

INDICE

PARTE PRIMA

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UE

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE

1.- Introduzione.....	5
2.- Le origini della cooperazione giudiziaria penale nell'Ue: la cooperazione intergovernativa degli anni settanta ed ottanta.....	7
3.- Il Trattato di Maastricht.....	10
4.- Il Trattato di Amsterdam.....	12
4.1.- Il quadro istituzionale.....	14
4.2.- Le fonti del Terzo Pilastro.....	19
4.2.1.- Il principio di interpretazione conforme applicato alle decisioni quadro.....	24
5.- La cooperazione in materia penale negli anni 1999-2006.....	32
6.- Il Trattato di Lisbona: quadro generale.....	38
6.1.- Il processo decisionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.	41
6.2.- Le modalità della cooperazione giudiziaria nel Trattato di Lisbona.....	44
6.3.- Le innovazioni del Trattato di Lisbona sugli atti utilizzabili nel settore della giustizia penale.....	48
6.4.- L'art. 6 del nuovo TUE: questioni pregiudiziali e di costituzionalità in materia di diritti fondamentali.....	53
6.5.- Riflessioni critiche sulle conseguenze delle innovazioni del Trattato di Lisbona.....	58

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO

1.- Premessa.....	66
2.- L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziaria penale.....	70

2.1.- Oggetto e finalità del mutuo riconoscimento.....	79
2.2.- Il principio dell'equivalenza delle legislazioni.....	81
2.3.- Il ravvicinamento delle legislazioni.....	84
2.4.- La fiducia reciproca.....	90
3.- Il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e il ravvicinamento delle legislazioni alla luce del Trattato di Lisbona.....	93
4.- Rilievi conclusivi.....	96

PARTE SECONDA

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UNIONE EUROPEA E IL SISTEMA ITALIANO

CAPITOLO I

SOVRANITA' STATALE E COOPERAZIONE PENALE NELL'UNIONE EUROPEA

1.- Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea.....	100
2.- La definitiva affermazione del diritto penale europeo.....	103
3.- La profonda influenza sui principi penalistici della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo.....	107
4.- Cooperazione penale e tutela dei diritti fondamentali nei rapporti tra diritto europeo e diritto statale.....	111
5.- Le tecniche di "federalismo strisciante" adottate dalle istituzioni comunitarie.....	112

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI LEGALITA' E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE

1.- Il principio di legalità in materia penale.....	117
2.- Il principio di legalità nell'Unione europea.....	118
3.- Principio di legalità e riserva di diritto.....	121
4.- Corte costituzionale italiana e principio di legalità in materia penale.....	123
5.- Corte di Giustizia e principio di legalità penale.....	126

6.- La legalità penale tra crisi della riserva di legge parlamentare nazionale e persistente deficit democratico europeo.....	131
7.- Il principio di legalità in materia penale, la cooperazione giudiziaria penale e il principio di mutuo riconoscimento.....	133

PARTE TERZA

IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

CAPITOLO I

LA DECISIONE QUADRO SUL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

1.- Premessa.....	136
2.- Le varie ipotesi di rifiuto della decisione quadro nell'esecuzione di un mandato.....	138
3.- Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla Decisione quadro n. 2009/299/GAI.....	145
4.- Gli orientamenti della Corte di Giustizia su alcune disposizioni della decisione quadro sul MAE.....	148
5.- La decisione quadro e il rispetto delle garanzie fondamentali.....	159

CAPITOLO II

IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NELL'ORDINAMENTO

ITALIANO

1.- La posizione dell'Italia durante i negoziati.....	162
2.- Possibili profili di incompatibilità costituzionale della decisione quadro sul MAE.	164
2.1.- L'inviolabilità della libertà personale e il principio di tassatività.....	165
2.2.- Il giudice naturale precostituito per legge, la magistratura e il “ <i>giusto processo</i> ”.....	169
2.3.- I principi costituzionali in tema di estradizione: gli articoli 10-4 e 26 della Costituzione.....	171
3.- L'esitazione del Governo e le proposte di legge presentate dal Parlamento.....	172

4.- La L. 22 aprile 2005, n. 69, sul recepimento del mandato d'arresto europeo.....	174
4.1.- L'ampliamento del catalogo dei motivi di rifiuto.....	177
4.2.- Il contenuto del MAE.....	181
4.3.- La valutazione dei "gravi indizi di colpevolezza".....	183
4.4.- La "reviviscenza" della doppia incriminabilità.....	184
4.5.- Il principio dell' <i>ignorantia legis excusat</i>	186

CAPITOLO III

I PRINCIPALI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SUL MAE

1.- I principali orientamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sul MAE	188
2.- Il rilievo delle garanzie del " <i>giusto processo</i> ".....	189
3.- Il contenuto del MAE.....	191
4.- I gravi indizi di colpevolezza.....	192
5.- I motivi di rifiuto della consegna: giurisprudenza della Corte Costituzionale.....	194
5.1- I motivi di rifiuto della consegna: giurisprudenza della Corte di Cassazione.....	205
6.-La consegna del cittadino italiano.....	218
7.- Il termine per la decisione sulla consegna.....	223
8.- Il rinvio della consegna.....	224
- Considerazioni conclusive.....	226
- Bibliografia.....	233

PARTE PRIMA
LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UE.

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA
PENALE.

1.- Introduzione.

Il venire meno delle frontiere interne e la conseguente libertà di circolazione, se, da un lato, ha, infatti, garantito una grande opportunità di sviluppo economico e sociale, dall'altro lato, ha creato una grande occasione per le organizzazioni criminali di sfruttare a proprio vantaggio la liberalizzazione dei mercati e dei movimenti di persone, capitali, merci e servizi. Proprio la realizzazione del mercato unico¹ e cioè, di uno spazio senza frontiere interne, nel quale assicurare le quattro libertà fondamentali (libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali), ha, infatti, provocato una crescita esponenziale della criminalità dal punto di vista quantitativo e spaziale. Invero, la cd. globalizzazione dei rapporti socio-economici, la liberalizzazione delle regole relative agli spostamenti delle persone e dei beni, hanno agevolato i criminali nell'estendere la loro attività delinquenziale oltre il confine della propria nazione, in tal modo coinvolgendo più ordinamenti nazionali². In tale ambito, un ruolo

¹ L'obiettivo del mercato unico era stato individuato durante i lavori dalla Conferenza intergovernativa, iniziati, in Lussemburgo, in data 9 settembre 1985, e terminati in data 28 febbraio 1986 con l'adozione dell'Atto unico europeo – entrato in vigore il 1° luglio 1987 a seguito della ratifica da parte degli Stati membri (in Italia con la legge n. 909 del 23 dicembre 1986). Nonostante l'inevitabile difficoltà, principalmente derivante dalla necessità di procedere ad una completa armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali, al fine di eliminare tutte le barriere (fisiche, tecniche e fiscali) che si frapponivano al processo di integrazione, l'obiettivo è stato raggiunto tanto che, a partire dal 1° gennaio 1993, tra i paesi membri della Comunità europea sono caduti tutti gli ostacoli di natura burocratica e tariffaria che ostacolavano la circolazione dei beni e dei servizi.

² V. le Conclusioni dell'Avv. Gen. COLOMER presentate in data 19 settembre 2002, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Procedimento penale a carico di *Huseyin Gozutoka* e procedimento penale a carico di *Klaus Brügge*, in *Raccolta*, 2003, p. I-1345 (punti n. 44-45): *“La graduale soppressione dei controlli alle frontiere comuni è tappa obbligata nel cammino (verso la creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia). Tuttavia la soppressione degli ostacoli di ordine amministrativo elimina le barriere per tutti senza distinzioni, anche per coloro che approfittano di un abbassamento della soglia di vigilanza per espandere le loro attività illecite. Questo è il motivo per cui la soppressione dei controlli deve essere compensata da una maggiore cooperazione tra gli Stati, particolarmente in materia di polizia e sicurezza”*.

importante ha assunto la differenza esistente tra le legislazioni penali degli Stati membri, ha determinato una specie di *forum shopping* criminoso, consentendo ai criminali di scegliere la giurisdizione e la legge penale più favorevoli per sottrarre alla giustizia la propria persona e i proventi del reato³.

In questa nuova realtà sociale e criminologica, sono messi in crisi i principi della territorialità della legge e della giurisdizione e gli strumenti tradizionalmente adottati nel campo della cooperazione giudiziaria internazionale.

La cooperazione giudiziaria penale ha, dunque, ricorso a nuovi strumenti, quali:

1. la semplificazione e la maggiore celerità delle relazioni tra autorità giudiziarie;
2. il reciproco riconoscimento dell'efficacia dei provvedimenti adottati da ciascuna autorità;
3. un processo di integrazione sostanziale e processuale, dei sistemi giudiziari penali dei diversi Stati membri.

La predisposizione e la successiva adozione di tali strumenti cooperativi si sono, tuttavia, fatte strada tra notevoli difficoltà dovute, in particolare:

- alla tradizionale impostazione della politica criminale, in cui la potestà penale e l'intervento sanzionatorio rimaneva – e tuttora rimane – percepito come uno delle più tipiche espressioni della sovranità statale. Questa idea ha generato la difesa, da parte di ciascun Stato, della titolarità della funzione giurisdizionale penale all'interno del proprio territorio e condizionato la cooperazione tra diverse autorità giudiziarie;
- alle profonde diversità delle norme degli ordinamenti giuridici dei vari Stati membri nonché alle altrettanto profonde diversità culturali e linguistiche dei soggetti chiamati a collaborare tra loro⁴.

Il complesso percorso che l'Unione europea ha intrapreso e intende intraprendere, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, impone un *exkursus* storico giuridico che ne ripercorra le singole fasi, per comprendere e contestualizzare le concrete risposte che sono state nel corso degli anni fornite per fronteggiare il crimine transnazionale.

³ V. PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁴ V. APRILE E., *Diritto Processuale Penale Europeo ed Internazionale*, Cedam, Padova, 2007.

A tal fine, il presente elaborato si propone di: **1)** analizzare l'evoluzione storico giuridica della cooperazione giudiziaria in materia penale fino all'attuale assetto del Trattato di Lisbona; **2)** esaminare il delicato rapporto tra cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea e ordinamento italiano; **3)** analizzare la decisione-quadro relativa al mandato d'arresto europeo (MAE), evidenziando le possibili criticità applicative nell'ordinamento italiano; **4)** indagare le attuali difficoltà di attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, riflettendo sulle possibili soluzioni future. Ciò anche in vista dell'attività che l'Unione europea si propone di svolgere nel settore Giustizia, Libertà e Sicurezza, alla luce del Programma di Stoccolma⁵.

2.- Le origini della cooperazione giudiziaria penale nell'Ue: la cooperazione intergovernativa degli anni settanta ed ottanta.

Se è vero che la cooperazione giudiziaria in materia penale non figurava nel testo originale dei Trattati istitutivi⁶, non può non rilevarsi come la Comunità europea si fosse interessata a tale materia fin dalla seconda metà degli anni settanta, quando venne per la prima volta coniata dal Presidente francese Giscard d'Estaing l'espressione "*Espace judiciaire européen*"⁷. Decisiva al fine dello sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, è stata l'esigenza contingente di affrontare in modo unitario a livello europeo sia il fenomeno del terrorismo internazionale sia il processo di abbattimento delle frontiere avvenuto con gli accordi di Schengen⁸.

⁵ Conseil de l'Union européenne, Bruxelles 2 décembre 2009 (17024/09).

⁶ Prima dell'anno 1992, data di istituzione dell'Unione europea, tale materia era sostanzialmente estranea alle competenze comunitarie ed i rapporti tra le autorità giudiziarie degli Stati membri erano disciplinati da principi e norme analoghe a quelle valide per i rapporti tra l'Italia e qualsiasi altro paese straniero.

⁷ V. quanto pronunciato d'allora Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1977: "*Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique: le Marché commun, et aussi d'un espace commercial. Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite pas à cela*" (in *Doc. Fse*, P. E. F., 4° tr., 1977, p.65).

⁸ In particolare, con l'Atto unico europeo si affermava la convinzione che, accanto ad una concezione meramente mercantile, la Comunità europea dovesse contribuire ad una maggiore cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri in tutti i settori riguardanti lo *status* della persona, nella certezza che la promozione dello sviluppo democratico dovesse passare dalla tutela dei diritti fondamentali sanciti sia dalle Carte costituzionali dei singoli Stati membri sia dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. V. altresì PARISI N.,

Nel 1984 il Parlamento europeo aveva dichiarato che l'applicazione del principio generale del *ne bis in idem*⁹ nei rapporti tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della CE avrebbe consentito di realizzare pienamente la libera circolazione delle persone.¹⁰ Sulla base di tale risoluzione venne stipulata la Convenzione sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*.¹¹

Il primo strumento che ha consentito in concreto l'eliminazione delle frontiere interne, la libera circolazione e il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne, è stato l'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, concluso *inter se* da alcuni Stati membri della CE al di fuori dell'ambito comunitario, integrato dalla successiva Convenzione applicativa del 19 giugno 1990¹². L'Accordo del 1985 e la Convenzione del 1990 hanno vincolato solo alcuni Stati membri della CE e dell'UE, pertanto, tale sistema di integrazione è stato definito come una forma di cooperazione rafforzata *ante litteram*¹³.

Negli stessi anni si faceva avanti tra gli studiosi la questione riguardante la competenza della CE ad occuparsi della materia penale. Il pensiero dominante negava sia la competenza della CE in materia penale sia la configurabilità di un sistema autonomo di diritto penale comunitario¹⁴. Anche se la materia penale era, in linea di principio, riservata agli Stati, nessun dubbio esisteva comunque riguardo al fatto che la funzione d'interpretazione pregiudiziale della Corte di

Competenze dell'Unione e i principi regolatori, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, a cura di DRAETTA U.–PARISI N., Giuffrè, Milano, 2003.

⁹ V. GIARDA A., *Inaugurata la stagione delle novelle al codex di p.p.*, in *Corriere giur.*, 1990, p. 16 ss.

¹⁰ V. Risoluzione del 16 marzo 1984 sull'applicazione nella CE del principio del *ne bis in idem* in materia penale, in GUCE, C 104 del 16 aprile 1984, p. 133 ss.

¹¹ Firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987 e resa esecutiva in Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 350, in GURI, n. 253 del 28 ottobre 1989.

¹² Resa esecutiva in Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388, in GURI n. 232 del 2 ottobre 1993.

