti della persona nella procedura penale*»⁵⁸.

Il processo di trasformazione dunque sembra essere stato avviato; è un fatto però che ancora non sia stato compiuto un passo decisivo nella direzione della creazione di una procedura penale europea e ciò è negativo, perché finisce per dare vita ad un'«imperfetta cooperazione giudiziaria», che non agevola affatto l'azione di contrasto della criminalità⁵⁹. Anche se, come rilevato da alcuni⁶⁰, proprio l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento può costituire fattore di stimolo all'omologazione delle regole interne ai singoli Stati e tale omologazione difficilmente potrà raggiungere risultati che vedano negare alla singole compagini statuali le caratteristiche storicamente fondanti il proprio ordinamento. Il che —vedremo— sembra aver dato vita nel Preambolo alla DQ sul Mae, così come nei Preamboli di altre DQ, alla c.d. clausola di non regressione. Ed è questo un primo punto fermo. Se si tiene conto di ciò, l'opzione preferibile diventa quella di una lettura sinergica e complementare (non antagonista) della garanzie processuali interne e sovranazionali,

⁵⁶ DEDOLA, *Il difficile itinerario*, cit., 161.

⁵⁷ Vedi RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei «controlimiti» e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁸ PINELLI, *Appunto per il gruppo di lavoro sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in www.astrid-online.it.

⁵⁹ Così BUZZELLI, *Processo penale*, cit., 708.

⁶⁰ MANZIONE, *Decisione-quadro e legge di attuazione*, cit., 5.

nell'applicazione che delle stesse vien fatta dalle varie Corti nazionali ed europee; prima fra tutte la Corte europea dei diritti dell'uomo, posto che un vero spazio europeo di libertà, di sicurezza e di giustizia si alimenta di quella prassi omogenea che solo la Corte di Strasburgo —garante del rispetto della Convenzione— può assicurare⁶¹. Tale lettura è appunto imposta, quanto al Mae, anche dal ridetto Preambolo alla DQ, come ora modificata dalla Decisione quadro 26.2.2009, n. 2009/299/GAI.

Attraverso la stessa urge rimediare, per esempio, ad alcuni rilevanti vuoti della disciplina predisposta dalla DQ sul Mae soprattutto in tema di diritti dell'arrestato a preparare la difesa e, più in generale, di ruolo stesso della difesa⁶².

Laddove, poi, la stessa lettura risulti del tutto impraticabile, di fronte ad un insanabile contrasto, difficilmente si potrebbe evitare una soluzione simile a quella già adottata dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, nel caso Darkanzanli⁶³: in quell'occasione, i giudici tedeschi, nel dichiarare incostituzionale l'intera disciplina attuativa nazionale per contrasto con i principi costituzionali di quell'ordinamento, non mancarono di rilevare come la lotta alla criminalità organizzata e transfrontaliera non possa essere condotta a detrimento delle libertà pubbliche e dei diritti fondamentali⁶⁴.

6. La «clausola di non regressione» del considerando 12 del Preambolo alla DQ sul Mae e i «principi supremi dell'ordinamento costituzionale» e «del giusto processo»: verso il superamento della dottrina dei «controlimiti» al primato del diritto comunitario

Del problema della mancanza di un sistema processuale comune sembra essersi fatta carico proprio la DQ sul Mae: il cpv. del considerando 12 del ridetto Preambolo prevede una quanto mai opportuna «riserva di

⁶¹ BUZZELLI, *Processo penale*, cit., 705.

⁶² VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, 150. Rilevanti profili pratici a tal proposito sono segnalati, per esempio, dall'Unione delle Camere Penali Italiane: v. punto n. 7 del verbale della riunione del 26.3.2009 dell'*Osservatorio Europa*, in www.media.camerepenali.it.

⁶³ Vedi Tribunale Costituzionale Federale tedesco, 18.7.2005, BverfG, 2 BvR, causa 2236/04.

⁶⁴ In dottrina v. PISANI M. M., *Problemi costituzionali*, cit., 1; RANALDI, *Il caso Darkanzanli: rilievi «a margine» della sentenza del tribunale costituzionale tedesco in tema di mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, in www.federalismi.it.

salvaguardia delle norme costituzionali nazionali sul giusto processo», ossia, un sorta di «clausola di non regressione», in base alla quale, testualmente, «*La presente decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione*».

L'importanza di tale meccanismo di salvaguardia nell'ottica della creazione di un sistema processuale comune europeo è testimoniata peraltro dalla Relazione finale recante una proposta di raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio su norme minime in materia garanzie procedurali —relatore Salvador Hernandez— depositata il 23.10.2003, che al punto 3 afferma: « ... *tale decisione quadro [sulle norme minime in materia garanzie procedurali] dovrebbe includere una clausola antiregressione, in modo che gli Stati membri siano incoraggiati ad applicare norme nazionali ad un livello più elevato e non possano utilizzare l'istituzione di norme minime comuni a livello dell'UE quale pretesto per svalutare le esistenti norme nazionali; ritiene che queste norme minime comuni dovrebbero essere considerate come una realizzazione che può essere migliorata ma non ridotta e formulate in modo tale da restringere il più possibile il margine di interpretazione*⁶⁵.

Tale riserva, dunque, dimostra secondo alcuni⁶⁶ come ciascun modello può e deve essere preservato, specie quelli che propongono (come in Italia), una tutela di grado alto, quale risulta dal «nuovo» art. 111 Cost.⁶⁷, in

⁶⁵ Il richiamo è effettuato da DEDOLA, *Il difficile itinerario*, cit., 168.

⁶⁶ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 255.

⁶⁷ L'art. 111 Cost., dopo le modifiche introdotte dall'art. 1 della L. cost. 23.11.1999, n. 2, è il seguente: «*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

sinergismo —tra le altre— con le previsioni dell'art. 13 della medesima Cost.⁶⁸ in tema di libertà personale. Accade così che la legge d'attuazione italiana predisponga una forma di controllo sul Mae non prevista dalla DQ⁶⁹, ma che, viceversa è imposta dalla Carta fondamentale italiana, rappresentata dalla necessaria ricorribilità per cassazione dei provvedimenti che decidono sulla consegna della persona interessata⁷⁰.

Ma, a parte ciò, tale riserva —a nostro avviso— contribuisce (e forse ha contribuito per quanto riguarda la legge italiana d'attuazione) a far compiere un passo ulteriore. Simile impostazione, a ben vedere, sembra porsi perfettamente in linea con le «direttive» europee, dal momento che le norme costituzionali dei singoli Stati membri relative al “giusto processo”, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione non possono non coincidere con quei principi generali del diritto comunitario sui quali il Trattato UE e lo stesso Preambolo della DQ sul Mae dichiaratamente si fondano⁷¹. Come si ricorda in dottrina⁷², durante i lavori preparatori della DQ sul Mae, alcuni

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

⁶⁸ L'art. 13 Cost. stabilisce che «La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

⁶⁹ Denuncia il deficit della fonte europea VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo*, cit., 150.

⁷⁰ In proposito, v. GALANTINI, *L'adattamento del mandato di arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. Pen.*, 2005, 4086.

⁷¹ Cfr. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, VII, 1, Torino, 2005, 190.

⁷² LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, 47.

Stati avevano chiesto che fosse previsto un motivo di non esecuzione basato sul contrasto con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione o sull'ordine pubblico, ma dette proposte non furono accolte dalle altre delegazioni, perché ritenute già comprese nella clausola sui diritti fondamentali. Segno dunque che a livello europeo sussiste la piena consapevolezza di una sorta di processo «osmotico» tra i principi fondamentali dei singoli Stati membri e quelli dell'UE.

Anche la ridetta Relazione finale recante una proposta di raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio del 23.10.2003, al punto 27, osserva: «*tenuto conto che uno o più Stati garantiscono livelli superiori a quelli «minimi» comuni, ritiene necessario che le garanzie «minime» europee non siano semplicemente quelle comuni a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, ma si riferiscano a quelle che (ancorché proprie di un singolo sistema giuridico costituzionale) tutelano ovvero specificano maggiormente i diritti fondamentali dell'imputato alla luce delle tradizioni dei diversi Stati*»⁷³.

E non è un caso che identiche clausole di non regressione compaiono in altri importanti strumenti di cooperazione⁷⁴.

Del resto, questa forma di condivisione di poteri tra livello sopranazionale e livello nazionale pare richiamare da vicino la prospettiva al cui interno la Costituzione per l'Europa ha previsto la realizzazione nell'Unione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, realizzazione che deve avvenire «*nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridiche degli Stati membri*» (art. III-257), i quali, nell'ambito specifico della cooperazione giudiziaria in materia penale, possono «*mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone*» (art. III-270)⁷⁵.

Prospettiva, invero, che i giudici di Lussemburgo avevano coltivato già molto tempo prima dell'avvento del Mae⁷⁶. E nella medesima, forse, non è

⁷³ Anche questo richiamo è opportunamente effettuato da DEDOLA, *Il difficile itinerario*, cit., 170.

⁷⁴ Cfr. considerando 28 del Preambolo della Decisione quadro 18.12.2008, n. 2008/278/GAI; considerando 14 del Preambolo della Decisione quadro 27.11.2008, n. 2008/909/GAI; considerando 11 del Preambolo della Decisione quadro 24.2.2005, n. 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato; cfr. altresì per una parallela clausola generale di salvaguardia l'art. 53 CEDU.

⁷⁵ MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 66.

⁷⁶ «*La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza*» (C. giust. CE, 17.12.1970, Internationale Handelsgesellschaft, causa 11/70, in RU 1970, 1135).

nemmeno casuale che non si sia ancora registrato un caso di norma comunitaria bloccata a causa dell'incompatibilità coi principi base dell'ordinamento⁷⁷.

Il legislatore italiano, da parte sua, chiamato a dare attuazione alle scelte politiche provenienti dall'Europa nell'ambito della promozione del c.d. «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (come ribadito nell'*incipit* dell'art. 1 L. n. 69 del 2005), sembra non aver fatto altro che assecondare simile imposizione, e aver cercato di assolvere al delicato compito di stabilire la natura dei rapporti tra i contenuti della DQ sul Mae e le garanzie stabilite a livello costituzionale e pattizio in materia di diritti dell'individuo proprio nella redazione delle «disposizioni di principio». La questione —come si ricorda in dottrina⁷⁸— doveva coinvolgere essenzialmente il profilo riguardante la verifica della possibile violazione dei diritti del ricercato nello Stato di emissione, senza però giungere al punto di configurare una sorta di giudizio di appello sulle decisioni giudiziarie straniere poste a fondamento dei mandati di arresto europei.

La soluzione adottata a livello nazionale, allora, ci sembra sia stata un po' quella di seguire l'impostazione della stessa DQ sul Mae: come l'Europa ha voluto riaffermare i propri limiti nell'azione comune contro il crimine, individuandoli nei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, così, la disposizione normativa in commento, dopo aver ribadito il ruolo della legge quale necessario strumento di attuazione delle scelte europee in materia, prosegue anch'essa delineando, a sua volta, i «limiti» dell'intervento normativo: l'attuazione —si afferma— deve avvenire «nei limiti in cui tali disposizioni non s[ia]no incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo». È palese che in questo quadro di riferimento stanno, in particolare, i precetti espressi dagli artt. 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 24, 25, 26, 27, 101, 111 Cost. italiana⁷⁹.