¹³ V. ROSSI L. *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano 2000, p. 12 ss.; ADAM, R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista dir. Eur.*, 1994, 225 ss. L'applicazione del sistema Schengen ha consentito di migliorare la rapidità e la qualità delle informazioni scambiate tra gli Stati membri in riferimento alla localizzazione delle persone ricercate e alla facilitazione dei contatti tra le autorità nazionali competenti in occasione dell'arresto delle persone. Ha inoltre introdotto l'estradizione semplificata che consente, con il consenso della persona richiesta, di rinunciare al principio di specialità, in base al quale non si può essere giudicati per fatti precedenti alla consegna, diversi da quelli che hanno dato luogo all'estradizione.

¹⁴ V. GRASSO C., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 1 ss.; SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1658 ss. e *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3510 ss.

giustizia ai sensi dell'art. 234 della CE, potesse produrre i propri effetti sul diritto penale nazionale¹⁵. Secondo la giurisprudenza comunitaria, infatti, anche se la legislazione penale e le norme di procedura penale erano in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tali norme tuttavia non potevano limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario¹⁶. In breve, si è affermato che gli Stati sono tenuti a delimitare la portata e il contenuto del diritto penale nazionale, al fine di garantirne sempre la compatibilità con il diritto comunitario¹⁷, incorrendo, in caso contrario, in una violazione del principio di leale collaborazione *ex art. 10 TCE*¹⁸. Si è osservato, altresì, che l'eliminazione delle barriere alla libera circolazione dei fattori della produzione e dei cittadini non accompagnata dall'abolizione delle frontiere giudiziarie (e, quindi, dalla rinuncia parziale, da parte degli Stati membri dell'UE, all'esercizio delle prerogative sovrane in campo penale) avrebbe impedito l'adozione di misure adeguate di contrasto alla criminalità, favorendo l'impunità dei responsabili di azioni criminose¹⁹.

Negli anni settanta ed ottanta, la cooperazione penale si è, dunque, sviluppata in parallelo con l'attività comunitaria, lungo due linee guida:

- l'adozione di forme di concertazione tecnica, finalizzate ad agevolare la collaborazione tra le autorità inquirenti per il contrasto al terrorismo internazionale, al traffico di stupefacenti ed alla criminalità organizzata²⁰;

¹⁵ V. Corte giustizia 21 marzo 1972, causa 82/71, *P. M. della Rep. It c/Soc. Agricola Industria Latte*.

¹⁶ V. Corte giustizia 11 novembre 1981, causa 203/80, *Guerrino Casati*, in *Raccolta*, 1981, p. 2595, punto 27, confermato da Corte giustizia 19 gennaio 1999, causa C 348/96, *Donatella Calfa*, in *Raccolta*, 1999, p. I- 11 ss., punto 17.

¹⁷ V. Corte giustizia 29 febbraio 1996, causa C 193/94, *Sofia Skanavie e Konstantin Chryssanthakopoulos*.

¹⁸ V. NIZZO C., *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede e l'integrazione europea*, in *Dir. un. eur.*, 1997, p. 381 ss.

¹⁹ V. AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 56 ss.

²⁰ In tale contesto, vennero istituiti cd. gruppi di lavoro – riunioni informali dei Ministri degli Stati membri, finalizzate a discutere modalità di intervento comuni nella lotta ai fenomeni criminali più preoccupanti. Di particolare importanza risulta il cd. Gruppo TREVI, che ha trovato la sua origine già a metà degli anni settanta, allorché, in occasione delle riunioni del Consiglio europeo, aveva preso vita una serie di consultazioni riservate tra i Ministri dell'Interno degli allora nove Stati membri, aventi ad oggetto lo studio di problemi relativi all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna. In particolare, la proposta di istituire un "gruppo di confronto e concertazione" sulla prevenzione del terrorismo venne da una iniziativa assunta dal Primo Ministro britannico in occasione del Consiglio europeo tenutosi a Roma nel dicembre del 1975. La nascita del gruppo di lavoro TREVI rispondeva, quindi, all'esigenza di istituire una forma di cooperazione di polizia tra

- la formazione di accordi in materia penale alternativi alle già esistenti convenzioni predisposte dal Consiglio d'Europa²¹.

3.- Il Trattato di Maastricht.

Il Trattato di Maastricht²² rappresenta una tappa senz'altro significativa del processo di integrazione europea, con la nuova configurazione dell'Unione

gli Stati membri delle Comunità europee al fine di prevenire e reprimere il terrorismo in modo più efficace di quanto avesse fino ad allora fatto Interpol. Il gruppo TREVI fu, dunque, pensato come un *forum*, al quale partecipavano i Ministri degli Interni e della Giustizia di ciascuno Stato membro, ed avente carattere intergovernativo: nonostante, infatti, fosse stato istituito dal Consiglio europeo, il gruppo, lungi dall'essere un organismo comunitario, rimaneva una iniziativa informale autonoma degli Stati. A partire dal 1993, l'attività del gruppo è stata assorbita dalle disposizioni del Trattato di Maastricht relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (CGAI).

²¹ La predisposizione di tali accordi era volta a rendere più facile l'applicazione degli strumenti di cooperazione penale del Consiglio d'Europa ed a migliorarne la disciplina. A mero titolo esemplificativo, si vedano: Convenzione fra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione (25 maggio 1987); l'Accordo relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate (25 maggio 1987); l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali (6 novembre 1990); la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle condanne penali straniere. Tuttavia, il bassissimo numero di ratifiche delle citate convenzioni da parte degli Stati membri della Comunità, decretava il fallimento dell'idea di procedere sulla strada dell'integrazione in via meramente intergovernativa, in tal modo preparando la strada per la decisione di attuare una istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale. Sul punto, v. PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

²² Giova osservare come la consapevolezza di dover adottare delle misure compensative del nuovo fenomeno criminale, nato dalla realizzazione del mercato unico europeo e dall'eliminazione delle frontiere interne, era già maturata ai tempi dell'Accordo di Schengen (firmato in data 14 giugno 1985) e della successiva Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (sottoscritto in data 19 giugno 1990 e ratificato dall'Italia con legge n. 388 del 30 settembre 1993), laddove all'abolizione dei controlli sulle persone all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne tra gli Stati aderenti, era corrisposta l'adozione di una serie di misure di cooperazione di polizia e giudiziaria a tutela del *deficit* di sicurezza che si era così andato a creare. A tal proposito, la Convenzione dedica numerosi articoli agli argomenti della cooperazione in materia penale, quali la mutua assistenza giudiziaria (artt. 48-53), l'applicazione del principio *ne bis in idem* (artt. 54-58) nonché la trasmissione dell'esecuzione delle sentenze repressive (artt. 67-69), sforzandosi di conciliare due principi apparentemente contraddittori: la totale libertà di circolazione all'interno di uno spazio geografico ben determinato ed il mantenimento di un nuovo livello di sicurezza. Il primo passo verso un'effettiva cooperazione giudiziaria è il Trattato sull'UE del 1992, che ha rafforzato il meccanismo di controllo delle frontiere esterne, adottando una politica comune in materia di visti, asilo e immigrazione, e che ha istituzionalizzato la cooperazione intergovernativa nei settori della giustizia e degli affari interni (GAI, titolo VI del vecchio TUE, c.d. terzo pilastro). Per realizzare gli obiettivi dell'UE, è nata l'Europa a tre pilastri: il primo economico- monetario; il secondo della cooperazione in materia di politica estera; il terzo della cooperazione in materia di giustizia e di affari interni. La natura del primo pilastro è comunitaria, mentre il secondo e il terzo pilastro sono stati in origine caratterizzati dal metodo intergovernativo, prevedendo modelli di cooperazione e di coordinamento tra gli Stati membri di natura internazionalistica. V. BILANCIA P., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2004, p. 351 ss.

europea a tre pilastri²³. I settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia non venivano inseriti all'interno del riformato Trattato CE ma nel c.d. terzo pilastro. Con il Trattato di Maastricht, pertanto, la cooperazione giudiziaria in materia penale non veniva comunitarizzata bensì istituzionalizzata, rimanendo inserita nel campo del diritto internazionale generale.

Nel preambolo del Trattato di Maastricht, gli Stati membri hanno confermato il loro impegno per agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli, con l'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'art. 29 TUE ha inoltre sancito l'impegno degli Stati membri "*nella prevenzione e repressione delle azioni della criminalità organizzata, quali il terrorismo, la tratta di esseri umani, i reati contro i minori, la pedofilia, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, anche nell'ambito dei pubblici poteri*". Tale norma ha indicato l'extradizione, il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e l'esecuzione delle sentenze in materia penale quali strumenti per il raggiungimento di tali obiettivi. Si creava in tal modo un sistema (il cd. *sistema K* – artt. da K a K.9), con un ambito di applicazione ben determinato (le nove "*questioni di interesse comune*" di cui

²³ La struttura a tempio è il risultato di un compromesso faticosamente raggiunto fra le volontà contrapposte degli Stati membri al momento della firma del Trattato di Maastricht. In quell'occasione, alcuni Stati, temendo che una netta separazione potesse provocare la disgregazione della costruzione europea, propendevano per l'inserimento delle tre colonne in un testo giuridico unitario, assimilando di fatto le nuove politiche a quelle già previste dai trattati originari. Altri sostenevano, invece, la necessità di salvaguardare il potere decisionale degli Stati membri nei settori della politica estera nonché degli affari interni e della giustizia. Il risultato fu questa originale struttura con la quale si è attribuita alle diverse istituzioni ruoli diversi a seconda del pilastro in cui operano. *Breviter*, le principali differenze tra i tre pilastri è data dal fatto che per le politiche avviate nell'ambito del primo pilastro si applica il cd. metodo comunitario, che marginalizza il ruolo dei governi nazionali a favore delle istituzioni comunitarie. I governi degli Stati membri possono, infatti, intervenire soltanto nelle forme e secondo le procedure previste nei trattati, bilanciando il loro ruolo con quello delle altre istituzioni: ciò vuol dire, ad esempio, che nessun atto può essere adottato nell'ambito del primo pilastro dal Consiglio dell'Unione, istituzione che più rappresenta gli interessi degli Stati membri, senza la preventiva iniziativa legislativa della Commissione delle Comunità europee; come noto, i trattati istitutivi riservano l'iniziativa legislativa alla sola Commissione che esercita in tal modo una sorta di controllo a priori sull'attività legislativa comunitaria. La collaborazione nell'ambito degli altri due pilastri è, invece, di carattere tipicamente intergovernativa, attribuendo tutto il potere decisionale agli Stati membri. Per un commento in generale sul Trattato di Maastricht si vedano: ADAM R., *La cooperazione* cit., p. 225 ss.; PARISI N.e RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996; TIZZANO A., *Brevi note sul "terzo pilastro" del trattato di Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 391 ss.

all'art. K.1²⁴), che disciplinava il ruolo degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie e prevedeva un serie di atti giuridici specifici attraverso i quali realizzare la cooperazione (azioni comuni, posizioni comuni, e convenzioni).

Negli ultimi anni novanta vengono, deliberate alcune significative azioni comuni²⁵. Però, al di là dei risultati conseguiti con le suddette azioni comuni, si comincia a far strada l'idea che queste forme di cooperazione giudiziaria non siano sufficienti e sia necessario procedere ad un'armonizzazione normativa a livello europeo dei diritti penali nazionali.

4.- Il Trattato di Amsterdam.

La svolta decisiva nella cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione si ha nel 1997²⁶, con la firma del Trattato di

²⁴ Si tratta delle seguenti materie: la politica dell'asilo; le norme che disciplinano l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri da parte delle persone e l'espletamento dei relativi controlli; la politica dell'immigrazione, la lotta contro l'immigrazione, il soggiorno ed il lavoro irregolari; la lotta contro la tossicodipendenza; la lotta contro la frode su scala internazionale; la cooperazione giudiziaria in materia civile; la cooperazione giudiziaria in materia penale; la cooperazione doganale; la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e le altre forme gravi di criminalità internazionali.

²⁵ Con questa espressione si indica la convergenza delle posizioni assunte dai vari Stati membri che porta alla definizione di una strategia attribuibile alla Comunità nel suo insieme e non più a singoli Stati. Tra le quali meritano di essere ivi ricordate quelle concernenti l'appartenenza ad una organizzazione criminale (in G.U.C.E., L 351 del 29 dicembre 1998); la corruzione nel settore privato (in G.U.C.E., L 358 del 31 dicembre 1998); la lotta al riciclaggio e confisca dei proventi di reato (in G.U.C.E., L 333 del 9 dicembre 1998); nonché quella istitutiva della *Rete giudiziaria europea per la cooperazione penale* (in G.U.C.E., L 191 del 7 luglio 1998). Inaugurata ufficialmente il 25 settembre 1998, la Rete è costituita dalle autorità centrali responsabili della cooperazione internazionale e dalle autorità giudiziarie competenti nei settori specifici della cooperazione. Si tratta, in pratica, di una rete di punti di contatto giudiziari che si avvale delle seguenti articolazioni: le autorità centrali responsabili in ambito nazionale della cooperazione giudiziaria; i magistrati di collegamento di cui all'azione comune 96/277/GAI del 22 aprile 1996, in qualità di corrispondenti di *Eurojust*; una persona di contatto designata dalla Commissione. Essi forniscono informazioni giuridiche o pratiche delle quali necessitano le autorità giudiziarie locali dei rispettivi paesi nonché le persone di contatto e le autorità giudiziarie degli altri Paesi. Il contenuto delle informazioni diffuse mediante la Rete comprende: i dati completi delle persone di contatto di ciascuno Stato membro, ivi comprese le relative competenze a livello interno; l'elenco semplificato delle autorità giudiziarie ed il repertorio delle autorità locali di ciascun Stato membro; informazioni giuridiche e pratiche concise sui sistemi giudiziari e procedurali degli Stati membri; i testi degli strumenti giuridici pertinenti e, per quanto riguarda le convenzioni in vigore, il testo delle dichiarazioni e delle riserve. V. APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007. Recentemente, la Rete giudiziaria europea è stata oggetto di modifica ed aggiornamento con la decisione 2008/976/GAI del 16 dicembre 2008 (pubblicata in *Gazz.Uff.* della 24 dicembre 2008, L 348/130). Per un commento, v. APRILE E.-SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

²⁶ Firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999. Tale Trattato ha infatti trasferito nel pilastro comunitario la materia dei visti, dell'asilo, dell'immigrazione ed altre

Amsterdam²⁷. Con esso si poneva come obiettivo dell'Unione la realizzazione di uno *spazio effettivo di libertà, sicurezza e giustizia* tra i Paesi membri e si dedicava un intero titolo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Si deve, dunque, al Trattato di Amsterdam una prima importante riforma strutturale, che vede, innanzitutto, il tentativo di porre rimedio alla mancanza di un «faro»²⁸ nella cooperazione in materia di giustizia penale, in particolare, affidando al terzo pilastro un obiettivo preciso: *“fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nei settori di polizia e giudiziaria in materia penale”*²⁹ (art. 29 primo comma TUE) attraverso la prevenzione e la repressione della *“criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare, il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode”*(art. 29 secondo comma TUE).

L'art. 31 TUE prevedeva poi i cinque punti fondamentali intorno ai quali si deve articolare l'azione dell'Unione in campo penale:

politiche connesse con la libera circolazione delle persone, disciplinate dal titolo IV del vecchio TCE ed ha introdotto rilevanti modifiche al titolo VI, con la conseguenza che le finalità del terzo pilastro, rinominato cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, risultano notevolmente ampliate.

²⁷ Occorre, infatti, ricordare che il successivo Trattato di Nizza (firmato il 12 dicembre 2000, entrato in vigore il 1° febbraio 2003 in GUUE, 10 marzo 2001, n. C 80) si è limitato ad apportare al terzo pilastro innovazioni di portata assai modesta, senza intaccare l'impianto creato da Amsterdam: le uniche modifiche hanno riguardato l'inserimento di alcuni riferimenti ad Eurojust negli artt. 29 e 31 TUE e la riforma dell'art. 40 relativo alla cooperazione rafforzata, onde renderne più facile l'applicazione. Per un commento in generale sul Trattato di Amsterdam si vedano: DRAETTA U. –PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione europea – parte speciale*, Giuffré, Milano, 2003; POCAR F., *Commentario ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2001.

²⁸ L'espressione è di PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffré, Milano, 2007, p. 14 ss.

²⁹ Secondo il Piano d'azione di Vienna sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, adottato congiuntamente da Consiglio e Commissione in data 3 dicembre 1998 (in *Gazz. Uff. C1999* del 19 gennaio 1999): *“... queste tre nozioni sono strettamente interconnesse. La libertà perde molto del suo significato se non la si può godere in un ambiente sicuro, pienamente sostenuti da un sistema giudiziario che riscuota la fiducia dei cittadini dell'Unione e delle persone che vi riedono. Queste tre nozioni indissociabili hanno un denominatore comune – i cittadini – e ognuna di esse non può essere pienamente realizzata senza le altre due”*.

- a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni;
- b) la facilitazione dell'estradizione fra gli Stati membri;
- c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione;
- d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri;
- e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti³⁰.

4.1.- Il quadro istituzionale.

Nel tentativo di avvicinare i meccanismi del terzo pilastro al diritto comunitario e di limitarne, in tal modo, i caratteri di intergovernatività, il Trattato di Amsterdam riforma profondamente il ruolo ed i poteri spettanti alle istituzioni nel Titolo VI.

Il quadro istituzionale comune del terzo pilastro era regolato dall'art. 34 TUE. Gli Stati membri in base all'art. 34 par. 1 del TUE, si informavano e si consultavano reciprocamente, all'interno del Consiglio, per coordinare la loro azione, instaurando una collaborazione tra i servizi competenti delle loro amministrazioni. Gli Stati membri inoltre detenevano insieme alla Commissione, il potere di proporre al Consiglio l'adozione degli atti necessari per il raggiungimento delle finalità dell'Unione nel terzo pilastro. Altresì importante era la funzione legislativa svolta dagli Stati membri per conformare i propri ordinamenti giuridici alla normativa europea nella materia del terzo pilastro come ad esempio in Italia con la legge del 4 febbraio 2005 n. 11³¹, contenente "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'UE e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*", in cui venivano elencati nel secondo comma dell'art. 1 le fonti degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'integrazione comunitaria, e, tra questi, venivano individuati espressamente

³⁰ In merito, v. PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento* cit., p. 17 ss.

³¹ In GU del 15 febbraio 2005 n. 37.

quelli che conseguono all’emanazione di decisioni quadro e di decisioni adottate nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale³². Infine, l’art. 40 del TUE, attribuiva agli Stati membri il potere di realizzare forme di cooperazione rafforzata allo scopo di conseguire più rapidamente l’obiettivo di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel territorio dell’UE, nel rispetto delle competenze della CE e degli obiettivi stabiliti dal titolo VI.

La Commissione vedeva finalmente rafforzata una delle sue competenze fondamentali, ossia l’iniziativa legislativa, diritto che veniva riconosciuto in tutte le materie del nuovo terzo pilastro (art. 34 comma 2 TUE)³³. La Commissione, inoltre, era “*pienamente associata ai lavori del Consiglio*” (art. 36 comma 2 TUE) formulando comunicazioni e monitorando i progressi compiuti nell’attuazione degli obiettivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Essa disponeva altresì del potere di attivare il contenzioso di legittimità ai sensi dell’art. 35 comma 6 TUE³⁴.

Un ruolo rilevante, era assegnato al Parlamento europeo³⁵ che poteva essere chiamato ad emettere il suo parere entro un termine fissato dal Consiglio

³² V. BATTISTA D., *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Verona, 2006, p. 13 ss.

³³ Art. 34 comma 2 TUE: “*Il Consiglio adotta misure e promuove, nella forma e secondo le procedure appropriate di cui al presente titolo, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell’Unione. A questo scopo, deliberando all’unanimità, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, il Consiglio può: a) adottare posizioni comuni che definiscono l’orientamento dell’Unione in merito a una questione specifica; b) adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le decisioni-quadro 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; c) adottare decisioni aventi qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del presente titolo, escluso qualsiasi ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Queste decisioni sono vincolanti e non hanno efficacia diretta. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, adotta le misure necessarie per l’attuazione di tali decisioni a livello dell’Unione; d) stabilire convenzioni di cui raccomanda l’adozione agli Stati membri secondo le rispettive norme costituzionali. Gli Stati membri avviano le procedure applicabili entro un termine stabilito dal Consiglio*”.

³⁴ Art. 35 comma 6 TUE: “*La Corte di giustizia è competente a riesaminare la legittimità delle decisioni-quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere. I ricorsi di cui al presente paragrafo devono essere promossi entro due mesi dalla pubblicazione dell’atto*”.

³⁵ Occorre osservare che i paragrafi 2 e 3 della disposizione in esame riproducevano il precedente art. K6, introdotto con il Trattato di Maastricht, mentre il paragrafo 1 rinnovava profondamente il ruolo del Parlamento europeo nell’ambito del terzo pilastro. Tale paragrafo, infatti, imponeva la consultazione del Parlamento europeo da parte del Consiglio prima dell’adozione di qualsivoglia misura e ciò in un termine non inferiore a tre mesi. Nel caso di mancata emissione del parere entro il termine indicato, che era obbligatorio ma non vincolante, il Consiglio poteva procedere

non inferiore a tre mesi e aveva la possibilità di essere informato regolarmente dalla Presidenza e dalla Commissione sui lavori svolti nel settore del terzo pilastro o di poter rivolgere al Consiglio interrogazioni o raccomandazioni (art. 39 comma 3 TUE³⁶). Il controllo di democraticità sull'operato del Consiglio viene in tal modo demandato al piano nazionale, spettando ai Parlamenti nazionali esercitarlo in sede di recepimento delle decisioni-quadro o di ratifica delle Convenzioni predisposte dal Consiglio.

Al Consiglio spettava il potere di adottare misure e promuovere, nella forma e secondo le procedure appropriate, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. La regola generale per la formazione della volontà collegiale era l'unanimità, cui erano soggette tutte le delibere aventi ad oggetto l'adozione degli atti del terzo pilastro³⁷. È, pertanto, il Consiglio l'istituzione che gioca un ruolo importante dato che non solo continuava ad essere la sede nel quale gli Stati *“si informano e si consultano reciprocamente (...) per coordinare la loro azione”* ma è l'organo che accentrava in sé il potere legislativo (art. 34 comma 1 TUE). Tale potere veniva esercitato in base a logiche sostanzialmente intergovernative poiché la volontà politica dei Governi era tutelata dal ricorso al voto all'unanimità (art. 34 comma 2 TUE). Il sistema di votazione del Consiglio, accanto al ruolo ancora secondario del Parlamento europeo e della Commissione, mostrava chiaramente come all'interno del terzo pilastro continuavano a prevalere le istanze politiche degli Stati membri; segno, questo, del suo carattere ancora intergovernativo e non comunitario.

all'adozione dell'atto. In base al par. 2 della disposizione, il Parlamento europeo doveva essere informato dei lavori svolti nel terzo pilastro dalla presidenza del Consiglio e dalla Commissione, anche quando non era prevista la sua previa consultazione. Il par. 3 della stessa disposizione abilitava poi il Parlamento europeo a rivolgere interrogazioni o raccomandazioni al Consiglio, nonché a svolgere un dibattito sui progressi conseguiti nel terzo pilastro.

³⁶ Art. 34 comma 1 TUE: *“Il Parlamento europeo può rivolgere al Consiglio interrogazioni o raccomandazioni. Esso procede ogni anno a un dibattito sui progressi compiuti nei settori di cui al presente titolo. Il Consiglio consulta il Parlamento europeo prima di adottare qualsiasi misura di cui all'articolo 34, paragrafo 2, lettere b), c) e d). Il Parlamento europeo esprime il suo parere entro un termine che il Consiglio può fissare; tale termine non può essere inferiore a tre mesi. In mancanza di parere entro detto termine, il Consiglio può deliberare”*.

³⁷ Solo le misure relative all'applicazione degli atti elencati dall'art. 34, par. 2, erano adottate dal Consiglio a maggioranza dei terzi delle parti contraenti. Qualora le deliberazioni del Consiglio richiedessero la maggioranza qualificata, ai voti dei membri era attribuita la ponderazione prevista all'art. 205, par. 2, del TCE e le deliberazioni erano valide con almeno 232 voti favorevoli, provenienti da almeno due terzi dei membri. In caso di votazione a maggioranza qualificata si applicava la regola della rappresentanza di almeno il 62% della popolazione totale dell'UE. Anche per le questioni procedurali il Consiglio deliberava a maggioranza dei suoi membri.

L'art. 35 del titolo VI -riformato dal Trattato di Amsterdam- disciplinava le competenze della Corte di Giustizia in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale, prima escluse nel settore della giustizia e degli affari interni³⁸. Invero, delle numerose competenze attribuite alla Corte dal TCE sono state trasferite nel vecchio titolo VI del TUE soltanto la competenza pregiudiziale e quella avente ad oggetto il controllo di legittimità degli atti delle istituzioni; invece la competenza relativa agli inadempimenti degli Stati membri era esercitata solo in relazione a controversie tra Stati membri concernenti l'interpretazione e l'applicazione di atti adottati a norma dell'art. 34, par. 2, TUE, qualora tali controversie non potessero essere risolte dal Consiglio entro sei mesi dalla data nella quale esso fosse stato adito da uno dei suoi membri. Non trovavano invece alcuna corrispondenza nel titolo VI la competenza avente ad oggetto le illegittime omissioni delle istituzioni (c.d. ricorso in carenza) e quella relativa alla responsabilità extracontrattuale delle istituzioni (c.d. azione di danni)³⁹.

³⁸ Le competenze attribuite alla Corte erano: 1. un potere di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione e la validità di decisioni e decisioni-quadro e sull'interpretazione di convenzioni concluse ai sensi dell'art. 34 (art. 35 comma 1 TUE). In merito, giova osservare, come la competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sia facoltativa: l'art. 35 comma 1 TUE prevede, infatti, che ciascuno Stato membro possa o meno dichiarare di accettare tale giurisdizione della Corte, potendo unilateralmente stabilire se il potere di adire la Corte in via pregiudiziale spetti a tutte le giurisdizioni nazionali ovvero solo a quelle di ultima istanza. Si tratta, poi, di un rinvio non obbligatorio ma meramente facoltativo: l'art. 35 TUE prevede che il giudice nazionale, anche se si tratta di ultima istanza, possa e non già debba richiedere la pronuncia della Corte. La Dichiarazione n. 10 adottata dalla Conferenza intergovernativa del 1997 prevede che ciascuno Stato, all'atto dell'accettazione della giurisdizione della Corte in base dell'art. 35 par.1, può dichiarare che, quando l'interpretazione o la validità di un atto adottato ai sensi dell'art. 34 sia in discussione dinanzi ad un giudice di ultima istanza, tale giudice sia obbligato ad adire pregiudizialmente la Corte; 2. un potere di controllare la legittimità delle decisioni e delle decisioni-quadro (art. 35 comma 6 TUE). In questa ipotesi, il compito della Corte è di accertare che l'atto non sia viziato perché emanato da un organo non competente, in violazione delle forme previste, in violazione delle disposizioni del trattato o di altra regola di diritto relativa alla sua applicazione o perché vi è stato sviamento di potere, vale a dire un esercizio del potere per un fine diverso da quello per il quale era stato attribuito. Qualora la Corte riscontri uno di questi vizi nell'atto, ha il potere di annullarlo a partire dal momento della sua emanazione. I soli soggetti legittimati a proporre questo tipo di ricorso sono la Commissione e gli Stati membri; 3. un potere di pronunciarsi sulle controversie insorte tra due o più Stati membri o tra Stati e Commissione, relativamente all'interpretazione o all'applicazione di atti normativi del terzo pilastro (art. 35 comma 7 TUE). È previsto, però un primo tentativo di conciliazione da operarsi in seno al Consiglio; se entro sei mesi, non viene trovata alcuna soluzione può essere adita la Corte.

³⁹ V. TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., Milano, 2004, p. 111-156; ROSSI, L. S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano 2000, p. 12 ss.

Di diverso avviso era parte della dottrina⁴⁰ che riteneva possibile per la Corte sindacare, sulla base dell'art. 232 del TCE, l'omessa adozione da parte del Consiglio delle misure per prevenire e combattere la criminalità a norma dell'art. 31, lettera e) del TUE in conformità all'art. 61, lett. a) del TCE, che prevedeva entro il termine di cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam l'adozione delle misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone. Si è altresì osservato che di fronte ad un complesso articolato di norme che il TCE dedica alla Corte e alle competenze da essa svolte, la materia della cooperazione penale prevedeva invece un'unica disposizione, l'art 35, che presentava tuttavia numerose lacune riguardanti le questioni procedurali e gli effetti delle sentenze. Sorgeva, quindi, il dubbio se tali lacune potessero essere colmate con l'applicazione analogica delle norme del TCE e dello Statuto della Corte di Giustizia, pur in assenza di qualsiasi esplicito richiamo. La risposta era positiva, sempre che si trattasse di norme compatibili con il sistema del titolo VI.