Il richiamo ai «principi supremi dell'ordinamento costituzionale», poi, è degno della massima considerazione, poiché s'inserisce correttamente in

⁷⁷ RUGGERI, *Quale Costituzione per l'Europa?*, in *Itinerari* di una ricerca sul sistema delle fonti, VIII, Torino, 2005, 47.

⁷⁸ MARZADURI, *sub artt. 1-2*, cit., 73.

⁷⁹ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 261.

quel processo «osmotico» tra i principi fondamentali dei singoli Stati membri e quelli dell'UE cui dianzi si faceva cenno.

Intanto, simile locuzione compare in termini inediti in un testo normativo italiano: ad essi, invero, ha sporadicamente fatto riferimento il giudice delle leggi, ora quale limite alla revisione costituzionale, ora quale ostacolo all'introduzione nell'ordinamento italiano di disposizioni che quei principi violano⁸⁰. La loro espressa menzione a livello legislativo rappresenta dunque un primo aspetto d'interesse.

Quanto poi al significato della locuzione, si era osservato in dottrina⁸¹ —ben prima dell'avvento dell'odierna legge— come i «principi supremi» costituiscono espressione di valori (*in apicibus* la centralità della persona umana) che non caratterizzano più un solo Stato nei confronti dell'altro, bensì sono comuni a tutti quegli Stati che fanno parte della comunità civile e democratica e che, se violati, non possono non comportare «la cacciata dalla comunità delle nazioni». Nell'ambito di questi, il carattere supremo è stato attribuito, fra l'altro, al diritto di difesa in giudizio⁸². Ora, lo stesso carattere viene attribuito *ex professo* oltre che ai «diritti fondamentali», e ai «diritti di libertà», anche —ed ecco forse la vera novità— al «giusto processo»⁸³. Tale circostanza —contrariamente a quanto parte della giurisprudenza di legittimità mostra di ritenere⁸⁴— pare tutt'altro che un «pleonasma»; essa sembra configurare, piuttosto, una sorta d'«interpretazione autentica», per cui d'ora in avanti non potrà più mettersi in discussione che: a) anche il giusto processo fa parte dei principi supremi dell'ordinamento; b) la violazione dei suoi canoni è d'ostacolo a qualsivoglia forma di cooperazione giudiziaria.

Insomma, la «direttiva» contenuta nell'art. 1 L. n. 69 del 2005 ci sembra contribuisca non poco a chiudere il cerchio in ordine alla *vexata quaestio* dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno: lungi dal voler approfondire il solco tra i due ordinamenti, essa dovrebbe contribuire vieppiù alla loro

⁸⁰ MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. Dir.*, annali II, 2, Milano, 2008, 194.

⁸¹ CARAVITA, *Principi supremi, principi supercostituzionali o principi comuni?*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, 243.

⁸² MORRONE, *Bilanciamento*, cit., 194; CARAVITA, *Principi supremi*, cit., 243.

⁸³ Cfr. MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 76; CASSETTI, *Mandato di arresto europeo: il commento alla legge. Profili costituzionali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 812.

⁸⁴ C., Sez. VI, 23.9.2005, Ilie, in *Giur. It.*, 2006, 128, con nota di TIBERI, *Esecuzione del mandato d'arresto europeo e standard dei controlli interni*, in motivazione.

reciproca integrazione, almeno sul piano dell'affermazione delle garanzie fondamentali e del loro condiviso rispetto in ambito europeo. Se così è, non dovrebbe più farsi questione sul se l'ordinamento italiano garantisca in termini più penetranti il diritto di libertà piuttosto che la difesa in giudizio rispetto all'ordinamento europeo: di certo, l'implementazione di quest'ultimo sul piano della cooperazione giudiziaria non potrà corrispondere ad un cedimento o, peggio, ad un arretramento dei primi, pena — ed è questo il punto — la sua stessa negazione⁸⁵. Detto altrimenti: cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti fondamentali possono essere posti sullo stesso piano solo nella misura in cui l'efficienza ed efficacia della prima proceda di pari passo all'affermazione e al rispetto dei secondi; lo dice chiaramente la DQ sul Mae nel ridetto Preambolo. Ne discende che i due elementi non dovrebbero essere nemmeno considerati valori confliggenti o potenzialmente tali e dunque suscettibili di «bilanciamento». *Et pour cause*, se i principi supremi dell'ordinamento costituzionale coincidono con quelli affermati nel Trattato UE e nel Preambolo della Decisione quadro sul Mae, dovrebbe ritenersi anche superato il problema dei c.d. controlimiti alle norme comunitarie, che — erroneamente, a nostro avviso — tende a porre in termini antagonisti il rapporto del diritto comunitario con quello nazionale e che ha influenzato non poco il dibattito in seno ai lavori preparatori della legge attuativa della DQ sul Mae⁸⁶.

Condivisibile pertanto l'opinione di chi osserva come non sembri contestabile, su di un piano formale, l'impostazione seguita nella redazione della disposizione da parte del legislatore italiano, accusato, quindi, senza fondato motivo di aver invertito la gerarchia delle fonti normative, solo perché ha evidenziato con la formula in esame i limiti entro i quali potrà essere data attuazione alla DQ. Ed anzi non si può fare a meno di rilevare — continua tale dottrina — come con l'art. I-5 della Costituzione europea il richiamo al rispetto dell'identità nazionale degli stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, costituzionale e politica, possa ben intendersi alla stregua di una concessione o un riconoscimento nei confronti delle Corti costituzionali nazionali che hanno caparbiamente fatto quadrato intorno al nucleo fondamentale delle Costituzioni nazionali, tanto da far concludere per l'avvenuto superamento della contrapposizione tra il principio di supremazia

⁸⁵ CARAVITA, *Principi supremi*, cit., 243.

⁸⁶ Cfr. MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 73.

e la dottrina dei c.d. controlimiti, a seguito dell'«europeizzazione» di quest'ultimi⁸⁷.

Che questa sia l'impostazione da preferire ci pare ora dimostrato dal più recente orientamento del giudice delle leggi italiano⁸⁸, secondo il quale: a) è vero che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza; b) è vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 Trattato UE e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo; c) la

⁸⁷ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 72, che richiama CARTABIA, «Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali», in *Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, Relazione al Convegno della Fondazione Cesifin, Firenze, 18.2.2005, in *www.giustamm.it*, 3, 10, e CELOTTO, GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 1309.

⁸⁸ C. Cost. 3.7.2007, n. 349, in *Giur. It.*, 2008, 309, 565 e 831, secondo la quale «In base all'art. 117 comma 1º, Cost, come modificato dall'art. 2, L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, non può attribuirsi rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, derivando dallo stesso l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali — e tra queste la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), alla quale deve riconoscersi una peculiare rilevanza in considerazione del suo contenuto —, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117 comma 1º, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, il quale realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, che dà così vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro. Peraltro, posto che la CEDU presenta, rispetto alla generalità degli accordi internazionali, la peculiarità consistente in ciò che la definitiva uniformità della sua applicazione è garantita dall'interpretazione centralizzata attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, il giudice comune deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e, qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", deve proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117 comma 1º, Cost. In tal caso, la Corte costituzionale, deve accertare la sussistenza del denunciato contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana, vendicando la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione, così risultando realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa».

giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma; d) tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie —[come quella del Mae]— alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali⁸⁹.

Quali le ricadute? Una prima questione concerne il disposto di cui al 3° co. dell'art. 1 L. n. 69 del 2005⁹⁰.

7. La necessità di un provvedimento motivato sottoscritto dal giudice

Nel presentare i contenuti del 3° co. dell'art. 1 della L. n. 69 del 2005 all'Assemblea della Camera dei deputati, il relatore per la maggioranza della Commissione Giustizia aveva sostenuto che essi costituivano null'altro che l'esplicitazione di quanto sancito dal 1° co. dell'art. 1 della legge d'attuazione⁹¹.

Scopo della disposizione normativa sarebbe da rinvenire nell'intento di fare in modo che sia un atto giurisdizionale a decidere della libertà personale di un cittadino od anche di uno straniero che si trovi sotto la protezione dello Stato italiano e non un atto emesso da un pubblico ministero, organo che è parte del processo e che, all'interno del sistema europeo dipende spesso dal potere esecutivo⁹².

Nella redazione di tale disposizione normativa sembrerebbe aver pesato il parere rilasciato dalla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sul testo originario della p.d.l. C.4246, parere che aveva rilevato la presenza nella DQ sul Mae di lesioni dei principi costituzionali che non avrebbero potuto trovare copertura nel disposto dell'art. 11 Cost.⁹³: con

⁸⁹ Cfr. C. Giust. CE 18.6.1991, C-260/89.

⁹⁰ Vedine il testo *supra sub* nota 3.

⁹¹ Cfr. relazione on. Pecorella, in Atti Camera, Assemblea, sed. 19.4.2004 n. 452, 11.

⁹² Così intervento on. Pecorella, in Atti Camera, Assemblea, sed. 6.5.2004 n. 463, 4.

⁹³ L'art. 11 Cost. stabilisce che «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in

particolare riferimento alla disciplina della libertà personale, si censurava l'incompatibilità con il dettato costituzionale (artt. 13, 24 e 111 Cost.)⁹⁴ del provvedimento restrittivo del giudice italiano che avesse tratto origine da un mandato d'arresto europeo immotivato.

Secondo alcuni⁹⁵, ci troveremmo, invece, di fronte alla conferma che l'adeguamento da parte del legislatore italiano alla DQ sul Mae potrebbe essere stato soltanto parziale; infatti —ricorda la stessa dottrina— in sede di negoziato il Governo italiano aveva dichiarato che «*per dare attuazione alla decisione quadro sul mandato di cattura europeo il Governo italiano dovrà avviare le procedure di diritto interno per rendere la decisione quadro stessa compatibile con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali*».

Ad ogni modo, la lettura scaturente dai lavori preparatori, unitamente al disposto normativo, presterebbe il fianco a diverse obiezioni: a) l'art. 13, 2º co. Cost. riferisce il potere di disporre della libertà personale all'autorità giudiziaria e non solo all'autorità giurisdizionale⁹⁶; b) il provvedimento restrittivo non potrebbe essere in alcun modo individuato in quello cautelare adottato dallo Stato di emissione, che costituirebbe solamente il presupposto per la presentazione del Mae, il quale, a sua volta, quale semplice richiesta d'arresto, non sarebbe idoneo di per sé a provocare alcuna restrizione della libertà personale, da riconnettere invece al provvedimento disposto dalla corte d'appello nazionale, ai sensi degli artt. 9 e 17 della legge di attuazione⁹⁷.

condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

⁹⁴ A norma dell'art. 24 Cost. «*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

⁹⁵ MARCHETTI, *Mandato d'arresto*, cit., 541.