Per ciò che concerneva le competenze della Corte nell'ambito del terzo pilastro, occorre osservare che la competenza pregiudiziale era limitata. Essa in effetti non prevedeva che la Corte interpretasse le disposizioni del titolo VI se non nelle limitate ipotesi relative alle pronunce sull'interpretazione o sulla validità di atti adottati in base a tali disposizioni. Non tutti gli atti previsti dall'art. 34, par. 2, erano oggetto di questioni di interpretazione o validità, ma soltanto le decisioni-quadro e le decisioni. Viceversa, quanto alle convenzioni, le questioni pregiudiziali potevano essere solo di tipo interpretativo, mentre le posizioni comuni (art. 35 par. 2, lett. a)) erano escluse per il carattere meramente politico di tali atti⁴¹. In sintesi, mentre il sistema TCE prevedeva una competenza pregiudiziale obbligatoria per gli Stati membri per il semplice fatto di essere parti del TCE, nel sistema del titolo VI del TUE, invece, ogni Stato membro doveva specificatamente dichiarare di accettare tale competenza della Corte, mediante un'apposita dichiarazione da effettuare all'atto della firma del trattato di Amsterdam o, successivamente, in qualunque momento. Gli Stati membri, dunque,

⁴⁰ V. ADAM R., *La cooperazione* cit., 225 ss.

⁴¹ V. TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., Milano, 2004, p. 111-156; ROSSI L., S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., Milano 2000, p. 12 ss.

erano liberi di accettare o meno la competenza pregiudiziale della Corte e potevano anche determinarne la portata, valutando se riconoscere il potere di rivolgersi alla Corte solo alle giurisdizioni nazionali le cui decisioni non possono formare oggetto di ricorso giurisdizionale di diritto interno (par. 3, lett. a), ovvero ad altri organi di giurisdizione nazionale (par. 3, lett. b). Quanto alle procedure applicabili, l'art. 35 non conteneva indicazioni da seguire nell'esame delle questioni pregiudiziali disciplinate dai par. 1-3, quindi si applicavano per analogia le norme che regolano la competenza pregiudiziale nell'ambito del TCE (art. 234).

Occorre tuttavia chiarire la posizione degli Stati che non hanno accettato la competenza pregiudiziale della Corte. In tale ipotesi il par. 4 dell'art. 35 specificava che ogni Stato aveva la facoltà di presentare alla Corte memorie ed osservazioni scritte nei procedimenti di cui al par. 1.

Un'altra competenza della Corte prevista dall'art. 35 par. 6, riguardava il controllo di legittimità sulle decisioni-quadro e sulle decisioni. Tale sindacato, non si estendeva né alle posizioni comuni, né alle convenzioni e alle misure di applicazione delle stesse. Inoltre, i soggetti legittimati a richiedere il controllo di legittimità erano solo gli Stati membri e la Commissione.

Infine il par. 7 dell'art. 35 prevedeva una competenza avente ad oggetto le controversie tra Stati membri o tra Commissione e Stati membri. Occorre osservare che la formulazione di tale articolo, orientata in termini di competenza a risolvere le controversie piuttosto che come competenza a conoscere di determinate azioni, sottolineava la distanza di tale modello rispetto a quello disegnato dagli articoli del TCE. La portata della competenza della Corte era diversa a seconda dei soggetti coinvolti. Se si trattava di controversia tra due Stati, la competenza della Corte si estendeva ad ogni controversia concernente l'interpretazione o l'applicazione di atti adottati a norma dell'art. 34, par. 2. Viceversa, se la controversia sorgeva tra la Commissione e uno Stato, alla Corte poteva essere sottoposta la questione concernente l'interpretazione o l'applicazione delle convenzioni stabilite a norma dell'art. 34, par. 2, lett. d) .

4.2.- Le fonti del Terzo Pilastro.

Una altra riforma assai significativa del Trattato di Amsterdam riguardava la nuova tipologia di atti normativi che il Consiglio poteva adottare nell'ambito

del terzo pilastro. Scomparivano le azioni comuni, per lasciare il posto a due nuovi strumenti: la decisione quadro – alla quale viene affidato il peculiare ed importante compito di ravvicinare le legislazioni – e la decisione – che si presentava quale strumento residuale destinato a perseguire “*qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi*” (art. 34 lett. b) TUE) del titolo VI, con l’esclusione del ravvicinamento delle legislazioni. L’importanza di questi due strumenti risiede nell’esplicita previsione della loro obbligatorietà per tutti gli Stati membri, ancorché gli stessi siano privi di efficacia diretta (art. 34 lett. b) e c) TUE).

Le decisioni quadro, ai sensi dell’art. 34, par. 2, lett. b), costituivano atti tipici del terzo pilastro. La disposizione richiamata prevedeva il ricorso alla decisione quadro unicamente per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; stabiliva altresì che le decisioni quadro erano vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. L’art. 34 escludeva espressamente che le decisioni quadro fossero produttive di effetti diretti all’interno degli Stati membri, a prescindere dall’eventuale chiarezza, precisione e completezza delle relative disposizioni⁴². L’assenza di effetto diretto non pregiudicava, però, l’obbligo per il giudice nazionale di interpretare, ove possibile, il diritto interno in modo conforme alla decisione quadro, concorrendo, in tal modo, ad attuare la misura nell’ordinamento nazionale.

⁴² In particolare, la locuzione “*effetti diretti*” è stata coniata dalla Corte di Giustizia, allorché, in tema di direttive, iniziò ad affermare che una volta decorso inutilmente il termine per il recepimento, le stesse potessero comunque, a certe condizioni, produrre alcuni effetti all’interno dell’ordinamento dello Stato membro inadempiente. Tali effetti diretti consistono nella possibilità per i singoli di fare valere nei confronti dello Stato i diritti che la direttiva attribuisce loro (cd. Effetti diretti verticali). Orbene, osservando come la previsione degli effetti diretti delle direttive sia stata concepita dal Giudice comunitario come un modo per far fronte al ricorrente fenomeno del mancato recepimento delle direttive da parte degli Stati membri, ben si comprende il motivo per il quale l’art. 34 TUE escluda espressamente tali effetti: una simile soluzione è, infatti, in perfetta armonia con l’esclusione del ricorso per infrazione in caso di mancato recepimento di una decisione-quadro e con la *ratio* di rispetto della sovranità nazionale che permea tutto il terzo pilastro. È ormai evidente come il Trattato di Amsterdam, nel disegnare *ex novo* uno strumento non invasivo come la decisione-quadro, l’abbia configurato come una sorta di direttiva depurata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ispirandosi, invece, al modello della direttiva originariamente concepito dai redattori del Trattato di Roma. Si tratta di una scelta che, come è stato osservato, è in definitiva una chiara espressione del “*fastidio istituzionale degli Stati per una dinamica espansiva del processo di integrazione in via giurisprudenziale, sostanzialmente al di fuori dal controllo degli Stati stessi*”. Così CHITI, *Verso lo spazio giudiziario europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p. 787 ss.

L'importanza delle decisioni quadro risiedeva, oltre che nel loro carattere vincolante, anche nello scopo al quale esse erano preposte, ossia il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri⁴³. Quanto alla portata del ravvicinamento che l'Unione poteva operare attraverso le decisioni-quadro, il Trattato precisava che il ravvicinamento può comportare *“la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni”* (art. 31 TUE). In merito, occorre rilevare come l'utilizzo nell'art. 31 dell'inciso *“se necessario”*, sembrava connotare il ravvicinamento delle legislazioni come l'*extrema ratio* in fatto di strumenti a disposizione del Consiglio nel settore della cooperazione in materia penale. Un'analisi della prassi rivela che fin dalle prime decisioni-quadro il Consiglio ha, invece, adottato una interpretazione assai più estensiva dell'art. 31 lett. e) TUE. Uno degli esempi più significativi è fornito dalla decisione-quadro sul terrorismo, del 13 giugno 2002⁴⁴.

⁴³ V. SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, (a cura di) GRASSO G. -SICURELLA R., Giuffrè, Milano, 2007.

⁴⁴ Decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, del 13 giugno 2002, in *Gazz.Uff.* L.164 del 22 giugno 2002. Essa, innanzitutto, prevede che gli Stati membri adottino le *“misure necessarie”* per assicurare che il reato di terrorismo sia punito; ma a tal fine, la decisione-quadro individua puntualmente una serie di condotte, delle quali vengono definiti gli elementi materiali (che spaziano dal sequestro di persona al dirottamento, alla fabbricazione e detenzione di armi da fuoco) e quelli psicologici (il dolo specifico di intimidire la popolazione, di operare una indebita coercizione ai danni dei pubblici poteri, ...). L'art. 2 fornisce, inoltre, una precisa definizione di *“organizzazione terroristica”* Per organizzazione terroristica si intende *“l'associazione strutturata di due o più persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere dei reati terroristici. Il termine associazione strutturata designa una associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata”*. Il Consiglio non si è, dunque, limitato ad indicare *“misure per la fissazione di norme minime”* relative agli elementi costitutivi dei reati ma si è spinto a definire direttamente gli elementi dei crimini. Peraltro, la decisione-quadro *de qua* non solo prescrive che i reati di stampo terroristico siano puniti in modo più severo rispetto ai normali reati ma prevede, addirittura, che coloro i quali dirigono ovvero partecipano ad una organizzazione terroristica debbano essere puniti con un pena non inferiore nel massimo rispettivamente a quindici e otto anni di reclusione; disposizione, questa, che non solo incide inevitabilmente in modo diretto sulla politica criminale dei singoli Stati membri ma può inoltre non rispondere ai criteri di proporzionalità insiti nelle scelte penalistiche dei legislatori nazionali Altri esempi sono forniti dalla Decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000, in *Gazz.Uff.* L 140 del 14 giugno 2000. La decisione-quadro *de qua*, dopo aver individuato una serie di condotte che devono essere vietate dagli Stati membri (contraffazione di monete, immissione in circolazione di denaro contraffatto, ... artt. 3-4 e 5), dispone che la pena massima per tali reati non può essere inferiore a otto anni i reclusione (art. 6) e prevede, altresì, la responsabilità penale delle persone giuridiche (artt.7 e 8); decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003, in *Gazz.Uff.* L 13 del 20 gennaio 2004. Essa, agli artt.1-2 e 3, contiene puntuali definizioni relative agli elementi costitutivi del reato di pornografia infantile e dei reati ad esso connessi;d-quadro

Di minore ampiezza apparivano i risultati perseguiti e conseguiti sul piano dell'armonizzazione delle regole di procedura, in attuazione dell'art. 31 comma 1 lett.c) del TUE, che prevedeva l'adozione di norme dirette a garantire *“la compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la cooperazione”*⁴⁵. In tale contesto, sembra opportuno menzionare la proposta di decisione-quadro della Commissione europea relativa all'introduzione di *standards* minimi di garanzie procedurali all'interno delle procedure penali degli Stati membri⁴⁶.

Le decisioni erano atti previsti e definiti nell'art. 34, par. 2, lett. c). Con le decisioni cui il Consiglio conseguiva qualsiasi altro obiettivo del titolo VI, escluso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali e l'enunciazione degli orientamenti dell'UE su questioni specifiche, riservati alle decisioni quadro e alle posizioni comuni. Le decisioni erano vincolanti per gli Stati membri, ma non producevano effetti diretti: la loro attuazione avveniva mediante misure adottate dal Consiglio a maggioranza qualificata. Le decisioni perseguivano obiettivi specifici e concreti,

riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004, in *Gazz. Uff.* L 335 dell'11 novembre 2004; decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002, in *Gazz. Uff.* L 203 del 1° agosto 2002, la quale prevede la definizione dei reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di manodopera o sessuale, definisce pene e circostanze aggravanti, prevede la responsabilità delle persona giuridiche con le sanzioni ad esse applicabili e richiede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per sanzionare tali reati nel proprio ordinamento.

⁴⁵ Decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001, in *Gazz. Uff.* L82 del 22 marzo 2004; decisione-quadro sul riciclaggio di denaro e la ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato, del 26 giugno 2001, in *Gazz. Uff.* L 182 del 5 luglio 2001.

⁴⁶ Doc. COM (2004) 328 def. del 28 aprile 2004. Per un commento, v. FANEGO C., *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 303 ss. L'obiettivo della proposta è quello di rafforzare la protezione dei diritti dei cittadini, mediante l'approvazione di alcune norme minime comuni capaci di offrire un livello equivalente di protezione a sospettati ed accusati in tutto il territorio dell'Unione europea. Un ulteriore effetto dovrebbe essere quello di assicurare, attraverso il rafforzamento della reciproca fiducia, anche l'effettivo funzionamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Tuttavia, le diverse concezioni nazionali di questi diritti e la resistenza di alcuni Stati membri a cedere all'Unione un così sensibile frammento di sovranità nazionale, ha comportato l'impossibilità di raggiungere un accordo politico sulla proposta. L'intenso dibattito e le trattative in seno al Consiglio – sviluppate da tutte le presidenze che si sono succedute – non sono sfociati in un accordo comune a tutti i Paesi membri. In alcuni casi, il disaccordo è sorto poiché gli Stati hanno eccepito la mancanza di sufficienti poteri normativi in capo all'Unione in questa materia. In altri casi, perché l'approccio della proposta non è stato considerato adeguato nel suo contenuto. In particolare, si è contestato il fatto che, disciplinando soltanto alcune garanzie e prevedendo norme estremamente dettagliate, si sarebbe rischiato di provocare la perdita di coerenza della regolamentazione processuale nazionale.

anche di carattere istituzionale, quali, ad esempio, la creazione di organi necessari per meglio realizzare gli obiettivi della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'UE⁴⁷.