⁹⁶ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 81; MARCHETTI, *Mandato d'arresto*, cit., 541.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 9 della L. n. 69 del 2005 «*1. Salvo i casi previsti dall'articolo 11, il Ministro della giustizia, ricevuto il mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità competente di uno Stato membro, lo trasmette senza ritardo al presidente della corte di appello, competente ai sensi dell'articolo 5. Il presidente della corte di appello dà immediata comunicazione al procuratore generale del mandato d'arresto europeo, procedendo direttamente, o tramite delega ad altro magistrato della corte, agli adempimenti di sua competenza. Il presidente della*

Pertanto, sarà con riguardo a quest'ultimo che si dovrà assicurare la compatibilità con le disposizioni costituzionali⁹⁸; c) la sindacabilità delle valutazioni straniere sulla responsabilità (art. 17, 4° co. L. n. 69 del 2005) potrà comunque aversi anche se il provvedimento coercitivo originario non è stato emesso da un giudice o non è motivato, dal momento che saranno le autorità richiedenti a fornire le informazioni e la documentazione eventualmente ritenute necessarie dall'autorità giurisdizionale italiana per decidere sulla

corte di appello procede con le stesse modalità nelle ipotesi in cui il mandato d'arresto e la relativa documentazione di cui all'articolo 6 sono stati trasmessi direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione. 2. Il presidente, nel caso in cui insorgano difficoltà relative alla ricezione o alla autenticità dei documenti trasmessi dall'autorità giudiziaria straniera, prende contatti diretti con questa al fine di risolverle. 3. Il presidente, nel caso in cui sia manifestamente competente altra corte di appello ai sensi dell'articolo 5, commi 3, 4 e 5, provvede senza indugio alla trasmissione del mandato d'arresto ricevuto. 4. Il presidente, compiuti gli adempimenti urgenti, riunisce la corte di appello che, sentito il procuratore generale, procede, con ordinanza motivata, a pena di nullità, all'applicazione della misura coercitiva, se ritenuta necessaria, tenendo conto in particolare dell'esigenza di garantire che la persona della quale è richiesta la consegna non si sottragga alla stessa. 5. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del titolo I del libro IV del codice di procedura penale, in materia di misure cautelari personali, fatta eccezione per gli articoli 273, commi 1 e 1-bis, 274, comma 1, lettere a) e c), e 280. 6. Le misure coercitive non possono essere disposte se vi sono ragioni per ritenere che sussistono cause ostative alla consegna. 7. Si applicano le disposizioni dell'articolo 719 del codice di procedura penale»; l'art. 17 stabilisce altresì che «1. Salvo quanto previsto dall'articolo 14, la corte di appello decide con sentenza in camera di consiglio sull'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta di consegna, sentiti il procuratore generale, il difensore, e, se compare, la persona richiesta in consegna, nonché, se presente, il rappresentante dello Stato richiedente. 2. La decisione deve essere emessa entro il termine di sessanta giorni dall'esecuzione della misura cautelare di cui agli articoli 9 e 13. Ove, per cause di forza maggiore, sia ravvisata l'impossibilità di rispettare tali termini il presidente della corte di appello informa dei motivi il Ministro della giustizia, che ne dà comunicazione allo Stato richiedente, anche tramite l'Eurojust. In questo caso i termini possono essere prorogati di trenta giorni. 3. Nel caso in cui la persona ricercata benefici di una immunità riconosciuta dall'ordinamento italiano, il termine per la decisione comincia a decorrere solo se e a partire dal giorno in cui la corte di appello è stata informata del fatto che l'immunità non opera più. Se la decisione sulla esclusione dell'immunità compete a un organo dello Stato italiano, la corte provvede a inoltrare la richiesta. 4. In assenza di cause ostative la corte di appello pronuncia sentenza con cui dispone la consegna della persona ricercata se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna. 5. Quando la decisione è contraria alla consegna, la corte di appello con la sentenza revoca immediatamente le misure cautelari applicate. 6. Della sentenza è data, al termine della camera di consiglio, immediata lettura. La lettura equivale a notificazione alle parti, anche se non presenti, che hanno diritto ad ottenere copia del provvedimento. 7. La sentenza è immediatamente comunicata, anche a mezzo telefax, al Ministro della giustizia, che provvede ad informare le competenti autorità dello Stato membro di emissione ed altresì, quando la decisione è di accoglimento, il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia».

⁹⁸ Così MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 81.

sorte del ricercato (art. 16, 1º co.)⁹⁹; d) l'esigenza della motivazione del provvedimento cautelare sembra doversi ritenere non soddisfatta solo nei casi di carenza materiale o di manifesta inadeguatezza strutturale (arg. dall'art. 18, lett. t)¹⁰⁰, non individuandosi alcuna possibilità di estendere il sindacato italiano sulla congruità o meno dei criteri seguiti dall'autorità giudiziaria emittente¹⁰¹; e) la condizione stabilita dal 3º co. dell'art. 1 L. n. 69 del 2005 si caratterizzerebbe per l'assoluta estraneità alle tradizionali logiche desumibili dalle previsioni in tema di estradizione, poiché verrebbe a subordinare l'effettività della collaborazione giudiziaria tra gli Stati dell'UE ad un'esigenza di omogeneità di disciplina con il nostro ordinamento che non appare giustificabile alla luce degli spazi applicativi riconducibili all'art. 1, 1º co., della medesima legge quanto piuttosto a quelli del successivo art. 2¹⁰²; f) nell'individuazione dei casi che potranno legittimare il rifiuto di consegna sul piano dell'eterogeneità delle garanzie processuali, non si potrà fare a meno di partire dalla premessa rappresentata dall'importanza delle forme di collaborazione internazionale per la tutela della giustizia: valore che si collocherebbe senza dubbio ai più alti livelli dell'ordinamento, anche laddove, come invece sembra avvenire per il Mae, non possa apprezzarsi un rapporto diretto con l'art. 11 Cost.¹⁰³.

Tuttavia, tali non trascurabili rilievi sembrano muoversi nell'alveo delle tradizionali logiche desumibili dalle previsioni in tema di estradizione. Mentre, proprio nel momento in cui la cooperazione giudiziaria internazionale si manifesta attraverso rapporti diretti fra autorità giudiziarie senza più filtri governativi, la prospettiva dell'interprete dovrebbe essere completamente

⁹⁹ Ancora MARZADURI, sub *artt. 1-2*, cit., 82. Per il testo dell'art. 16 L. n. 69 del 2005 v. *supra* sub nota 11.

¹⁰⁰ L'art. 18, lett. t L. n. 69 del 2005 stabilisce che «1. La corte di appello rifiuta la consegna nei seguenti casi:

... t) se il provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso risulta mancante di motivazione ... ».

¹⁰¹ SCALFATI, *La procedura passiva di consegna*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 948.

¹⁰² MARZADURI, sub *artt. 1-2*, cit., 87; MOSCARINI, *Le condizioni processuali per eseguire il mandato d'arresto europeo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 961. Sul commento all'art. 2 della legge d'attuazione torneremo *infra* sub 9 - 12.

¹⁰³ MARZADURI, sub *artt. 1-2*, cit., 84; MARCHETTI, *Mandato d'arresto*, cit., 541; BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo: aspetti processuali problematici della normativa di attuazione italiana*, in *Studi di diritto processuale penale*, II, *Questioni europee e «ricadute» italiane*, Torino, 2007, 201; SELVAGGI, *La sovrapposizione all'extradizione non cancella le incertezze applicative*, in *Guida Dir.*, 2005, 19, 66.

rovesciata¹⁰⁴. Infatti, se si sposta l'attenzione su quello che potremmo definire l'antefatto, e cioè, su quella che è stata ribattezzata come europeizzazione dei «controlimiti», ossia, su quel processo di reciproca integrazione e, ad un tempo, di armonizzazione delle tradizioni costituzionali dei vari Stati membri con i principi fondamentali dell'UE, al quale s'è fatto cenno nel paragrafo che precede e che è stato posto a base della stessa disciplina sul Mae, quegli stessi rilievi possono essere superati e comunque sdrammatizzati.

A ben vedere, in effetti, è proprio il Preambolo alla DQ sul Mae che subordina (o, quanto meno, sembra sollecitare l'interprete in tal senso) l'effettività della collaborazione giudiziaria all'interno dell'UE al rispetto dei diritti fondamentali, fra i quali non si può negare che figurino anche quello al "giusto processo". Ne discende che la criticata pretesa di omogeneità di disciplina con il nostro ordinamento, così come con quello degli altri Stati membri, non sembra costituire un obiettivo tanto distante dalla stessa DQ. Tanto più che il considerando 12 del Preambolo alla medesima prevede una ben precisa clausola di non regressione afferente proprio ai principi del giusto processo¹⁰⁵. Peraltro, è pure legittimo dubitare —ne abbiamo fatto cenno *supra sub 1*— che il principio del mutuo riconoscimento, di matrice giurisprudenziale, sia in grado di prevalere su simili parametri legali.

In quest'ottica, dunque, potrebbe diventare assai più agevole spiegare la collocazione delle garanzie contemplate nell'art. 13 Cost., tra i limiti alla cooperazione, anziché tra i limiti (successivi) all'esecuzione del Mae, ai sensi dell'art. 2¹⁰⁶ della legge d'attuazione. Simile collocazione lascia ritenere che pure qui il legislatore abbia inteso dare vita ad una sorta d'"interpretazione autentica", mostrando di considerare assimilabili le garanzie in parola a quelle di cui al 1° co. dell'art. 1 della legge d'attuazione; e ciò nell'ottica, quanto meno, di un'«equiordinazione», nella scala dei valori da salvaguardare, con il principio di apertura sopranazionale dello Stato *ex art.* 11 Cost. È come se si fosse voluto precisare che tra i limiti di cui al 1° co., quello della necessità di un provvedimento motivato proveniente da un giudice costituisce la «pre-condizione» per poter accedere alla stessa cooperazione. In altre parole, l'assenza di provvedimento motivato del giudice consentirebbe di rifiutare *a priori* la

¹⁰⁴ Come fa notare FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 275.

¹⁰⁵ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 285.

¹⁰⁶ Sul quale v. *infra sub 9-12*.

richiesta d'arresto sulla base della considerazione che è lo Stato italiano ad aver, a monte, inteso non dare seguito alla collaborazione; ciò viene affermato —lo si ribadisce— in termini generali e preventivi nella clausola del 3° co. dell'art. 1. Tale impostazione potrà anche essere suscettibile di critiche, ma è pur sempre legge, e ad essa non potrà non attribuirsi il senso fatto palese dalle parole, secondo i tradizionali canoni ermeneutici dell'art. 12, 1° co. preleggi¹⁰⁷.

A ben vedere, militano nella direzione della scelta operata dal legislatore italiano anche ragioni di parità di trattamento che proprio in materia di Mae debbono essere preservate una volta di più, come ha avuto occasione di affermare recentemente la stessa Corte Costituzionale¹⁰⁸.