Accanto alle decisioni ed alle decisioni-quadro vi erano due tipologie di atti già previsti dal Trattato di Maastricht ed ai quali però il Trattato di Amsterdam non tralasciava di apportare qualche innovazione: le convenzioni e le posizioni comuni. Le prime erano strumenti di natura pattizia, disciplinati dal diritto internazionale, e, in particolare, dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, salvo le particolarità previste nell'art. 34 TUE. Tale norma prevedeva infatti che *“spetta al Consiglio stabilire convenzioni di cui raccomanda l'adozione agli Stati membri in conformità alle rispettive norme costituzionali e che gli Stati membri avviano le procedure applicabili entro un termine stabilito dal Consiglio. Il mancato rispetto del termine costituiva dunque un inadempimento dello Stato, rispetto al quale la competenza della Corte poteva essere affermata sulla base dell'art. 35, par. 7 del TUE, su iniziativa della Commissione, a condizione di ricondurre tale controversia ad una concernente l'applicazione della convenzione”*. Quindi, i progetti delle convenzioni non venivano negoziati e adottati in occasione di conferenze internazionali *ad hoc*, ma erano adottati dal Consiglio, che deliberava all'unanimità. L'atto che stabiliva la convenzione, una volta adottato dal Consiglio, veniva pubblicato sulla GUUE, ai sensi dell'art. 17, lett. e) del regolamento interno del Consiglio⁴⁸. Per quanto riguardava l'entrata in vigore delle convenzioni, in luogo della ratifica di tutti gli Stati membri, l'art. 34, par. 2, lett. d) stabiliva che: *“la convenzione entra in vigore se almeno metà degli Stati membri abbia provveduto alla sua adozione nei rapporti tra di essi”*. Si era in presenza di una specie di applicazione provvisoria della convenzione, che poteva essere ostacolata solo se preventivamente esclusa dal testo convenzionale. Tale procedura facilitava l'entrata in vigore dell'accordo, ma nel contempo consentiva l'instaurarsi di discipline frammentate sul piano territoriale. Spettava infine al Consiglio adottare le relative misure di applicazione, a maggioranza dei due terzi delle Parti contraenti. L'art. 34 definiva invece la

⁴⁷ V. la Decisione istitutiva dell'unità Eurojust..

⁴⁸ V. TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, cit., Milano, 2004, p. 111 ss.

posizione comune come l'atto attraverso cui il Consiglio esprimeva l'orientamento dell'UE su temi specifici della cooperazione giudiziaria in materia penale. Le posizioni comuni avevano carattere vincolante per gli Stati membri, nel senso che essi non avrebbero potuto adottare comportamenti contrastanti con l'orientamento espresso nelle posizioni comuni, anche se su tali atti non era consentito il controllo giurisdizionale di legittimità della Corte di giustizia (art. 35, par. 6).

4.2.1.- Il principio di interpretazione conforme applicato alle decisioni quadro.

Il vantaggio della decisione quadro rispetto a una convenzione consiste soprattutto nella rapidità con la quale essa riesce ad inserirsi negli ordinamenti giuridici nazionali: essa condivide con lo strumento della direttiva la flessibilità, lasciando ai sistemi nazionali la facoltà di scegliere la forma ed i mezzi per raggiungere i risultati prestabiliti⁴⁹. Numerosi sono gli interrogativi generati da questo sistema. Nell'ambito del diritto penale, retto tradizionalmente dalla stretta applicazione del principio di legalità⁵⁰, una tale forma di flessibilità produce parecchi interrogativi. Se la decisione quadro non può avere efficacia diretta, quale tipo di conseguenze determina in capo ai singoli? E come s'inserisce nella

⁴⁹ Per un esame approfondito della natura delle decisioni quadro v. STARITA M., *A proposito di effetti diretti delle decisioni quadro in Nuove Autonomie* n.1/2006, 79 ss.

⁵⁰ Sul rapporto tra principio di legalità, mutuo riconoscimento e mandato d'arresto europeo v. IUZZOLINO G., *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione Europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, cit., p. 438 ss. Sul rispetto degli obblighi comunitari di tutela e sul potere-dovere di interpretazione conforme, v. MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SBUGGI F. e MANES V., B.U.P. (Bononia University Press), Bologna, 2007, p. 9 ss.; APRILE E., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia di mandato d'arresto europeo*, cit., p. 135 s.; ALLEGREZZA S., *Il caso "Pupino": profili processuali*, ivi, p. 53 ss.; SOTIS C., *Il caso "Pupino": profili sostanziali*, ivi, p. 33 ss.; CAIANELLO M., *Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia*, ivi, p. 89 ss.; PISTOIA E., *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale*, E.S.I., 2008, p. 147 ss., nonché, sulla problematica individuazione di un "primato" delle disposizioni delle decisioni quadro sul diritto nazionale, ID., *Decisioni -quadro, efficacia diretta ed effetto di esclusione*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di RAFARACI T., Giuffrè, 2007, p. 613 ss. In generale, sulla regola dell'interpretazione uniforme degli atti normativi comunitari di "diritto derivato", v. RUSSO E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, 2008, p. 270 ss.

gerarchia delle norme? E ancora, il principio del primato del diritto comunitario acquista in questa sede nuove sembianze, o non è questa, piuttosto, l'occasione nella quale esso rivela la sua fragilità, soprattutto rispetto alle costituzioni nazionali?

A differenza delle convenzioni, la cui efficacia è sospensivamente condizionata dal *quorum* delle ratifiche, la decisione quadro non deve essere ratificata dagli Stati membri, bensì attuata rispetto allo scopo, entro un termine da essa stessa stabilito. Inoltre, pur non potendosi attivare la procedura di infrazione contro lo Stato inadempiente, il raggiungimento degli obiettivi da parte di ciascuno Stato viene valutato dalla Commissione europea, attraverso l'elaborazione di Rapporti periodicamente trasmessi al Parlamento e al Consiglio. Quanto agli effetti, l'art. 34, par. 2, lett. b), TUE, stabilisce che le decisioni quadro vincolano gli Stati membri in ordine al risultato da ottenere, “*salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”. Questa definizione evidenzia i limiti di efficacia della decisione quadro, le cui disposizioni non hanno efficacia diretta⁵¹, sia per l'espressa previsione del Trattato, sia per il carattere non *self-executing* delle disposizioni in essa contenute.

Tuttavia, la decisione quadro non costituisce soltanto una fonte di obblighi per gli Stati, ma vincola anche il giudice nazionale, che è tenuto ad interpretare la norma interna in conformità delle disposizioni in essa contenute. In concreto, l'interpretazione conforme⁵² agisce sia nelle ipotesi in cui esista una specifica disposizione di attuazione, sia quando, pur in carenza di tale disposizione, esistano norme nazionali suscettibili di essere interpretate in modo da non creare un contrasto con la decisione quadro, ma, anzi, di favorirne l'applicazione nei limiti del possibile. In particolare, viene in rilievo il principio della cd. interpretazione conforme: si tratta dell'obbligo per le giurisdizioni nazionali di interpretare in modo conforme alla direttiva sia la normativa interna di recepimento sia il diritto

⁵¹ V. articolo 34-2 b) del Trattato UE.

⁵² In merito al ruolo dell'interpretazione conforme nel settore processualpenalistico v. CAMPANELLI G., *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, p. 5 ss.

nazionale anteriore o posteriore⁵³, al fine di contribuire al raggiungimento dello scopo della direttiva stessa, garantendole un effetto diretto minimale. L'applicabilità alle decisioni-quadro del principio di interpretazione conforme è stata affermata dalla Corte di Giustizia⁵⁴, chiamata a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 35 comma 1 TUE, in merito all'interpretazione da dare alla decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale (caso *Pupino*)⁵⁵. In questa sentenza la Corte estende l'obbligo di interpretazione conforme formulato in relazione al diritto comunitario anche al diritto del Terzo pilastro e in sostanza finisce col sancire l'efficacia diretta delle disposizioni contenute nelle decisioni quadro. La Corte, sulla scorta dell'evidente analogia tra le decisioni-quadro e le direttive, ha stabilito che anche alle decisioni-quadro deve essere garantita l'applicazione del principio di interpretazione conforme, ampiamente riconosciuto in materia di direttive. Secondo la Corte: *“il carattere vincolante delle decisioni-quadro, formulato in termini identici a quelli dell'art. 249, terzo comma CE,*

⁵³ Sentenza C. giust. CE del 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret c. Fondo de garantia salarial*, in *Racc.* 1994, p. I 6911; sentenza C. giust. CE del 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing c. Commercial Internacional de Alimentacion*, in *Racc.* 1990, p. I-4135.

⁵⁴ Sentenza C. giust. CE del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Diritto penale e processo* 2005, 1178. In merito, v. GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, Torino, 2006. V. Corte di giustizia sent. 16 giugno 2005, C 105/03, *Pupino*. Si trattava di una domanda di decisione pregiudiziale formulata dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Firenze, concernente l'interpretazione della decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. Il giudice italiano chiedeva se, in conformità a detta decisione quadro, nell'ambito di un procedimento penale per lesioni inflitte a minori dell'età di cinque anni, questi ultimi potessero essere ascoltati come testimoni, al di fuori del dibattimento e nel quadro di una procedura d'amministrazione anticipata della prova, c.d. «incidente probatorio», considerato che ciò non sembrerebbe possibile ai sensi del vigente codice di procedura penale. Quest'ultimo, infatti, permetterebbe il ricorso all'incidente probatorio, se del caso con un'assistenza psicologica adeguata, soltanto nel caso in cui i minori siano vittime di reati a connotazione sessuale, e non nel caso di lesioni. Un siffatto regime è compatibile con l'articolo 2 della decisione quadro, che impone agli Stati membri di assicurare alle vittime «un ruolo effettivo e appropriato» nel proprio sistema giudiziario penale e di adoperarsi «affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento»? Il secondo paragrafo del medesimo articolo, in particolare, obbliga gli Stati membri ad assicurare «che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione». La questione potrebbe dunque essere riformulata nei seguenti termini: sono i minori vittime particolarmente vulnerabili? E se la risposta è positiva, può la decisione quadro estendere a un caso che non è espressamente previsto dalla legislazione nazionale un istituto processuale costituente un'eccezione alla regola generale secondo la quale la costituzione delle prove deve avvenire nel corso del dibattimento, su iniziativa delle parti e nel rispetto del contraddittorio, sotto il diretto controllo del giudice? Molto interessanti si configurano le conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott CGCE, conclusioni dell'AG dell'11 novembre 2004, *Maria Pupino*, aff. 105/03.

⁵⁵ Decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001, in *Gazz. Uff.* L 82 del 22 marzo 2001.

comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale” entro il limite dell’interpretazione *contra legem*. L’obbligo di interpretazione conforme in ambito comunitario discende, per giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, dal principio di leale cooperazione sancito dall’art. 10 del Trattato CE. Del resto, ha osservato la Corte, *“sarebbe difficile per l’Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l’esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell’Unione europea, non si imponesse anche nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”*. Dal suddetto principio scaturirebbe per gli Stati quantomeno un dovere d’interpretazione conforme, *«nella misura del possibile»*, del proprio diritto interno; pertanto, ogni decisione quadro obbligherebbe i soggetti chiamati ad interpretare il diritto interno, sia che si tratti di disposizioni anteriori o posteriori alla decisione quadro, a farlo, nella misura del possibile, alla luce del testo e delle finalità della decisione quadro stessa per raggiungere il risultato voluto da quest’ultima⁵⁶. Occorre, tuttavia, rilevare come l’obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione-quadro, quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale, trovi i suoi limiti nei principi generali del diritto e, in particolare, in quelli della certezza del diritto e della non retroattività. Tali principi comportano, dunque, che detto obbligo non possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione-quadro ed indipendentemente da una legge adottata per l’attuazione di quest’ultima, la responsabilità penale di coloro che violano le sue disposizioni. La decisione quadro, dunque, non creerebbe alcuna nuova norma nell’ordinamento interno, ma presupporrebbe che regole già esistenti siano suscettibili di costituire l’oggetto di un’interpretazione conforme alla decisione quadro, lecita secondo il diritto nazionale⁵⁷. Va poi notato come l’esigenza che le decisioni quadro siano adottate all’unanimità dal Consiglio garantisce che nessuno Stato membro sia tenuto al rispetto di una decisione quadro senza il proprio consenso⁵⁸.

⁵⁶ V. para. 36 concl. cit.

⁵⁷ V. para. 35 concl. cit.

⁵⁸ V. para. 51 concl. cit.

Il principio introdotto dalla Corte di Giustizia con la ricordata sentenza *Pupino* ha trovato ampi riscontri nell'attività dei giudici italiani, che hanno fatto ricorso ad esso per risolvere delle delicate questioni interpretative⁵⁹. In particolare, la logica sottesa al principio di interpretazione conforme elaborato dalla Corte di Lussemburgo è alla base di importanti pronunce della Corte di Cassazione in tema di mandato di arresto europeo⁶⁰. La decisione sul MAE ha alimentato un dibattito

⁵⁹ Sulla possibilità di una interpretazione delle disposizioni penali nazionali conforme alla normativa dettata dagli atti dell'Unione emessi nei settori del terzo pilastro, v. note di MANES V., *L'incidenza delle decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale* e APRILE E., *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incedente probatorio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1150 ss.