Ne discende che sarà proprio il provvedimento che sta alla base della richiesta d'arresto da parte dello Stato d'emissione a dover essere disposto da un giudice e a dover essere motivato¹⁰⁹. In mancanza di ciò, deve ritenersi non sussistente quel *minimum* di corrispondenza con l'ordinamento italiano che consente di dare seguito da parte dello Stato italiano alla domanda di cooperazione proveniente da altro Stato membro.

¹⁰⁷ In base all'art. 12, 1° co. r.d. 16.3.1942, n. 262 «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*».

¹⁰⁸ Secondo Corte cost., 2.4.2008, n. 143, in *Guida Dir.*, 2008, n. 40, 112 «*È costituzionalmente illegittimo l'art. 33 della legge 22 aprile 2005, n. 69, nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero, in esecuzione del mandato d'arresto europeo, sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, del codice di procedura penale. La condizione del destinatario del provvedimento restrittivo, a seguito di mandato d'arresto europeo, non può risultare —quanto a garanzie in ordine alla durata massima della privazione della libertà personale— deteriore ne'rispetto a quella dell'indagato destinatario di una misura cautelare in Italia, ne', tanto meno, rispetto a quella dell'estradando, non essendo dato rinvenire alcuna ragione giustificativa di un diverso e meno favorevole trattamento del soggetto in questione. La norma censurata viola, quindi, l'art. 3 della Costituzione*»; e già prima v. Corte cost., 15.6.1979, n. 54, in *Giur. Cost.*, 1979, 413, secondo la quale «*Malgrado l'evidente divario che separa il caso dei soggetti punibili in Italia da quello dei soggetti per i quali sia stata richiesta l'estradizione, non può consentirsi che in tema di beni e di valori fondamentali per l'ordinamento interno le autorità italiane attuino discriminazioni, sia pure cooperando con le autorità dello Stato richiedente*».

¹⁰⁹ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 262, 276; PANSINI C., *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze processuali*, in PANSINI G., SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, 165.

Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, tale prescrizione non si estenderebbe comunque all'atto con cui è richiesta la consegna all'autorità giudiziaria italiana¹¹⁰.

Affinché tale controllo si realizzi compiutamente, l'art. 6, 3° e 4° co. della legge d'attuazione prevede che alla richiesta d'arresto sia allegata copia del provvedimento, nonché, una relazione sui fatti addebitati alla persona da consegnare, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione dei fatti stessi e della loro qualificazione giuridica, salvo richiesta di informazioni e documentazione integrativa, ai sensi dell'art. 16, 1° co. e dell'art. 6, 2° co.¹¹¹.

¹¹⁰ «In tema di mandato di arresto europeo, la garanzia richiesta dall'art. 1, comma terzo, L. 22 aprile 2005 n. 69, secondo cui il provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso deve essere sottoscritto da un giudice, non si estende all'atto con cui è richiesta all'autorità giudiziaria italiana la consegna» (C., Sez. VI, 14.2.2007, Piaggio, in *Mass. Uff.*, 235560).

¹¹¹ L'art. 6 L. n. 69 del 2005 è il seguente «1. Il mandato d'arresto europeo deve contenere le seguenti informazioni: a) identità e cittadinanza del ricercato; b) nome, indirizzo, numero di telefono e di fax, indirizzo di posta elettronica dell'autorità giudiziaria emittente; c) indicazione dell'esistenza di una sentenza esecutiva, di un provvedimento cautelare o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza e che rientri nel campo di applicazione degli articoli 7 e 8 della presente legge; d) natura e qualificazione giuridica del reato; e) descrizione delle circostanze della commissione del reato, compresi il momento, il luogo e il grado di partecipazione del ricercato; f) pena inflitta, se vi è una sentenza definitiva, ovvero, negli altri casi, pena minima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione; g) per quanto possibile, le altre conseguenze del reato. 2. Se il mandato d'arresto europeo non contiene le informazioni di cui alle lettere a), c), d), e) ed f) del comma 1, l'autorità giudiziaria provvede ai sensi dell'articolo 16. Analogamente provvede quando ritiene necessario acquisire ulteriori elementi al fine di verificare se ricorra uno dei casi previsti dagli articoli 18 e 19. 3. La consegna è consentita, se ne ricorrono i presupposti, soltanto sulla base di una richiesta alla quale sia allegata copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa. 4. Al mandato d'arresto devono essere allegati: a) una relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata la consegna, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione dei fatti stessi e della loro qualificazione giuridica; b) il testo delle disposizioni di legge applicabili, con l'indicazione del tipo e della durata della pena; c) i dati segnaletici ed ogni altra possibile informazione atta a determinare l'identità e la nazionalità della persona della quale è domandata la consegna. 5. Se lo Stato membro di emissione non provvede, il presidente della corte di appello o il magistrato da questi delegato richiede al Ministro della giustizia l'acquisizione del provvedimento dell'autorità giudiziaria in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso, nonché la documentazione di cui al comma 4, informandolo della data della udienza camerale fissata. Il Ministro della giustizia informa l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione che la ricezione del provvedimento e della documentazione costituisce condizione necessaria per l'esame della richiesta di esecuzione da parte della corte di appello. Immediatamente dopo averli ricevuti, il Ministro della giustizia trasmette al presidente della corte di appello il provvedimento e la documentazione unitamente

Sempre secondo la Cassazione, non è necessaria l'acquisizione in copia autentica del provvedimento cautelare, essendo sufficiente ad attestarne la conformità all'originale che la copia sia stata trasmessa in via ufficiale¹¹², né l'allegazione al mandato d'arresto europeo della relazione sui fatti addebitati alla persona di cui è richiesta la consegna¹¹³.

Accertata positivamente la pre-condizione, spetterà poi al giudice nazionale emettere un provvedimento restrittivo della libertà personale, motivato secondo i parametri interni. Mentre, in caso contrario, il ridetto art. 18, 1º co., lett. t, individua come specifica causa di rifiuto della consegna la mancanza di motivazione nel provvedimento cautelare interno di origine.

In dottrina¹¹⁴, si ritiene che la mancanza della motivazione debba essere fatta coincidere con la carenza materiale o la manifesta inadeguatezza strutturale della stessa, finendosi per ammettere, in caso contrario, un inammissibile controllo sulla congruità della motivazione del provvedimento straniero, sulla falsa riga di quello che avviene per le ordinanze cautelari¹¹⁵.

Il concetto di mancanza e/o apparenza della motivazione, intesa come carenza materiale, è intuitivo e non abbisogna di particolari spiegazioni; più complicata l'ipotesi della manifesta inadeguatezza strutturale, anche in considerazione del fatto che il richiamato art. 17, 4º co., nello stabilire che *«la corte di appello dispone la consegna della persona ricercata se sussistono*

ad una loro traduzione in lingua italiana. 6. Se l'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione non dà corso alla richiesta del Ministro della giustizia, di cui al comma 5, la corte di appello respinge la richiesta. 7. Il mandato d'arresto europeo dovrà pervenire tradotto in lingua italiana».

¹¹² *«In tema di mandato di arresto europeo, non costituisce presupposto per l'ammissibilità di una pronuncia positiva alla consegna l'acquisizione in copia autentica del provvedimento cautelare (o di ogni altro atto proveniente dall'autorità estera), essendo sufficiente a garantire la conformità all'originale che la copia sia stata trasmessa in via ufficiale dall'autorità giudiziaria emittente al Ministero della giustizia, organo deputato alla ricezione amministrativa dei mandati d'arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa»* (C., S.U., 30.1.2007, Ramoci, in Cass. Pen., 2007, 1911).

¹¹³ *«L'omessa allegazione al mandato d'arresto europeo della relazione sui fatti addebitati alla persona di cui è richiesta la consegna, secondo la previsione dell'art. 6, quarto comma, lett. a) L. n. 69 del 2005, non costituisce causa ostativa alla decisione di consegna, sempre che lo Stato d'emissione abbia comunque offerto all'autorità giudiziaria italiana tutti gli elementi utili per esercitare il suo controllo»* (C., Sez. VI, 9.12.2008, Banys, in Mass. Uff., 242235).

¹¹⁴ SCALFATI, *La procedura passiva*, cit., 948.

¹¹⁵ Cfr. MOSCARINI, *Le condizioni processuali*, cit., 963.

gravi indizi di colpevolezza», sembra dare adito ad un controllo di merito piuttosto pregnante.

Dal combinato disposto delle disposizioni normative sin qui richiamate, infatti, si evincerebbe, a parere di alcuni¹¹⁶, come la cognizione e la valutazione del giudice nazionale non sia meramente estrinseco-formale, ma anche di merito e in particolare di situazioni fattuali, giuridicamente rilevanti. E ciò anche con riferimento al controllo a cui fosse chiamata la Corte di cassazione. In pratica, la lettera della legge imporrebbe al giudice di verificare distintamente, da un lato, che il provvedimento originario estero non sia privo di motivazione e, dall'altro e comunque, che sussistono (e non che siano semplicemente evocati, in ipotesi, nella motivazione) elementi indizianti suscettibili di un giudizio di gravità. Poiché, ciò che conta e che serve al controllo del giudice italiano è l'insieme degli elementi di fatto indizianti della sussistenza del reato e della sua riferibilità alla persona di cui è chiesta la consegna.

La giurisprudenza della Cassazione, conformemente ai rilievi critici di parte della dottrina richiamata all'inizio, sembra aver fornito, tuttavia, una lettura «riduttiva» del disposto normativo in questione¹¹⁷.

¹¹⁶ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 269, 276, 284.

¹¹⁷ «Il requisito della motivazione del provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso, cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna, non può essere parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, che richiede l'esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio, ma è sufficiente che l'autorità giudiziaria emittente abbia dato «ragione» del provvedimento adottato; il che può realizzarsi anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna. Ne consegue che in tema di mandato di arresto europeo, l'autorità giudiziaria italiana, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna» (C., S.U., 30.1.2007, Ramoci, cit.); del pari, C., Sez. VI, 8.5.2006, Cusini, in *Giur. It.*, 2007, 1235 afferma che «Il presupposto della motivazione del mandato di arresto europeo, cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna (art. 1, comma terzo, e art. 18, comma primo, lett. t, L. 22 aprile 2005 n. 69), non può essere inteso alla stregua della nozione propria dell'ordinamento giuridico italiano (esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio), essendo invece sufficiente che l'autorità giudiziaria emittente abbia dato comunque ragione del provvedimento coercitivo; il che può realizzarsi anche attraverso la descrizione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna».

Infine, quanto all'obiezione che nel nostro ordinamento non sarebbe previsto l'obbligo di un provvedimento motivato del giudice, ma più genericamente dell'autorità giudiziaria non ci pare che ci si trovi di fronte ad un argomento irresistibile: nell'attuazione delle scelte costituzionali il legislatore ordinario ha comunque stabilito che la libertà personale può essere limitata in forza di un provvedimento motivato del giudice e non del P.M. ed è questo il significato della locuzione costituzionale a cui oggi si accede¹¹⁸; del resto, una conclusione divergente non sarebbe in linea con quanto affermato dalla Consulta, la quale ha avuto modo di censurare —come abbiamo visto— il comportamento dello Stato italiano cooperante che si renda artefice di disparità di trattamento sul proprio territorio.