⁶⁰ Le difficoltà interpretative delle disposizioni dettate dalla legge 22 aprile 2005 n.69 – con la quale è stata data attuazione in Italia alla decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea in materia di mandato di arresto europeo – sono notoriamente ascrivibili alla controversa genesi di quel testo legislativo, con il quale, al dichiarato fine di assicurare tutela ad alcuni principi costituzionali e di evitare la soccombenza di talune garanzie difensive, la disciplina della procedura passiva di consegna (quella che vede l'Italia destinataria di una richiesta formulata dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'Unione) è stata "riscritta" con l'introduzione di regole molto particolareggiate, talora prive di corrispondenza rispetto alle indicazioni della decisione-quadro. I giudici italiani si sono, dunque, trovati di fronte all'alternativa di applicare in maniera formale la norma interna di attuazione, pur riconoscendone la contrarietà alla lettera o alla *ratio* delle disposizioni della menzionata decisione-quadro, oppure di operare una interpretazione creatrice, il cui risultato potesse risultare rispettoso delle norme europee, dunque una interpretazione conforme alle prescrizioni del diritto dell'Unione europea. Una delle questioni più dibattute (che ha trovato una soluzione interpretativa improntata al cd. principio di conformità) attiene come noto la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza: dopo alcune incertezze interpretative la Corte di Cassazione è giunta ad affermare il principio secondo il quale non vi è dubbio che il mandato di arresto debba essere fondato su gravi indizi di colpevolezza, avuto riguardo ai principi di comune civiltà giuridica proprio dello spazio giuridico europeo. Tuttavia, si esclude che la corte di appello possa pronunciare sentenza con la quale dispone la consegna solo se sussistono gravi indizi di colpevolezza. Si è sottolineato il fatto che la norma deve essere interpretata alla luce dell'art. 9 della legge che esclude espressamente l'applicabilità delle disposizioni contenute negli artt. 273 comma 1 e comma 1-bis, 274 comma 1 lett. a) e c) e 280 c.p.p. Inoltre, è stato evidenziato che una diversa interpretazione costituirebbe un passo indietro rispetto al procedimento estradizionale. In tema di Mae, dunque, non si richiede – basandosi evidentemente l'istituto della consegna sulla valutazione di un comune substrato di civiltà giuridica degli Stati membri – un positivo accertamento di tale presupposto da parte delle autorità giudiziarie dello Stato richiesto. Ciò che è necessario è che i gravi indizi di colpevolezza siano riconoscibili dall'autorità giudiziaria italiana, nel senso che il mandato deve essere, per il suo contenuto intrinseco ovvero per gli elementi raccolti in sede investigativa o processuale, fondato su un compendio indiziario che l'autorità ritiene seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna. Inoltre, si è affermato che il presupposto della motivazione del mandato di arresto europeo non può essere strettamente parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, essendo invece sufficiente che l'autorità giudiziaria italiana emittente abbia dato ragione del provvedimento adottato, circostanza che può realizzarsi anche attraverso l'allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna. Altro punto cruciale emergente dalla giurisprudenza di legittimità – e che evidenzia sempre questa impostazione dialettica nel rapporto tra fonte nazionale e sopranazionale nonché la necessità di realizzare un'operazione interpretativa conforme – ha riguardato il tema dei rapporti tra mandato di arresto europeo e mancanza di limiti massimi di carcerazione preventiva nelle previsioni di alcuni ordinamenti stranieri. È stato al riguardo chiarito, nel noto caso *Ramoci*, che

particolarmente vivace nella dottrina recente, relativamente all'interpretazione del diritto interno conforme al diritto dell'Unione. Il tema rileva in questa sede nella misura in cui il principio di legalità in materia penale è riconosciuto come limite all'operatività di tale criterio interpretativo. Anche sulla scorta degli importanti principi ai quali è pervenuta la Corte, viene, dunque, confermata l'idea di transnazionalità della giurisdizione, in particolare, laddove cambia decisamente il rapporto tra il giudice e la legge penale. Il giudice nazionale è sempre più giudice internazionale e, soprattutto, sempre più giudice comunitario, inserito in una dimensione sovranazionale caratterizzante l'attuale assetto dell'ordinamento giuridico. Il processo di europeizzazione del diritto ed in particolare del diritto penale ha come conseguenza un processo di interscambio tra il diritto soprastatale ed il diritto interno e, come ricaduta ulteriore, l'avvicinamento del giudice nazionale a nuovi parametri di giudizio.

l'autorità giudiziaria italiana alla quale è devoluta la richiesta di consegna deve limitarsi ad accertare se l'ordinamento processuale dello Stato di emissione offra, dal punto di vista della durata della custodia preventiva, *garanzie equivalenti* rispetto a quelle derivanti dal nostro sistema di termini di durata massima della custodia cautelare. In particolare, con riguardo alla previsione di cui alla lett. e) dell'art. 18 l. n. 69 del 2005 – che prevede quale ipotesi di rifiuto di consegna il caso in cui il legislatore dello Stato membro di emissione non preveda limiti massimi della carcerazione preventiva – l'autorità giudiziaria deve verificare, ai fini della consegna, se nella legislazione dello Stato membro di emissione, sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di primo grado o, in mancanza, un limite temporale desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o in alternativa alla estinzione della stessa. Altra recente applicazione del principio di interpretazione conforme si rinviene nella sentenza *Melina*: con essa, la Corte di Cassazione ha puntualizzato che, ai fini della decisione di consegna, l'art. 2 comma 1 l.69 del 2005 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 dalla Carte sovranazionali ed in particolare dall'art. 6 CEDU, al quale si richiama l'art. 111 Cost. In particolare, il Giudice di Legittimità, riprendendo la logica argomentativa sviluppata nella già richiamata pronuncia *Ramoci* – e segnatamente che i diritti e le garanzie così come riconosciuti e garantiti dal nostro ordinamento non possono essere *tout court* motivo di rifiuto di consegna, in quanto il fondamento stesso del MAE (e cioè, il principio del mutuo riconoscimento) impone una valutazione “*per equivalente*”, per modo che è sufficiente verificare in concreto la sussistenza, nell'ordinamento dello Stato emittente, di meccanismi processuali equipollenti, tali da offrire una garanzia, seppur non identica, comunque assimilabile a quella assicurata nel sistema giudiziario italiano – è giunta ad affermare che “*vi è una sostanziale consonanza tra le enunciazioni circa l'esigenza del rispetto dei diritti fondamentali contenute nella legge n.69 e nella decisione quadro*” e che “*il richiamo fatto dalla legge nazionale ai principi e alle regole contenuti nella Costituzione della Repubblica (art. 2 lett. b) appare esprimere l'esigenza di tutela di valori che sono comune patrimonio della civiltà giuridica europea*”.

Tale rilievo trova riscontro anche da un punto di vista interno, laddove si considerino le importanti modifiche del testo costituzionale italiano⁶¹. Il riferimento è all'art. 117 comma 1 e 2 Cost.⁶², come riformato dalla l. cost. 18 ottobre 2001 n.3. La nuova previsione comporta, in primo luogo, l'obbligo per il legislatore italiano di rispettare, nella sua attività di produzione normativa, le norme contenute in accordi internazionali. Da essa indirettamente discende l'obbligo ulteriore, per il giudice, di tentare un'interpretazione della norma interna conforme alla disposizione internazionale e, dove ciò non sia possibile, di investire la Corte costituzionale assumendo come parametro della possibile questione di legittimità l'art. 117 comma 1. Tale obbligo si pone, in primo luogo, con riguardo alla normativa posta a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali che si rinviene nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950 e nei Protocolli del Consiglio d'Europa, oltre che nell'interpretazione che di tale norme fornisce la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo⁶³.

⁶¹ V. APRILE E.– SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsosa, 2009.

⁶² Art. 117 Cost. – 1. *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.* 2. *Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (3); q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.*

⁶³ Tale principio è stato chiaramente fissato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale, pronunciate nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis comma 7 bis del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 (*"Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica"*) convertito con modificazioni della l. 8 agosto 1992 n.359, a sua volta introdotto dall'art. 3 comma 65 l. 23 dicembre 1996 n.662 (*"Misure di razionalizzazione della finanza pubblica"*). In particolare, questi i principali passaggi motivazionali delle richiamate sentenze: a) le norme della CEDU non sono "autoapplicative" perché non sono norme comunitarie né sono riferibili all'art. 11 della Costituzione, dato che non introducono alcuna limitazione di sovranità. Sono norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi

sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto. L'art. 117 comma 1 Cost., nel testo introdotto con la riforma del 2001, distingue in modo significativo i vincoli derivanti dell'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli obblighi internazionali; b) le norme CEDU, in quanto norme pattizie, sono escluse anche dall'ambito di operatività dell'art. 10 comma 1 Cost., che, con l'espressione "*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*", si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano; c) l'art. 117 comma 1 Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Deve essere respinta la tesi che la norma sia da considerarsi operante soltanto nei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Allo stesso tempo non può ritenersi che ogni norma contenuta in un trattato internazionale assuma, per il tramite dell'art. 117 comma 1, il rango di norma costituzionale; d) l'art. 117 comma 1 presenta una struttura simile a quella di altre disposizioni costituzionali che, sviluppando la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. Nel linguaggio corrente si parla di fonti interposte. L'art. 117 comma 1 Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli obblighi internazionali che vincolano la potestà legislativo dello Stato e delle Regioni. Dunque la CEDU assume la funzione di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato; e) la CEDU presenta peraltro, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, alla quale è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32 par.1 stabilisce: "*La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47*". Non si tratta di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia; f) per quanto detto sinora le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, non acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò non immuni dal controllo di legittimità della Corte costituzionale italiana. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta ed inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad una altra norma subcostituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. È illegittima solo una norma che contrasti con un parametro interposto del quale sia positivamente scrutinata la conformità alla Costituzione; g) poiché le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 comma 1 Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione; h) in definitiva, occorre verificare: 1) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra una norma interna e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117 comma 1 Cost.; 2) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

5.- La cooperazione in materia penale negli anni 1999-2006.

In merito all'utilizzo dei vari strumenti normativi, si è verificato innanzitutto il graduale abbandono dello strumento convenzionale tipico del terzo pilastro⁶⁴. Per quanto riguarda lo strumento delle decisioni, particolare importanza rivestono le due decisioni con le quali il Consiglio ha istituito dapprima l'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria⁶⁵ poi *Eurojust*⁶⁶. Si tratta di due

⁶⁴ Tra gli accordi stipulati sotto la vigenza del Trattato di Amsterdam si segnala soltanto la 1959 Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 29 maggio 2000, in *Gazz. Uff.* C 197 del 12 luglio 2000 (con il relativo Protocollo integrativo del 2001) volta a sostituire quella del Consiglio d'Europa risalente all'ormai lontano Protocollo della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 16 ottobre 2001, in *Gazz. Uff.* C 326 del 21 novembre 2001; Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, del 20 aprile 1959; ordine di esecuzione per l'Italia con l. 23 febbraio 1961 n. 215.

⁶⁵ Decisione del Consiglio relativa all'istituzione di una Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria, del 14 dicembre 2000, in *Gazz. Uff.* L 324 del 21 dicembre 2000.

⁶⁶ Decisione del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, in *Gazz. Uff.* L 63 del 6 marzo 2002; modificata dalla decisione 2003/659/GAI, del 18 giugno 2003, in *Gazz. Uff.* L 245 del 29 settembre 2003. In breve, Eurojust è un organo dell'Unione dotato di personalità giuridica e volto a rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità. Si compone di un membro nazionale (magistrato del pubblico ministero, giudice o funzionario di polizia con pari prerogative) distaccato da ciascun Stato membro. Eurojust ha competenza generale per: 1) le forme di criminalità e i reati per i quali Europol è competente ad agire; 2) la criminalità informatica; 3) la frode, la corruzione e qualsiasi altro reato che colpisca gli interessi finanziari della Comunità europea; 4) il riciclaggio dei proventi di reato; 5) la criminalità ambientale; 6) la partecipazione ad una organizzazione criminale. Per le tipologie di reato diverse da quelle elencate, Eurojust ha una competenza complementare, prestando assistenza nelle indagini e nelle azioni penali su richiesta di una autorità competente di uno Stato membro. La Decisione del Consiglio dell'Unione europea n. 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 ha costituito senza dubbio un passo importante verso l'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo previsto dall'allora vigente art. 29 TUE. La creazione di un ufficio comune per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata era stata decisa a livello politico dal Consiglio europeo straordinario di Tampere del 15-16 ottobre 1999. Preceduta dall'istituzione dell'Unità provvisoria, Eurojust è stata considerata come se fosse già esistente dal Trattato di Nizza, che aveva inserito alcuni riferimenti al nuovo ufficio nelle modifiche apportate al testo degli artt. 29 e 31 TUE. Le residue resistenze e le difficoltà frapposte alla costituzione dell'agenzia vennero superate a causa della necessità, per i Governi, di dare segnali di reazione agli avvenimenti dell'11 settembre, ciò che diede luogo ad un forte impulso in tutte le iniziative di quello che era il terzo pilastro. L'idea portante che era alla base dell'istituzione del nuovo ufficio era quella, improntata ad un forte pragmatismo, secondo cui un'efficace cooperazione penale non passa necessariamente attraverso l'unificazione, almeno parziale, degli ordinamenti nazionali (un obiettivo che, allora come oggi, appare assai difficile e comunque di lungo periodo), ma che essa possa essere praticata favorendo l'instaurarsi di buone prassi comuni anche attraverso il contatto diretto tra le autorità nazionali competenti, da realizzare anche mediante agenzie dedicate a questo scopo. Questa opzione di fondo, chiaramente indicata dagli artt. 29 e 31 del TUE, era ben individuabile nel testo della Decisione 2002. Eurojust è stata costruita come una struttura interstatale orizzontale (dell'Unione e non comunitaria, come si usava dire col lessico post-Amsterdam), destinata a favorire la migliore cooperazione tra le autorità nazionali competenti sulle (e per le indagini penali e non come un ufficio posto in posizione di supremazia verticale rispetto agli stessi. La Decisione 2002, nell'indicare gli obiettivi di Eurojust, usava infatti significativamente espressioni quali: *“stimolare e migliorare il coordinamento; migliorare la cooperazione; agevolare la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale e*

organismi ai quali spettano importanti compiti in materia di cooperazione giudiziaria tra cui coordinare le indagini tra gli organi inquirenti degli Stati membri, promuovere il coordinamento tra le autorità giudiziarie al fine dell'esercizio dell'azione penale e, infine, migliorare la prestazione di assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione delle richieste di estradizione. Invero i risultati di maggiore rilievo, sia qualitativamente sia quantitativamente, si devono allo strumento della decisione-quadro, che ha costituito una componente fondamentale del sistema introdotto dal Trattato di Amsterdam⁶⁷.