A questo punto, semmai, diventa legittimo chiedersi se non siano le norme contenute nei vari trattati di estradizione a non dover essere reinterpretrate tenendo conto e del collegamento tra la necessità di un provvedimento motivato del giudice straniero ed i principi supremi dell'ordinamento costituzionale¹¹⁹, e della necessaria sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, così rivalutando sia la previsione dettata dall'art. 705 c.p.p.¹²⁰ e resa asfittica da una giurisprudenza restrittiva, sia il requisito, richiesto dalle risalenti tradizioni di *common law*, della *probable cause*¹²¹.

8. (Segue): e di una sentenza estera irrevocabile

Quanto detto nel paragrafo precedente riguarda il Mae emesso per finalità c.d. processuali, mentre, nel caso in cui la consegna venga domandata

¹¹⁸ Cfr., volendo, CARINI, *Il procedimento applicativo*, in SPANGHER, SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, I, Torino, 2009, 102.

¹¹⁹ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 82, nota 94.

¹²⁰ L'art. 705 c.p.p. è il seguente: «1. Quando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente, la corte di appello pronuncia sentenza favorevole all'estradizione se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna e se, per lo stesso fatto, nei confronti della persona della quale è domandata l'estradizione, non è in corso procedimento penale né è stata pronunciata sentenza irrevocabile nello Stato. 2. La corte di appello pronuncia comunque sentenza contraria all'estradizione: a) se, per il reato per il quale l'estradizione è stata domandata, la persona è stata o sarà sottoposta a un procedimento che non assicura il rispetto dei diritti fondamentali; b) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata l'estradizione contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato; c) se vi è motivo di ritenere che la persona verrà sottoposta agli atti, alle pene o ai trattamenti indicati nell'articolo 698 comma 1».

¹²¹ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 264, 275.

per l'esecuzione di una pena, il controllo da parte dell'autorità giudiziaria è limitato alla verifica dell'esistenza di una sentenza irrevocabile.

Ne discende che a fronte di una sentenza esecutiva, ma non definitiva, il giudice italiano dovrà verificare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico del ricercato. Inoltre, in casi del genere, il Mae potrà essere emesso solo se, in aggiunta alla decisione di condanna, vi sia un provvedimento cautelare giurisdizionale motivato o se la decisione di condanna presenta contenuti e forme tali da farla ritenere equivalente al provvedimento cautelare¹²².

Tali conclusioni potrebbero essere superate se, come ritenuto da alcuni¹²³, la verifica in ordine all'irrevocabilità dev'essere condotta alla stregua della normativa del Paese di emissione. Una conferma, in tal senso, potrebbe essere ricavata dal disposto di cui all'art. 8, par. 1, lett. c, DQ.

Tuttavia, appare piuttosto difficile ammettere che sia del tutto compatibile con i «principi supremi» dell'ordinamento italiano un sistema che ipotizza l'esecuzione della sanzione sulla scorta di un provvedimento che attende ancora di essere riconsiderato, se del caso, anche *in facto*, da un altro giudice. La «presunzione di non colpevolezza» si pone in un intimo collegamento, d'altronde, con il 1° e 3° co. dell'art. 27 Cost.¹²⁴.

Si giustifica, allora, l'indirizzo giurisprudenziale che richiede una verifica sull'irrevocabilità della sentenza esecutiva¹²⁵.

9. I limiti all'esecuzione del Mae: a) il rispetto dei diritti fondamentali

Come già l'Unione «rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea» dei diritti dell'uomo «e quali risultano dalle

¹²² MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 87.

¹²³ MARCHETTI, *Mandato d'arresto*, cit., 554.

¹²⁴ Cfr. MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 88; FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 264. L'art. 27 Cost. stabilisce che «La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte».

¹²⁵ «In tema di mandato d'arresto europeo, la corte di appello, ai fini della decisione sulla consegna relativa ad un mandato d'arresto europeo esecutivo, deve ottenere precisa contezza della irrevocabilità della sentenza esecutiva» (C., Sez. VI, 29.10.2008, Lacatus, in *Mass. Uff.*, 241520).

tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (art. 6, § 2, TUE), così la lett. a dell'art. 2 della L. n. 69 del 2005¹²⁶ ribadisce lo stesso limite nei confronti di coloro che sono chiamati a dare esecuzione al Mae¹²⁷.

Ne discende che l'ampio richiamo ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU¹²⁸ e dai Protocolli addizionali¹²⁹, nell'ottica del sindacato sul Mae, assumerà rilievo per tutte quelle ipotesi che sono suscettibili di limitare la stessa cooperazione internazionale; ipotesi che, al dunque, sono anche quelle contemplate all'art. 1, 1° co. della legge attuativa¹³⁰. E si spiega, dal momento che non avrebbe senso individuare limiti al legislatore che non siano poi anche limiti nei confronti del giudice.

Su un piano sistematico, pare dunque confermata una volta di più quella forma di condivisione di poteri tra livello sopranazionale e livello nazionale che sembra aver ispirato la c.d. clausola di non regressione prevista nel considerando 12 del Preambolo alla DQ sul Mae e nell'art. 1, § 3, Decisione quadro, nonché la formulazione dell'art. 1, 1° co. della legge d'attuazione¹³¹.

¹²⁶ Il cui testo integrale è il seguente «1. In conformità a quanto stabilito dall'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea e dal punto (12) del preambolo della decisione quadro, l'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto dei seguenti diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione:

a) i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, in particolare dall'articolo 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) e dall'articolo 6 (diritto ad un processo equo), nonché dai Protocolli addizionali alla Convenzione stessa ... ».

¹²⁷ Cfr. BARGIS, *Il disegno di legge attuativo della decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Studi di diritto processuale penale*, II, *Questioni europee e «ricadute» italiane*, Torino, 2007, 162.

¹²⁸ Si veda soprattutto l'art. 3, a tutela del diritto a non essere sottoposto a trattamenti o pene crudeli, inumani, degradanti o discriminatori; l'art. 6 nei casi di violazione del contenuto essenziale del diritto ad un giusto processo; l'art. 5 laddove la vicenda *de libertate* permetta di scorgere il ragionevole rischio che il ricercato sia stato o possa essere sottoposto a trattamenti discriminatori o se le eventuali indebite compressioni della libertà non si traducano anche in limitazioni inaccettabili del diritto di difesa.

¹²⁹ Particolare rilevanza assumono il VI Protocollo, sul divieto di imprigionamento per debiti, il VI Protocollo in tema di abolizione della pena di morte ed il VII Protocollo che prevede il diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale, il diritto di risarcimento in caso di errore giudiziario e il diritto a non essere giudicato o punito due volte.

¹³⁰ MARZADURI, *sub artt. 1-2*, cit., 92.

¹³¹ Vedi *supra sub 5 e 6*.

Del resto, proprio nell'esordio dell'art. 2 L. n. 69 del 2005 lo stesso legislatore rivendica la «conformità a quanto stabilito dall'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea e dal punto (12) del considerando del preambolo della decisione quadro». E poi, al successivo 3° co., che a sua volta richiama il considerando 10 del Preambolo, si prevede la possibilità di sospensione del Mae in caso di grave e persistente violazione, da parte di uno Stato membro, dei principi sanciti all'art. 6, § 1, TUE, constatata dal Consiglio, in applicazione dell'art. 7, § 1, e con le conseguenze previste al § 2 dello stesso articolo¹³².

In tale ottica, sarebbe stato apprezzabile da parte del legislatore italiano anche un esplicito richiamo al ridetto art. 1, § 3, DQ, nonché al considerando 13 del Preambolo alla medesima, dove si rinviene un'altra chiara «direttiva» in tema di salvaguardia dei diritti fondamentali. A tal proposito, tuttavia, va ricordato che il legislatore italiano ha espressamente previsto, all'art. 18, lett. a, L. 22.4.2005, n. 69, tra le ipotesi di rifiuto della consegna, quella relativa al mandato emesso per finalità persecutorie e discriminatorie¹³³. Peraltro, la giurisprudenza della cassazione, già in relazione all'art. 698, 1° co. c.p.p.¹³⁴, ha fornito della clausola in esame un'interpretazione assai ampia, estendendola non solo al compimento di atti contrari ai diritti fondamentali della persona, ma anche la semplice applicazione di sanzioni detentive degradanti e non finalizzate alla rieducazione del condannato.

¹³² L'art. 2, 3° co. L. n. 69 del 2005 stabilisce, testualmente, che «L'Italia rifiuterà la consegna dell'imputato o del condannato in caso di grave e persistente violazione, da parte dello Stato richiedente, dei principi di cui al comma 1, lettera a), constatata dal Consiglio dell'Unione europea ai sensi del punto (10) del considerando del preambolo della decisione quadro»: *amplius infra sub 12.*

¹³³ In base all'art. 18, lett. a L. n. 69 del 2005 si ha che la Corte di appello rifiuta la consegna, fra l'altro, «... se vi sono motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della sua lingua, delle sue opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi ...».

¹³⁴ Il cui testo è il seguente: «1. Non può essere concessa l'estradizione per un reato politico né quando vi è ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona».

La considerazione, formulata da più parti¹³⁵, secondo la quale, qui, sembrerebbe evidente una certa dose di ipocrisia dello Stato italiano che chiede ad altri Stati membri comportamenti virtuosi che non sempre sono da praticati, potrà anche essere fondata, ma non appare in grado di sminuire la portata della disposizione normativa *de qua*.

10. (Segue): b) il rispetto dei principi e delle regole contenuti nella Costituzione

Più complessa, invece, appare l'analisi della lett. *b* dell'art. 2 L. n. 69 del 2005¹³⁶, sulla cui previsione ha sicuramente influito il parere critico formulato a suo tempo da due autorevoli giuristi italiani¹³⁷ a proposito della proposta di decisione quadro; parere poi ripreso dalla Commissione Affari costituzionali.

Secondo alcuni¹³⁸, la disposizione normativa *de qua* sembrerebbe rivestire il carattere di «disposizione-bandiera», concretamente inapplicabile nella sua estensione, posto che alcune tipologie di rifiuto della consegna possono essere ricondotte all'ampio ambito di questa previsione. Peraltro —precisa la stessa dottrina¹³⁹— la sua violazione significativamente non è considerata dal 2° co. (ora 3° co.) come generico motivo per rifiutare la consegna dell'imputato o condannato¹⁴⁰.

Altri¹⁴¹, invece, forniscono della disposizione normativa in parola una lettura più articolata, legando il giudizio sulla stessa a quello che è stato il

¹³⁵ Si veda BARGIS, *Il disegno di legge*, cit., 162; SELVAGGI, *L'attuazione del mandato europeo di arresto tra incomprensioni e... pretesti*, in *Cass. Pen.*, 2003, 3656; PIATTOLI, *Euromandato, gli aspetti di integrazione della recente normativa del Regno Unito*, in www.dirittoegiustizia.it, 9.1.2004.

¹³⁶ A norma del quale: «1. In conformità a quanto stabilito dall'articolo 6, paragrafi 1 e 2, del Trattato sull'Unione europea e dal punto (12) del preambolo della decisione quadro, l'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto dei seguenti diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione: b) i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali».

¹³⁷ CAIANIELLO, VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. Pass.*, 2002, 463; e ancora VASSALLI, *Mandato d'arresto e principio di uguaglianza*, in *Giusto Proc.*, 2002, 3, 140.

¹³⁸ BARGIS, *Il disegno di legge*, cit., 163.

¹³⁹ BARGIS, *Il disegno di legge*, cit., 163.

¹⁴⁰ *Amplius infra sub 12*.

¹⁴¹ MARZADURI, *sub artt. 1-2*, cit., 89.

dibattito che ne ha preceduto l'attuale formulazione. Ricordando, opportunamente, come la versione del testo dell'art. 2 suggerita dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati fosse differente, in quanto si specificava che l'Italia avrebbe dato esecuzione al Mae «*soltanto nei confronti degli Stati che*» «*rispettano*» le previsioni pattizie e costituzionali. Il riferimento ai principi costituzionali, inoltre, era comprensivo anche di quelli relativi «*alla magistratura come ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ..., alle fonti della legge penale, alla presunzione di non colpevolezza*», mentre non era stato esplicitato l'accenno al «*giusto processo*». E in effetti tale formulazione era stata presentata come «*doverosa*» per evitare che l'attuazione della DQ si traducesse in una lesione dei principi costituzionali¹⁴² e si era segnalato come fosse la stessa DQ ad imporre una scelta del genere, visto il tenore dell'art. 1, § 3, Decisione quadro e dell'ultimo periodo del considerando 12 del Preambolo¹⁴³. Ragionando in questi termini, però, il rischio sarebbe stato quello di legittimare un sindacato troppo approfondito sugli ordinamenti stranieri in occasione della richiesta di consegna del ricercato; sindacato che avrebbe condotto il giudice italiano a verificare se le previsioni costituzionali e internazionali fossero state o meno rispettate nel Paese richiedente l'esecuzione del Mae. Così, sarebbe apparso azzardato asserire, per esempio, che il rifiuto di consegna del ricercato, motivato dalla mancata previsione del principio del contraddittorio per la formazione della prova nell'ordinamento dello Stato di emissione, doveva configurarsi come un caso di applicazione dell'art. 111, 4° co., Cost. Ne conseguiva che la salvezza delle «*norme costituzionali sul giusto processo*» assicurata nella seconda parte del considerando 12, lungi dal legittimare la previsione nella legge attuativa dei singoli Paesi membri dell'Unione di norme espressive di un vero e proprio «*imperialismo giudiziario*», doveva essere intesa nella ben diversa logica dell'introduzione nella disciplina del procedimento interno di garanzie processuali non riconosciute nel testo europeo per la posizione del ricercato nei confronti dello Stato di esecuzione e non dello Stato di emissione¹⁴⁴. Simile confusione di prospettive sembrerebbe essere superata proprio alla luce della stesura finale della disposizione, dalla quale si evincerebbe —malgrado la non ineccepibile formulazione¹⁴⁵— in

¹⁴² Vedi relaz. on. Pecorella, in Atti Camera, Assemblea, sed. 19.4.2004 n. 452, 12.

¹⁴³ Cfr. interv. on. Pisapia, in Atti Camera, Assemblea, sed. 11.5.2004 n. 465, 28 ss.

¹⁴⁴ Esprime tali perplessità lo stesso MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 89-90.

¹⁴⁵ Anche se appare chiaro il riferimento alla distinzione dworkiniana tra principi e regole, in ordine alla quale v. FERRUA, *Il giusto processo*, 2a ed., Bologna, 2007, 25.

termini più lineari che l'individuazione di un limite all'esecuzione del Mae va desunto dalla necessità per il nostro ordinamento (e non già per quello straniero) di rispettare determinati principi e diritti fondamentali¹⁴⁶. Nella ricerca del significato reale della previsione garantistica —si precisa¹⁴⁷— non si può non tener conto del fatto che il processo penale o la sentenza di condanna, che costituiscono la ragione della richiesta di consegna, appartengono ad un ordinamento straniero, la cui diversità rispetto al nostro non potrebbe tradursi *tout court* in una preclusione del ricorso a strumenti di cooperazione giudiziaria. Di tal che, la conclusione a cui giunge tale dottrina appare analoga a quella formulata in sede d'interpretazione dell'art. 1 della legge attuativa: il risultato che si è raggiunto sul piano della determinazione dei limiti alla preminenza del diritto comunitario potrebbe essere riproposto nei confronti dell'operato del giudice competente a decidere sull'esecuzione del singolo Mae, ai sensi della norma in commento, che potrà, dunque, rifiutarla in presenza di situazioni nelle quali la regolamentazione del sistema penale, sostanziale e processuale, si ponga in una relazione di assoluta incompatibilità con i nostri principi fondamentali in materia; principi che, proprio perché inviolabili, non consentono all'Italia di cooperare con l'autorità giudiziaria straniera non rispettosa degli stessi¹⁴⁸. E però trattandosi di situazioni che il legislatore avrebbe dovuto già considerare in attuazione del disposto dell'art. 1, 1° co. della legge attuativa, si conclude nel senso che l'intervento del giudice risulterebbe destinato a profilarsi in una logica del tutto eccezionale, perché si giustificerebbe solo in presenza di una difettosa attuazione di quest'ultima previsione normativa: il sindacato demandato all'organo giurisdizionale finirebbe per equivalere sostanzialmente a quello individuato nell'art. 705, 2° co., c.p.p. per le pronunce sulle richieste d'estradizione¹⁴⁹. Ne discenderebbe, per esempio, che la mancata inclusione tra i casi di rifiuto di consegna del ricercato elencati nell'art. 18, L. 22.4.2005, n. 69 delle ipotesi in cui l'individuo corre il concreto rischio di essere sottoposto ad un procedimento che non assicuri il rispetto dei diritti fondamentali potrà trovare rimedio nell'attribuzione al giudice dell'esecuzione del Mae del potere di controllo di cui alla norma in commento¹⁵⁰. Quanto poi

¹⁴⁶ È sempre l'opinione di MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 91.

¹⁴⁷ MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 91.

¹⁴⁸ Così MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 92.

¹⁴⁹ Così ancora MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 92.

¹⁵⁰ MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 92, nota 132.

ai contenuti specifici della Costituzione che devono essere rispettati nell'esecuzione del Mae, si ritiene¹⁵¹ che si alluda innanzitutto ai principi ed alle regole attinenti al giusto processo, da ricondurre però all'interno di quella «ristretta» sfera di violazioni dei diritti fondamentali che possono legittimare il venir meno dell'interesse dello Stato italiano a cooperare con la giustizia penale di un altro Stato.

Ebbene, si può effettivamente sostenere con la dottrina appena richiamata che la formulazione adottata in via definitiva abbia superato l'impostazione dei lavori preparatori e che il rifiuto di eseguire il Mae sia da ricondurre proprio a quella «ristretta» sfera di violazioni dei diritti fondamentali —e solo di quelli— che possono legittimare il venir meno dell'interesse dello Stato italiano a cooperare con la giustizia penale di un altro Stato?

La giurisprudenza che si è fin'ora pronunciata sul punto sembra essere di quest'avviso. La Corte di cassazione ha infatti circoscritto in via generale l'incidenza delle clausole di salvaguardia di principi costituzionali nazionali contenuta nella legge attuativa ai soli principi «comuni» di cui all'art. 6 TrUE¹⁵². In tale prospettiva, ha poi ulteriormente chiarito che ciò che conta è che siano rispettati i canoni del «giusto processo» come definiti dalle Carte sovranazionali e in particolare quelli condensati nell'art. 6 CEDU a cui si richiama il novellato art. 111 Cost.¹⁵³. Si è ritenuto altresì non in contrasto con i diritti fondamentali del nostro ordinamento un mandato emesso sulla base di un provvedimento

¹⁵¹ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 93.

¹⁵² C., S.U., 30.1.2007, Ramoci, cit., secondo la quale «Solo apparentemente più problematico, in quanto riferito a specifici aspetti desunti dall'ordinamento costituzionale interno, è il richiamo fatto dalla legge nazionale ai principi e alle regole «contenuti nella Costituzione della Repubblica» (art. 2 lett. b). Ma esso, per come poi concretamente circoscritto, appare esprimere l'esigenza di tutela di valori che sono comune patrimonio della civiltà giuridica europea. E al riguardo va sottolineato che, come si è già notato, in base a una sorta di interpretazione autentica espressa nel Considerando n. 12, la decisione-quadro «non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative [tra l'altro] al giusto processo».

¹⁵³ «In tema di mandato di arresto europeo, ai fini della decisione di consegna, l'art. 2, comma primo, L. 22 aprile 2005, n. 69 non richiede che l'ordinamento dello Stato emittente presenti le stesse garanzie attinenti al «giusto processo» contenute nell'ordinamento italiano, bensì che esso rispetti i relativi principi garantiti dalle Carte sovranazionali ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, al quale si richiama l'art. 111 Cost.. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto non violato il diritto di difesa della persona chiesta in consegna sulla base di una sentenza di condanna fondata su dichiarazioni accusatorie di un correo, che in dibattimento si era avvalso della facoltà di non rispondere, poichè non risultava che fosse stato sollecitato dall'imputato un confronto con tale fonte accusatoria)» (C., Sez. VI, 3.5.2007, Melina, in Cass. Pen., 2008, 2929).

cautelare volto ad evitare la celebrazione di un processo *in absentia*¹⁵⁴. Del pari, la Corte ha ritenuto non in contrasto con le garanzie costituzionali di cui all'art. 2, 1º co., L. 22.4.2005, n. 69 la richiesta di consegna che si fondi su indizi di reità costituiti da reperti biologici prelevati all'imputato ad altri fini e conservati in una banca-dati del DNA¹⁵⁵; ovvero, da prelievi ematici effettuati senza il consenso dell'imputato¹⁵⁶. Anche se non mancano pronunce —oltre a quella delle Sezioni Unite Ramoci— che non si limitano a prendere atto che non c'è stata violazione dei canoni del giusto processo nel caso concreto, ma che cercano di spingersi nella direzione di una più pregnante valutazione comparativa della capacità degli ordinamenti di riferimento di garantire il «giusto processo»¹⁵⁷. Facendo poi debita applicazione di un

¹⁵⁴ «In tema di mandato di arresto europeo, può essere data esecuzione in Italia ad un mandato di arresto europeo emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare la celebrazione del processo penale in assenza dell'imputato. (Nella fattispecie, la legislazione della Grecia, Stato di emissione, prevede, nel caso di ingiustificata assenza dell'imputato al dibattimento, l'applicazione nei suoi confronti della misura cautelare della custodia in carcere)» (C., Sez. F., 28.8.2008, P.g. in proc. D'Orsi, in *Mass. Uff.*, 240715-716); «Non è in contrasto con i diritti fondamentali dell'ordinamento italiano un mandato d'arresto europeo emesso sulla base di un provvedimento cautelare volto ad evitare la celebrazione del processo in assenza dell'imputato» (C., Sez. F., 21.8.2008, Zanotti, in *Guida Dir.*, 2008, n. 41, 60).