l'esecuzione delle richieste di estradizione; assistere altrimenti le autorità competenti degli Stati membri per migliorare l'efficacia delle loro indagini e azioni penali.” Si trattava quindi di attività che esprimevano uno scopo di mutuo sostegno e di assistenza reciproca tra gli uffici nazionali, che restavano in tutto e per tutto competenti sia per ciò che concerne le indagini, sia per il successivo esercizio dell'azione penale. Vi erano certamente alcuni passaggi difficili, segno delle resistenze allora (come oggi) esistenti –soprattutto a livello politico- nel coordinamento delle politiche nazionali in materia di diritto e procedura penale e di ordinamento giudiziario. Le soluzioni che, fra quelle adottate, apparivano più tortuose e meno convincenti erano quelle relative ai modi di funzionamento di Eurojust, articolati su una complessa distinzione tra competenze monocratiche dei rappresentanti degli Stati membri e competenze collegiali (v. gli artt. 6 e 7); così come poco chiari erano i rapporti con le altre agenzie europee esistenti, segnatamente Europol e OLAF. In questo senso Eurojust, almeno nella architettura disegnata dalla Decisione 2002, pareva soffrire, sul piano istituzionale, dell'intersecarsi di uffici e di regole a vocazione internazionale (Eurojust, Europol e magistrati di collegamento) e sopranazionali (Olaf e il futuro PME) una sovrapposizione di compiti e di istituzioni, sia pure posti su piani diversi, che non sempre appariva facilmente comprensibile. Che non tutto sia andato sempre nel senso auspicato è del resto emerso nello stesso Programma di Stoccolma, nel quale (§ 3.2.4) il Consiglio si è posto lo scopo di “*Dotarsi di strumenti migliori*”, senza però riuscire a sciogliere definitivamente il nodo tra politiche interstatali e politiche dell'Unione e rimanendo più che altro sul piano degli auspici. Un punto particolarmente delicato della Decisione 2002 era rappresentato dallo *status* dei componenti nazionali di Eurojust. Di ciò vi fu un'ampia eco in Italia, quando si trattò di decidere sulla competenza per la nomina del Rappresentante italiano. Se infatti si rinviava ai singoli ordinamenti per la designazione dei rappresentanti nazionali (pubblici ministeri, giudici o funzionari di polizia a seconda delle competenze interne in materia di indagini preliminari e di esercizio dell'azione penale), l'art. 9 lasciava alle determinazioni dei singoli Stati anche la loro durata in carica e la definizione dei loro poteri, col rischio quindi sia di rapidi *turn over* - che non giovano mai allo sviluppo delle professionalità - sia di avere un ufficio composto da soggetti aventi poteri tra loro talmente differenziati da rischiare, se non la babele, almeno una certa confusione. Pur fra queste difficoltà genetiche e strutturali, va detto che Eurojust ha saputo operare dimostrando, se non altro, che l'esigenza che era stata alla base della sua costituzione - favorire la cooperazione giudiziaria attraverso il contatto diretto tra autorità giudiziarie di diversi Paesi membri - era reale e molto sentita. V. APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007. Recentemente, Eurojust è stato oggetto di una modifica ed aggiornamento con la decisione adottata nel dicembre 2008 (in attesa di pubblicazione). Per un commento, v. APRILE E.-SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

⁶⁷ Qui di seguito viene offerta una elencazione delle principali decisioni-quadro emanate al dichiarato fine di concorrere alla realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Con tale rassegna, oltre a soddisfare una esigenza di informazione preliminare, è possibile mettere in rilievo quanto variegati siano oramai i settori nei quali l'Unione europea ha ritenuto di dovere intervenire con l'adozione di provvedimenti normativi diretti ad incidere sui sistemi penali interni. Devono essere così segnalate:

Una componente essenziale della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro è costituita da documenti di indirizzo programmatico volti a chiarire gli obiettivi dettati dagli artt. 29 e 31 del Trattato sull'Unione europea. Tra i più rilevanti meritano di essere ricordati il Piano di Azione di Vienna del 1998 e le Conclusioni di *Tampere* del 1999. In particolare, il Piano di Azione di Vienna è stato il primo documento ad evidenziare come la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea incontrasse *“difficoltà a far fronte a fenomeni quali la criminalità organizzata, per mancanza di semplificazione delle procedure e, ove necessario, di armonizzazione delle normative”* ed è stato, altresì, il primo ad osservare che *“concretamente ciò significa innanzitutto adottare la stessa impostazione, in modo altrettanto efficiente, di fronte ai comportamenti criminali*

-
- decisione-quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 29 maggio 2000;
 - decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, del 15 marzo 2001;
 - decisione-quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, del 28 maggio 2001;
 - decisione-quadro concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, del 26 giugno 2001;
 - decisione-quadro che modifica la decisione quadro relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, del 6 dicembre 2001;
 - decisione-quadro relativa alle squadre investigative comuni, del 13 giugno 2002;
 - decisione-quadro relativa al mandato di arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri, del 13 giugno 2002;
 - decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo, del 13 giugno 2002;
 - decisione-quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani, del 19 luglio 2002;
 - decisione-quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, del 28 novembre 2002;
 - decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente, del 27 gennaio 2003 (peraltro annullata dalla Corte di Giustizia);
 - decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, del 22 luglio 2003;
 - decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, del 22 luglio 2003;
 - decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, del 22 dicembre 2003;
 - decisione-quadro riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, del 25 ottobre 2004;
 - decisione-quadro relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi di reato, del 24 febbraio 2005;
 - decisione-quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, del 24 febbraio 2005;
 - decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, del 24 febbraio 2005;
 - decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, del 6 ottobre 2006;
 - decisione-quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge, del 18 dicembre 2006.

in tutta l'Unione". A tal fine, il suddetto Piano ha individuato specifiche azioni da realizzare entro termini precisi (da due a cinque anni), tra le quali la facilitazione dell'extradizione, la predisposizione di una convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale ed il ravvicinamento delle legislazioni. Successivamente, le Conclusioni di *Tampere* hanno stabilito, in parte riprendendo quelli già dettati dal Piano di Azione di Vienna, alcuni principi fondamentali come il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri. Secondo il Consiglio europeo, il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie *"dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione in materia penale"*⁶⁸. Il medesimo principio è posto alla base di tre importanti obiettivi, espressamente previsti dalle Conclusioni:

- la soppressione del meccanismo formale dell'extradizione – *"Il Consiglio europeo ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità con l'articolo 6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo"* (punto 35);

- l'adozione di un sistema di riconoscimento reciproco dei provvedimenti di confisca e di sequestro probatorio – *"Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili"* (punto 36);

- la circolazione della prova – *"Le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinnanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili"* (punto 36).

Con riferimento all'indicata misura del ravvicinamento delle legislazioni, il Consiglio europeo ha, invero, osservato: *"Per quanto riguarda le legislazioni penali nazionali, gli sforzi intesi a concordare definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni dovrebbero incentrarsi in primo luogo su un numero limitato di settori di particolare importanza, come la criminalità finanziaria (riciclaggio di*

⁶⁸ Cfr. Punto 33 Conclusioni di *Tampere*.

denaro, corruzione, falsificazione dell'euro), il traffico di droga, la tratta di esseri umani ed in particolare lo sfruttamento delle donne, lo sfruttamento sessuale dei minori, la criminalità ad alta tecnologia e la criminalità ambientale"⁶⁹.

Secondo quanto emerge dalle Conclusioni di *Tampere*, il principio del mutuo riconoscimento, supportato da una opera di ravvicinamento delle legislazioni, diventa, dunque, il fulcro del terzo pilastro e l'architrave della cooperazione giudiziaria in materia penale.

I successivi tragici eventi terroristici occorsi a partire nel settembre del 2001 negli Stati Uniti e poi successivamente in Spagna e nel Regno Unito hanno, con ogni evidenza, accelerato la realizzazione dei diversi progetti che erano stati avviati per offrire concreta attuazione al principio del mutuo riconoscimento. Ad esempio, la decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo (primo strumento a venire adottato e ad entrare in vigore in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali) e quella sull'incriminazione delle condotte di terrorismo (costituente uno dei più rilevanti risultati conseguiti in materia di ravvicinamento delle legislazione penale). Nello stesso ambito deve essere inserita l'entrata in funzione dell'Unità di cooperazione giudiziaria *Eurojust*, per facilitare e migliorare la cooperazione ed il coordinamento sovranazionale tra magistrati di tutti gli Stati membri.

In seguito il Piano pluriennale, adottato in data 5 novembre 2004, sotto il nome di Programma dell'*Aja*, ha guidato l'azione della Commissione europea nel settore Giustizia, Libertà e Sicurezza per il quinquennio 2005-2010, confermando le linee guida già dettate dal Consiglio di *Tampere* e ribadendo la centralità del principio del mutuo riconoscimento, supportato dal ravvicinamento delle legislazioni⁷⁰. In particolare, con il Programma si è stabilito di operare in sei direzioni:

- in tema di rafforzamento dei diritti fondamentali, è stata prevista l'elaborazione di politiche finalizzate a favorire il controllo e la promozione del rispetto di tali diritti, in collegamento con la tutela già garantita nell'ambito del sistema

⁶⁹ Cfr. punto 48 Conclusioni di *Tampere*.

⁷⁰ V. COM (2005) 184, in *Gazz. Uff.* C 236 del 24 settembre 2005. Per un commento, v. PIATTOLI B., *Il programma dell'Aja per il futuro dell'Europa*, in *Dir. e giust.* 2005, n.31, p. 122 ss.

giudiziario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la realizzazione di programma-quadro sui *“Diritti fondamentali e giustizia”*.

- con riferimento alla lotta contro il terrorismo è stata sollecitata la realizzazione di una migliore collaborazione con gli Stati terzi con lo scambio di informazioni tra gli Stati membri dell'Unione sul *“reclutamento e finanziamento a fini di attività terroristiche, sulla prevenzione, l'analisi dei rischi, la protezione delle infrastrutture critiche e la gestione delle conseguenze”*. Al riguardo si è sostenuta la necessità di dare attuazione al cd. principio di disponibilità, in base al quale nei rapporti tra autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri non vi dovrebbe essere alcun ostacolo nello scambio del materiale informativo.

- in tema di immigrazione illegale, si è deciso di contrastare in modo più deciso il favoreggiamento di tali forme di ingresso clandestino nei paesi dell'Unione e la tratta degli esseri umani.

- in relazione alla tutela della *privacy*, si è stabilito di favorire lo scambio di informazioni per contrastare, nella maniera più adeguata, il terrorismo e gli altri fenomeni di criminalità transfrontaliera, cercando un giusto equilibrio tra le esigenze di tutela della vita privata e l'interesse alla tutela degli interessi collettivi.

- quanto alla lotta alla criminalità organizzata, è stata prevista l'elaborazione di una impostazione strategica che consenta un rafforzamento delle forme di cooperazione fra le autorità nazionali, giudiziarie e di polizia degli Stati membri.

- in materia di spazio europeo effettivo di giustizia, infine, è stata prospettata la definizione di norme procedurali minime idonee, in particolare, a garantire il diritto alla difesa; in materia di giustizia penale è stata auspicata l'adozione di iniziative di ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Anche attraverso la formazione dei giudici e la collaborazione tra le varie professioni legali nonché mediante una valorizzazione dei compiti e delle funzioni di *Eurojust* e di *Europol*, il Consiglio dell'Unione ha ribadito la necessità di valorizzare gli strumenti della cooperazione giudiziaria, fondati sul principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti emessi da ciascuna autorità giudiziaria nazionale, e di rafforzare le forme e le modalità di protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea.

6.- Il Trattato di Lisbona: quadro generale.

In seguito al fallimento del progetto di Costituzione europea del 2004⁷¹, abbandonando l'idea di sostituire ai Trattati CE e dell'Unione un unico testo di

⁷¹ Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 29 ottobre 2004, in *Gazz. Uff.* C 310 del 16 dicembre 2004. Il Trattato *de quo*, pur dopo il fallimento del suo processo di ratifica, continua a presentare utili spunti di riflessione. In particolare, la cooperazione giudiziaria in materia penale viene, innanzitutto, confermata tra gli strumenti necessari al fine di costruire lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che è inserito tra le politiche prioritarie della nuova Unione. Il Trattato afferma che la cooperazione in materia penale “è fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri”. Gli articoli III-270 e III-273 prevedono una serie di azioni specifiche dell'Unione, quali, ad esempio, la formazione dei magistrati, la facilitazione della cooperazione tra le autorità giudiziarie, la prevenzione dei conflitti di competenza, nonché la definizione di norme minime del diritto penale sia processuale sia sostanziale; tutte misure idonee a facilitare il meccanismo del mutuo riconoscimento. La riforma più vistosa attiene comunque al venir meno della suddivisione in pilastri e, quindi, dell' almeno apparente estensione del metodo comunitario a tutte le materie dell'attuale terzo pilastro. La Costituzione, infatti, nell'intento di semplificare la struttura dell'Unione, opera una fusione tra i Trattati esistenti, creando un unico soggetto che assorbe le competenze proprie della Comunità europea e della vecchia Unione. Radicalmente nuovi sono, quindi, anche gli atti normativi che possono essere adottati nella materia della cooperazione penale, a cominciare dalla loro denominazione: l'art. I-33 prevede che atti che l'Unione può utilizzare la legge europea, la legge quadro europea, la decisione europea, il regolamento europeo, le raccomandazioni ed i pareri. Il sistema dei meccanismi decisionali subisce anch'esso una notevole semplificazione: la procedura di codecisione ribattezzata procedura legislativa ordinaria diventa il metodo generalizzato per l'adozione delle leggi europee; è soppressa la procedura di cooperazione mentre rimangono invariate quelle di consultazione, di parere conforme e di parere semplice. I poteri della Corte di Giustizia, poi, restano gli stessi che le ha attribuito il Trattato di Amsterdam: la novità è che essi vengono estesi anche alle materie del vecchio terzo pilastro. Il Trattato di Lisbona è uguale e diverso dagli altri trattati europei che hanno fatto seguito a quelli istitutivi. È uguale perché il frutto di un negoziato intergovernativo e portatore di modifiche al quadro normativo primario preesistente. È diverso, e di molto, dai precedenti trattati modificativi per almeno due aspetti. La ragione politica da cui è ispirato è di una straordinaria urgenza dovendosi adeguare l'“*approfondimento*” della costruzione europea ad un “*allargamento*” prossimo a una vera unificazione dell'Europa. Trattasi di obiettivi non coincidenti con il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i Trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato “*Costituzione*”; prospettiva, questa, decisamente abbandonata. Il merito del nuovo Trattato è duplice: da un lato, pone fine ad un periodo di incertezza circa gli sviluppi del processo di integrazione; dall'altro lato, in punto di diritto, appresta un quadro sufficientemente coerente di riforme delle istituzioni dell'Unione e del suo funzionamento⁷¹. Da questo angolo di visuale, il Trattato contiene due clausole sostanziali che modificano rispettivamente il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. Il Trattato UE mantiene il suo titolo attuale (TUE) mentre il Trattato CE viene denominato “*Trattato sul funzionamento dell'Unione*” (TFUE), in considerazione della personalità giuridica unica dell'Unione. Il termine Comunità viene sostituito ovunque dal termine Unione e si stabilisce che “*i due Trattati costituiscono i Trattati su cui è fondata l'Unione*”. I Trattati però restano due e con lo stesso valore giuridico: il TUE e il TFUE, che ha un taglio più operativo e raccoglie tutte quelle disposizioni volte a regolare le competenze e a delimitare il campo d'azione dell'Unione. I termini leggi e leggi-quadro presenti nel trattato di riforma costituzionale del 2004 sono abbandonati mentre i termini attuali regolamenti, direttive e decisioni, vengono mantenuti, superando l'attuale struttura per pilastro. Per quanto riguarda il primato del diritto dell'Unione europea, la Conferenza intergovernativa ha adottato una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Benché l'articolo sul primato del diritto dell'Unione non figuri nel Trattato UE, la CIG ha adottato la seguente dichiarazione: “*la Conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di*

livello costituzionale, nel corso del Consiglio europeo del giugno 2007 è stato dato mandato alla Conferenza intergovernativa di elaborare un testo di riforma che accogliesse gran parte delle modifiche proposte nel 2004. Il 13 dicembre 2007 è stato così firmato il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009⁷².