¹⁵⁵ «In tema di mandato di arresto europeo, non è in contrasto con le garanzie costituzionali di cui all'art. 2, comma primo della legge 22 aprile 2005, n. 69 la richiesta di consegna che si fondi su indizi di colpevolezza costituiti da reperti biologici prelevati all'imputato ad altri fini e conservati in una banca-dati del DNA. (Fattispecie relativa a mandato di arresto europeo emesso dalle autorità austriache, nel quale gli indizi che avevano giustificato la custodia in carcere erano costituiti dalla prova del DNA, effettuata su prelievi ematici prelevati all'imputato durante un progresso periodo di detenzione in Germania e ivi conservati in una apposita banca-dati)» (C., Sez. F., 21.8.2008, Cassano, in *Cass. Pen.*, 2009, 1445).

¹⁵⁶ «Non viola i principi ed i diritti fondamentali di cui all'art. 2, comma primo, L. 22 aprile 2005, n. 69 il mandato di arresto europeo emesso sulla base di una sentenza di condanna, che abbia utilizzato come prova prelievi ematici acquisiti senza il consenso dell'imputato» (C., Sez. VI, 26.9.2008, Dicu, in *Mass. Uff.*, 240723).

¹⁵⁷ Per esempio C., Sez. VI, 30.1.2008, Salkanovic, in *Mass. Uff.*, 238332, secondo la quale «In tema di mandato d'arresto europeo, ai fini della decisione di consegna, è conforme ai principi sul giusto processo, richiamati dall'art. 2, comma primo, L. 22 aprile 2005, n. 69, il mandato di arresto europeo emesso dalle autorità giudiziarie francesi sulla base di una sentenza di condanna pronunciata in contumacia, senza alcuna garanzia di contraddittorio e di difesa, poiché l'ordinamento francese garantisce al condannato la possibilità di chiedere, mediante opposizione, un nuovo giudizio nel rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa»; conf. C., Sez. VI, 16.10.2008, Mironica, in *Mass. Uff.*, 242232, secondo la quale «In tema di mandato d'arresto europeo, l'art. 19, comma primo, lett. a), L. 22 aprile 2005, n. 69 non esige, una volta verificato dall'autorità giudiziaria italiana che l'ordinamento straniero consente alla persona condannata «in absentia» di richiedere un nuovo giudizio, che la consegna sia esplicitamente subordinata alla suddetta condizione», nonché, C., Sez. VI, 28.4.2008, Chaloppe, in *Mass. Uff.*, 239650, secondo la quale «In tema di mandato d'arresto europeo,

principio affermato in tema di estradizione, la Corte ha —eccezionalmente— stabilito che non deve farsi seguito ad un Mae esecutivo, quando la pena da spiare all'estero risulti già interamente scontata, sotto forma di custodia cautelare nel corso della procedura di consegna¹⁵⁸.

E però, tale ragionamento presenta, a nostro avviso, dei limiti: come è stato ben osservato¹⁵⁹, riesce piuttosto difficile pensare che qualsiasi elemento di prova proveniente da un'autorità straniera ai fini *de quibus* sia, sempre e comunque, suscettibile d'impiego. In particolare, la tutela della libertà morale (assicurata dal richiamato art. 13, 4° co., Cost.) conduce a ritenere inutilizzabili nella sede *de qua* le dichiarazioni rilasciate da persona che, nell'effettuarle, abbia comunque subito «*metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o sulla capacità di ricordare e ... valutare i fatti*»¹⁶⁰; e la garanzia costituzionale del diritto di difesa (art. 24, 2° co., Cost.), nonché, quella più specifica, del diritto —spettante ad ogni «... *persona accusata ...*» — di confrontarsi con il dichiarante a suo carico (art. 111, 3° e 4° co., Cost.) potrebbe far escludere altresì la possibilità d'usarvi denunce, documenti o testimonianze anonime (artt. 240 e 333, 3° co., c.p.p.)¹⁶¹,

la condizione prevista dall'art. 19, comma primo, lett. a), L. 22 aprile 2005, n. 69, è da ritenere rispettata qualora l'ordinamento dello Stato di emissione preveda la possibilità, in caso di condanna «*in absentia*», di proporre opposizione entro un termine decorrente dalla data di effettiva conoscenza di detta condanna da parte dell'interessato. (Fattispecie relativa ad una richiesta di consegna proveniente dall'autorità giudiziaria francese).

¹⁵⁸ «In tema di mandato di arresto europeo, non sussistono le condizioni per l'accoglimento di una richiesta di consegna per l'esecuzione di una condanna, se la persona destinataria di tale richiesta ha già interamente scontato nel corso della procedura di consegna, sotto forma di custodia cautelare, la pena inflitta, poiché in tal caso la consegna si porrebbe in contrasto con il principio fondamentale dell'ordinamento giuridico dello Stato, secondo cui la custodia cautelare deve essere sempre computata nella pena da spiare relativa allo stesso fatto» (C., Sez. VI, 6.2.2008, Cvejn, in *Mass. Uff.*, 238396).

¹⁵⁹ MOSCARINI, *Le condizioni processuali per eseguire il mandato d'arresto europeo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, 967.

¹⁶⁰ L'art. 188 c.p.p. stabilisce che «1. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

¹⁶¹ L'art. 240 c.p.p. stabilisce che «1. I documenti che contengono dichiarazioni anonime non possono essere acquisiti nè in alcun modo utilizzati, salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall'imputato. 2. Il pubblico ministero dispone l'immediata secrezione e la custodia in luogo protetto dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti. Allo stesso modo provvede per i documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni. Di essi è vietato effettuare copia in qualunque forma e in

deposizioni su voci correnti nel pubblico (art. 194, 3° co., c.p.p.)¹⁶² oppure *de relato* su notizie di provenienza ignota o incerta (art. 195, 7° co., c.p.p.)¹⁶³, ed altrettanto potrebbe dirsi per le informazioni acquisite in violazione dello *ius tacendi*, oggetto di tutela da parte non solo della nostra Carta fondamentale (art. 24, 2° co., Cost.), ma anche della CEDU (art. 6, §§. 1 e 2), come riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo). Insomma, se non è possibile chiudersi di fronte alla prospettiva della creazione d'uno «spazio europeo di sicurezza», non sembra nemmeno consentito, nell'esecuzione dei «mandati europei», prescindere dalla salvaguardia dei «diritti inviolabili dell'uomo», solennemente riconosciuti nel secondo articolo della Costituzione italiana¹⁶⁴.

In definitiva, anche in questa sede, ci sembra possano essere riproposte le osservazioni formulate sopra in relazione alla previsione dell'art. 1, 3° co. sulla necessità di un provvedimento motivato sottoscritto dal giudice¹⁶⁵.

11. (Segue): la richiesta di idonee garanzie

Qualora sorgano dubbi in ordine all'effettivo rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU o dalla Costituzione italiana da parte dello

qualunque fase del procedimento ed il loro contenuto non può essere utilizzato. 3. Il pubblico ministero, acquisiti i documenti, i supporti e gli atti di cui al comma 2, entro quarantotto ore, chiede al giudice per le indagini preliminari di disporre la distruzione. 4. Il giudice per le indagini preliminari entro le successive quarantotto ore fissa l'udienza da tenersi entro dieci giorni, ai sensi dell'articolo 127, dando avviso a tutte le parti interessate, che potranno nominare un difensore di fiducia, almeno tre giorni prima della data dell'udienza. 5. Sentite le parti comparse, il giudice per le indagini preliminari legge il provvedimento in udienza e, nel caso ritenga sussistenti i presupposti di cui al comma 2, dispone la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti di cui al medesimo comma 2 e vi dà esecuzione subito dopo alla presenza del pubblico ministero e dei difensori delle parti. 6. Delle operazioni di distruzione è redatto apposito verbale, nel quale si dà atto dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti, dei supporti e degli atti di cui al comma 2 nonchè delle modalità e dei mezzi usati oltre che dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto degli stessi documenti, supporti e atti»; l'art. 333, 3° co. c.p.p. prevede altresì che «Delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso, salvo quanto disposto dall'articolo 240».

¹⁶² L'art. 194, 3° co. c.p.p. stabilisce che «Il testimone è esaminato su fatti determinati. Non può deporre sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti».

¹⁶³ In base all'art. 195, 7° co. c.p.p. «Non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame».

¹⁶⁴ MOSCARINI, *Le condizioni processuali*, cit., 967.

¹⁶⁵ Vedi *supra* sub 7.

Stato di emissione del mandato¹⁶⁶, è possibile che siano richieste idonee garanzie prima di eseguire la consegna¹⁶⁷, analogamente a quanto previsto per l'ipotesi della consegna del ricercato condannato *in absentia* (art. 19, lett. a, L. 22.4.2005, n. 69)¹⁶⁸; anche se, in quest'ultimo caso, appare evidente una differente terminologia in ordine a quelle che devono essere «*assicurazioni sufficienti*»¹⁶⁹.

Nella sostanza, la tipologia del vaglio appare simile a quella doppia verifica delle garanzie che era stata individuata nell'interpretazione delle clausole pattizie in tema d'extradizione condizionata ed in particolare nell'ipotesi di condanna *in absentia*: a) una verifica di legittimità formale, affidata all'autorità giudiziaria; b) una verifica di affidabilità in concreto, riservata al ministro della giustizia¹⁷⁰.

Va da sé che ove tale verifica si dovesse rivelare negativa, ciò dovrebbe tradursi in un rifiuto d'esecuzione del singolo Mae: anche tale effetto è da supporre, pure in considerazione del fatto che —come vedremo— violazioni

¹⁶⁶ Come rileva MARCHETTI, *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Dir.*, annali II, 1, Milano, 2008, 541, la condizione è da supporre.

¹⁶⁷ L'art. 2, 2° co. L. n. 69 del 2005 stabilisce che «*Per le finalità di cui al comma 1, possono essere richieste idonee garanzie allo Stato membro di emissione*».

¹⁶⁸ L'art. 19, lett. a L. n. 69 del 2005 stabilisce che «*1. L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria italiana, nei casi sotto elencati, è subordinata alle seguenti condizioni:*

a) se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata in absentia, e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in absentia, la consegna è subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio».

¹⁶⁹ Critico in ordine all'enorme margine di discrezionalità valutativa in proposito SAMMARCO, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato di arresto europeo*, in KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, 415.

¹⁷⁰ MARZADURI, sub art. 1-2, cit., 94; sul tema dell'extradizione condizionata v. MANGIARACINA, *L'esecuzione condizionata della richiesta di estradizione e le assicurazioni offerte dal nostro sistema processuale nell'ipotesi di condanna in absentia*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1310; RANALDI, *Punti fermi in tema di estradizione convenzionale condizionata*, in *Giur. It.*, 2005, 601; GAITO, *La vigenza del principio di specialità (a proposito di mandato d'arresto europeo e d'extradizione)*, in *Giur. It.*, 2004, 1556; Ib., *Parere pro veritate in tema di condanna contumaciale, estradizione condizionata alla rinnovazione del giudizio di merito e recupero del giusto processo nei rapporti di cooperazione internazionale tra Spagna e Italia*, in www.foroeuropa.it.

più gravi e persistenti conducono ad un rifiuto complessivo alla collaborazione giudiziaria¹⁷¹.

Dalla formulazione della disposizione non è dato comprendere quale sia l'autorità legittimata a richiedere dette garanzie ed in particolare se sia ancora rimasta la competenza del «ministro» in ordine alla verifica di affidabilità in concreto, oppure anche tale verifica sia stata rimessa all'autorità giudiziaria procedente.

Secondo alcuni¹⁷², la disciplina interna sul Mae avrebbe innovato sul punto, individuando nel giudice procedente il soggetto competente: ciò potrebbe essere desunto dal successivo art. 4 della L. n. 69 del 2005¹⁷³, che ha limitato il ruolo delle autorità centrali ai compiti ivi descritti. Simile conclusione potrebbe essere avvalorata dal considerando 9 del Preambolo della DQ, a tenore del quale «*il ruolo delle autorità centrali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo dev'essere limitato all'assistenza pratica e amministrativa*». Sarebbe, peraltro, evidente che il giudizio di effettività delle garanzie non dovrebbe profilarsi in termini di mera valutazione politica, bensì, dovrebbe consentire al giudice di stabilire se nel caso concreto le autorità dello Stato di emissione abbiano messo in pratica o si siano impegnati a mettere in pratica quei meccanismi giuridici che consentono in astratto di porre rimedio alla violazione dei diritti del ricercato a suo tempo constatata.

Nondimeno, fermo restando che la verifica in ordine alla legittimità formale non può non essere sempre rimessa all'autorità giudiziaria, qualche dubbio sembra potersi sollevare circa il fatto che anche l'apprezzamento

¹⁷¹ Vedi *infra* sub 12.

¹⁷² MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 94.

¹⁷³ L'art. 4 L. n. 69 del 2005 stabilisce che «1. In relazione alle disposizioni dell'articolo 7 della decisione quadro l'Italia designa come autorità centrale per assistere le autorità giudiziarie competenti il Ministro della giustizia. 2. Spettano al Ministro della giustizia la trasmissione e la ricezione amministrativa dei mandati d'arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa. 3. Il Ministro della giustizia, se riceve un mandato d'arresto europeo da uno Stato membro di emissione, lo trasmette senza indugio all'autorità giudiziaria territorialmente competente. Se riceve un mandato d'arresto europeo dall'autorità giudiziaria italiana, lo trasmette senza indugio allo Stato membro di esecuzione. 4. Nei limiti e con le modalità previsti da accordi internazionali può essere consentita in condizioni di reciprocità la corrispondenza diretta tra autorità giudiziarie. In tal caso l'autorità giudiziaria competente informa immediatamente il Ministro della giustizia della ricezione o dell'emissione di un mandato d'arresto europeo. Resta comunque ferma la competenza del Ministro della giustizia ai fini di cui al comma 1 dell'articolo 23».

intorno alle garanzie sia sempre di competenza di quest'ultima. Infatti, non si può non considerare che la disposizione normativa in commento fa riferimento ad «idonee» garanzie, sottintendendo quello che appare essere più un giudizio di natura discrezionale o meglio di opportunità politica che non di stretta legalità. Sembrerebbe dunque preferibile che proprio per la delicatezza della previsione¹⁷⁴ la valutazione fosse condotta dall'organo «politico». Non a caso il destinatario della richiesta in questione è individuato espressamente nello «Stato membro di emissione» e quindi in un soggetto che presuppone come interlocutore lo Stato membro di esecuzione, ossia chi agisce in nome e per conto di quest'ultimo.

Del resto, già il giudice delle leggi¹⁷⁵ in sede di declaratoria d'incostituzionalità del disposto di cui all'art. 698, 2° co. c.p.p.¹⁷⁶, e della L. 26.5.1984, n. 225 di ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione Italia-U.S.A. del 1983, nella parte in cui demandavano a valutazioni discrezionali, caso per caso, il giudizio sul grado di affidabilità e di effettività delle garanzie accordate dal Paese richiedente circa la non esecuzione di pene capitali, aveva sottolineato, sia pure incidentalmente, come «*un duplice vaglio, espletato, caso per caso, dall'autorità giudiziaria e dal Ministro di grazia e giustizia circa la «sufficienza» delle predette garanzie, offre, in astratto, il vantaggio di una politica flessibile da parte dello Stato richiesto, consentendo adattamenti, nel tempo, in base a considerazioni di politica criminale.*»

Né una simile soluzione ci pare possa essere contraddetta dal ridetto considerando 9, trattandosi di attività —nei termini sopra proposti— pur sempre riconducibile al concetto di «assistenza amministrativa». Ancora: la «direttiva» europea vuole ridotto al minimo il ruolo delle autorità centrali «nell'esecuzione» del Mae, mentre qui non è a parlarsi ancora di esecuzione *tout court*, ma di attività prodromica e preparatoria rispetto alla stessa e

¹⁷⁴ Cfr. CHIAVARIO, *Cooperazione internazionale ed obiettivi di garanzia ed efficienza nella nuova disciplina dei rapporti con autorità giudiziarie straniere*, in *Comm. Chiavario*, VI, Torino, 1991, 676.

¹⁷⁵ C. cost., 25.6.1996, 223, in *Leg. Pen.*, 1997, 107.

¹⁷⁶ Antecedentemente alla declaratoria d'incostituzionalità da parte di C. cost., n. 223 del 1996, l'art. 698, 2° co. c.p.p. così disponeva: «2. Se per il fatto per il quale è domandata l'extradizione è prevista la pena di morte dalla legge dello Stato estero, l'extradizione può essere concessa solo se il medesimo Stato dà assicurazioni, ritenute sufficienti sia dall'autorità giudiziaria sia dal ministro di grazia e giustizia, che tale pena non sarà inflitta o, se già inflitta, non sarà eseguita».

dunque agevolmente riconducibile alla competenza di un'autorità politica. Quale autorità però? La dottrina dianzi richiamata ha giustamente evidenziato il collegamento con quanto previsto dall'art. 4 della legge attuativa che disciplina le funzioni del «Ministro della giustizia». Ora, a parte il fatto che, come vedremo, le funzioni individuate da tale norma sono tutt'altro che secondarie, qui, però, non v'è alcun cenno al «Ministro della giustizia»; di tal che, si potrebbe anche ipotizzare la competenza di altro organo, per esempio, del «Presidente» del Consiglio dei ministri, oppure del «Ministro» degli Esteri. Insomma, argomentare dal disposto dell'art. 4 che le funzioni in parola siano rimesse all'autorità giudiziaria potrebbe non essere dirimente, potendosi, in senso contrario, sostenere che il 2° co. dell'art. 2 costituisce norma speciale e dunque derogatoria rispetto al successivo art. 4.

Piuttosto, ciò che lascia perplessi in questa richiesta di «idonee garanzie» è un problema di legittimità costituzionale —affatto diverso da quello affrontato nella sentenza del giudice delle leggi del 1996— che rischia di attingere la previsione normativa in commento, tanto nella prospettiva che essa postuli una valutazione di competenza dell'autorità giudiziaria, quanto nell'opposta prospettiva appena avanzata: è il problema di una potenziale disparità di trattamento insita nella valutazione stessa, con conseguente attenuazione della tutela dei diritti fondamentali del ricercato.

In quest'ottica, appare senz'altro equilibrata l'impostazione di chi¹⁷⁷, da un lato, sottolinea la non trascurabile importanza di una disciplina dei rapporti di cooperazione che poggia anche sullo sforzo degli Stati nella ricerca di una soluzione comunque positiva, dall'altro, nell'apprezzabile tentativo di circondare di oggettività la valutazione *de qua*, sulla scia della giurisprudenza in tema di assicurazioni funzionali alla sentenza favorevole all'estradizione, avverte, però, circa la necessità di evitare di ritenere adeguata una garanzia che non rassicuri al di là di ogni ragionevole dubbio.

Sempre in riferimento alla consegna subordinata alla prestazione di idonee garanzie, sorprende infine il mancato richiamo nella parte relativa alle disposizioni di principio della normativa di implementazione alla disposizione di cui al considerando 13, evocata solo tra i motivi di diniego della consegna, ove l'art. 18 prevede quale motivo di rifiuto il caso in cui sussista un serio

¹⁷⁷ MARZADURI, sub *artt.* 1-2, cit., 95.

rischio che la persona richiesta venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti. Stante la collocazione della previsione, deve ritenersi che le suddette garanzie debbano essere richieste proprio dell'autorità giudiziaria di esecuzione.

12. Il rifiuto della consegna

Il rifiuto della consegna di cui al 3° co. rappresenta un'ipotesi residuale da ricondurre ad una valutazione politica di portata «generale» e non giudiziaria, della quale dovrà, poi, semplicemente prendere atto il giudice. Qui si tratta, all'evidenza, di un vero e proprio «blocco» all'esecuzione di tutti i mandati d'arresto provenienti da quel determinato Stato membro¹⁷⁸.

Ne consegue che tale disposizione normativa non dovrebbe presentare alcuna interferenza con quella di cui al 1° co. dell'art. 2 che prevede, invece, una verifica (giurisdizionale) per ogni singola richiesta di arresto e di consegna¹⁷⁹.

D'altronde, la previsione *de qua* costituisce una riproposizione del considerando 10 del Preambolo, ove si contempla la «sospensione» dell'«attuazione» del «meccanismo del mandato d'arresto europeo» quale possibile conseguenza «in caso di grave e persistente violazione dei principi sanciti dall'art. 6 par. 1 TUE» accertata a seguito della procedura prevista nell'art. 7 TUE.

Infine, si osserva correttamente come la censura nei confronti dell'ordinamento dello Stato membro in forza di quest'ultima norma potrebbe anche non riguardare previsioni significative nell'ottica dell'applicazione delle disposizioni del Mae; del resto, il considerando 10 prevede solo l'eventualità (peraltro di difficile verifica) di una sospensione dell'attuazione del meccanismo del Mae, probabilmente in considerazione della diversa natura delle infrazioni che potranno essere constatate da parte del Consiglio dell'Unione europea¹⁸⁰.

¹⁷⁸ FRIGO, *Mandato d'arresto*, cit., 262.

¹⁷⁹ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 96, nota 147; *contra* LANCIOTTI, *Mandato di arresto europeo: il commento alla legge. I coinvolgimenti sopranazionali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, 809.

¹⁸⁰ MARZADURI, sub artt. 1-2, cit., 96, nota 148.