Il Trattato di riforma ha due termini di riferimento: il trattato costituzionale, da cui ricava la gran parte delle sue disposizioni, e i trattati da riformare, nei quali inserisce, con qualche aggiunta e variazione, le disposizioni ricavate dal primo

In particolare nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia l'art 3.2 del Trattato sull'Unione Europea dispone che: *"l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima"*. Non si tratta più di fissare l'obiettivo di mantenere e di sviluppare nell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia; il testo utilizza l'indicativo presente di ciò che già è dato come una realtà concreta: l'Unione *"offre"* ai suoi cittadini un tale spazio⁷³.

Con il Trattato di Lisbona l'architettura complessiva delle istituzioni, per mezzo delle modifiche apportate ai procedimenti normativi ed ai profili

Giustizia dell'UE, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza". Inoltre, il parere del Servizio giuridico del Consiglio (doc.11197/07) è allegato all'atto finale della Conferenza. Sul punto, v. BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 21 ss; DE AMICIS G.–IUZZOLINO G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia delle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3067 ss.

⁷² In *Gazz. Uff.*, 17 dicembre 2007, n.306. L'Italia ha già provveduto a ratificare il Trattato di Lisbona, a seguito della l. 2 agosto 2008 n.130 recante *"ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea ed alcuni atti connessi, con atto finale e dichiarazioni fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007"*. Il sistema normativo complessivo scaturito dai Trattati Amsterdam e di Nizza continuerà a regolare, ancora per qualche tempo, i rapporti tra gli Stati dell'Unione e le loro relazioni nelle materie del terzo pilastro. La ultrattività degli atti già adottati *ante* Lisbona risulta, infatti, espressamente prevista dall'art. 9 del protocollo n.10 al Trattato di Lisbona, contenente le disposizioni transitorie. In particolare, secondo tale norma, *"gli effetti legali degli atti delle istituzioni, organismi ed agenzie dell'Unione già adottati sulla base del Trattato sull'Unione europea, prima dell'entrata in vigore del trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che stabilisce una Comunità Europea, saranno preservati sino a quando tali atti saranno sostituiti, annullati o modificati in attuazione dei nuovi Trattati. La stessa regola si applicherà agli accordi conclusi tra gli Stati membri sulla base del Trattato sull'Unione europea"*.

⁷³ V. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES J., *Estudio preliminar a la versión consolidada del Tratado de la Union Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Union Europea, tal como resultan del Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano, Marcial Pons, Madrid 2008, p. 31 ss..

istituzionali, viene in pratica ridisegnata, con rilevanti conseguenze anche sui temi fondamentali del diritto penale sovranazionale e della cooperazione giudiziaria penale⁷⁴. Invero tale materia rappresenta uno dei settori dove la riforma ha maggiormente inciso con l'abolizione del terzo pilastro e l'abbandono delle procedure e degli strumenti intergovernativi in favore della pressoché generalizzazione del metodo comunitario⁷⁵.

La cooperazione penale è inserita nella parte sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che - a sua volta - costituisce una delle politiche e azioni interne dell'Unione. La cooperazione penale è affiancata quindi alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione nonché alla cooperazione giudiziaria civile ed è separata dalla cooperazione di polizia. In particolare il titolo IV della parte terza del TFUE è diviso in cinque capi, intitolati rispettivamente alle disposizioni generali (capo 1), alle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (capo 2), alla cooperazione giudiziaria in materia civile (capo 3), alla cooperazione giudiziaria in materia penale (capo 4) e alla cooperazione di polizia (capo 5).

L'articolo 67.1 TFUE afferma che l'Unione costituisce uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'art 67.1 TFUE dichiara inoltre, che questo spazio si deve costituire *“nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”*. Da un lato, pertanto, si rinvia ai valori comuni degli Stati membri, richiamati all'art. 6 TUE; dall'altro lato, vi è un nuovo spunto, che va nel senso di una limitazione del sistema giuridico da utilizzare. La creazione di un diritto penale europeo ha infatti necessariamente un impatto sui sistemi e sulle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Da questo punto di vista, un'interpretazione letterale di questo frammento di frase costituirà una base su cui costruire tutto il lavoro normativo nel settore della giustizia penale⁷⁶. L'art. 67.3 TFUE indica che *“l'Unione si*

⁷⁴ V. MUSACCHIO V., *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in *Rivista penale*, 2008 n. 5; ALLEGREZZA S., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 3882 ss.

⁷⁵ V. REMIRO BROTONS A., *“Préteritos futuros y futuro pretérito de la Unión Europea”*, *RDCE*, n. 29, Madrid, enero/abril 2008, pag. 46 ss.

⁷⁶ V. RIOJA GARCIA M., *“El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal”*, in *Revista Union Europea Aranzadi*, num. 4, abril, 2009, p. 10 ss..

adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali”.

L'art. 67 TFUE reca importanti innovazioni rispetto all'art. 29 TUE (pre-Lisbona). Per cominciare, non si agisce più per assicurare ai cittadini un nuovo livello di protezione ma per assicurare, in modo generale, cioè nell'interesse della società e degli Stati membri, un nuovo livello di sicurezza; si passa dunque dalla protezione dell'individuo alla sicurezza della società intera⁷⁷.

Infine, il Trattato di Lisbona prevede tre modalità d'azione:

- il coordinamento e la cooperazione tra le autorità di polizia e giudiziarie;
- il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale;
- se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie è così consacrato per mezzo del nuovo trattato come principio cardine della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in conformità con quanto stabilito nel Consiglio europeo di *Tampere* dell'Ottobre 1999. Il fatto che tale principio è citato separatamente dalla cooperazione, può sembrare anomalo, poiché esso è la pietra angolare della stessa⁷⁸. In verità, va considerato che il mutuo riconoscimento è la forma che assume la cooperazione giudiziaria, per quel che riguarda l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Si nota peraltro che il ravvicinamento conserva il suo carattere sussidiario.

6.1.- Il processo decisionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il processo decisionale è profondamente modificato. In virtù del TFUE, le misure previste agli artt. 82 - 85

⁷⁷ V. ORDONEZ SOLIS D., “*El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomía y la protección judicial de los derechos fundamentales*” in *Noticias de la Unión Europea* n. 291, abril de 2009, p. 34 ss.

⁷⁸ V. JMENO BULNES M., “*La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal*” in *Diario La Ley*, n. 7023, 30-9-2008, pag. 5 ss.

sono adottate infatti secondo la procedura legislativa ordinaria di codecisione e a maggioranza qualificata⁷⁹.

Numerose particolarità nel procedimento decisionale sono però previste nel settore della giustizia penale: il diritto di iniziativa concorrente; il meccanismo di freno di emergenza; la cooperazione rafforzata. Il diritto di iniziativa concorrente sussiste tra gli Stati membri e la Commissione; una proposta potrà essere presentata da un gruppo composto da almeno un quarto degli Stati membri. E' stata fissata una soglia, per garantire che la proposta rifletta la posizione di un numero di Stati sufficiente per esprimere un'aspirazione europea e non puramente nazionale⁸⁰. Il fatto che l'iniziativa provenga dagli Stati membri ha delle conseguenze sulla procedura decisionale, perché la Commissione è meno coinvolta, e sul calcolo della maggioranza qualificata.

⁷⁹ Il voto a maggioranza qualificata diviene norma generale in seno al Consiglio per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Esso prevede una doppia maggioranza del 55% dei rappresentanti degli Stati rappresentati e del 65% della popolazione, mentre per formare una maggioranza di blocco sono necessari almeno quattro Stati. Alla regola della maggioranza qualificata fanno eccezione i casi di estensione delle competenze dell'Unione ad altri specifici aspetti di norme procedurali secondo il disposto di cui all'art. 82 ovvero ad altre aree di criminalità⁸³ TFUE. La regola dell'unanimità è, infine, prevista ai fini della costituzione del procuratore europeo a partire da Eurojust, per il quale, tuttavia, a differenza del Trattato costituzionale, sono contemplati meccanismi di cooperazione rafforzata, con un potere di iniziativa in capo ad almeno nove Stati membri, ai sensi dell'art. 86 TFUE. La codecisione è definita all'art. 289 TFUE come l'adozione dello strumento legislativo "*congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio*" e, in principio, su proposta della Commissione. La procedura è poi ulteriormente disciplinata dall'art. 294 TFUE. Essa si compone di più fasi. La proposta della Commissione è esaminata in prima lettura dal Parlamento europeo che definisce la sua posizione e la trasmette al Consiglio. Se il Consiglio approva la posizione del Parlamento europeo l'atto è adottato nella formula proposta per ultima; o in alternativa, il Consiglio può adottare la propria posizione motivata. In tale eventualità, si procede ad una seconda lettura, in occasione della quale il Parlamento europeo avrà un ruolo più determinante. Esso infatti può scegliere tra tre opzioni: a) approvare la proposta del Consiglio o non pronunciarsi, in questo caso si avrà l'adozione dello strumento nella versione del Consiglio; b) rigettare la posizione del Consiglio, ciò comporterà la non adozione dell'atto proposto; c) proporre degli emendamenti alla posizione del Consiglio. In quest'ultimo caso se il Consiglio approva gli emendamenti, l'atto è adottato con gli emendamenti. Se il Consiglio non li approva la procedura entra in un'ulteriore fase chiamata di conciliazione. In questa fase opera il comitato di conciliazione composto dai rappresentanti del Consiglio e del Parlamento europeo, con la partecipazione della Commissione. Il Comitato ha il compito di far pervenire ad un accordo su un progetto comune sulla base delle posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio in seconda lettura. In caso di fallimento dell'accordo, l'atto proposto è considerato non adottato. In caso di accordo, si procede ad una terza lettura. Questo passaggio consiste nell'approvazione formale del progetto comune, da un lato da parte del Parlamento europeo e dall'altro del Consiglio, ciascuno secondo il proprio modo di scrutinio.

⁸⁰ V. DE DOMINGO OSLE R., *Què es el Derecho global?* CGPJ, 2008, p. 56 ss.

Per quel che riguarda la procedura decisionale indicata nell'art. 294 TFUE, troviamo tre differenze rispetto alle procedure ordinarie:

- in primo luogo, la procedura legislativa è avviata di solito sulla base di una proposta della Commissione; se il Consiglio non approva la posizione del Parlamento europeo ma adotta una posizione, la Commissione informa il Parlamento europeo della propria posizione, in vista della seconda lettura. Tale passaggio non ha ragione di esserci quando la proposta proviene dagli Stati membri;

- in secondo luogo, il Trattato prevede una deroga alla regola della maggioranza qualificata, quando in seconda lettura il Consiglio deve statuire sugli emendamenti del Parlamento europeo, che sono stati oggetto di un parere negativo della Commissione;

- infine, per controbilanciare tale previsione, il trattato prevede un obbligo di informazione della Commissione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio sul progetto e sulle posizioni in prima e seconda lettura. Tali istituzioni possono anche chiedere il parere della Commissione durante tutta la procedura. La Commissione può anche intervenire di propria iniziativa e può ancora, in modo facoltativo, partecipare al comitato di conciliazione.

Il c.d. “*freno di emergenza*” si compone di due fasi. La prima consiste nella richiesta di investire di una questione il Consiglio europeo che può essere formulata da un membro del Consiglio per un certo progetto di atto che “*incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale*”: in questi termini si esprime sia l'art. 82 TFUE, par. 3, in tema di ravvicinamento delle legislazioni nazionali sulla procedura penale, sia l'art. 83, par. 3, in tema di riavvicinamento delle legislazioni penali sostanziali. La richiesta ha l'effetto di sospendere la procedura legislativa ordinaria per un periodo massimo di quattro mesi. Se, durante tale periodo, il Consiglio europeo perviene ad un consenso, rinvia il progetto al Consiglio, che mette fine alla sospensione della procedura legislativa, consentendo la continuazione della procedura di codecisione. Il testo non dice niente su ciò che succede se il Consiglio europeo non perviene ad un consenso durante questa fase, ma si può dedurre dal silenzio del testo che il progetto dovrà essere abbandonato. Lo scopo di questo *iter* è *in primis* quello di opporre il

deterrente di una discussione di alto livello all'atteggiamento ostruzionista di uno Stato membro contrario ad un certo atto. In secondo luogo il meccanismo, chiamando in causa l'organo che *“dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali”* (art. 15, par. 1, del TUE come risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona), fa sì che l'adozione di un atto risulti bloccata solo dalle difficoltà più serie. Il risultato è che, però in effetti, il dissenso di un solo Stato, ancorché qualificato dalla motivazione addotta e sottoposto all'attenzione del Consiglio europeo, può bloccare la normale procedura normativa.

La contropartita di questo meccanismo di freno di emergenza è la possibilità per gli Stati che lo vogliano di avviare una cooperazione rafforzata facilitata. Durante il periodo di quattro mesi a partire dalla sospensione se nessuno accordo si raggiunge in seno al Consiglio europeo, un gruppo, che dovrà essere composto da almeno nove Stati membri, può decidere di instaurare una cooperazione rafforzata facilitata. Il solo obbligo che hanno gli Stati membri è infatti quello di informare il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. L'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata è in questo caso considerata accordata e le disposizioni relative alla cooperazione rafforzata si applicano automaticamente. Ciò dispensa questi Stati dall'ottenere che la Commissione proponga la cooperazione rafforzata, che il Parlamento europeo l'approvi e che il Consiglio l'autorizzi all'unanimità.

6.2.- Le modalità della cooperazione giudiziaria nel Trattato di Lisbona.

Va osservato anzitutto che il superamento del Terzo Pilastro è accompagnato da un riordino dei settori interessati dalla cooperazione giudiziaria in materia penale. In seguito a tale sistemazione, le materie comprese nella cooperazione penale risultano suddivise principalmente in due gruppi: quelle che possono essere anche oggetto di disciplina uniforme e quelle interessate soltanto dal riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri⁸¹.

⁸¹ V. ALDECOA LUZZARAGA F., in *Tratado po el que se establece una Constitucion para Europa*. Biblioteca Nueva Real Instituto Elcano, 2004, p 7 ss..

L'art. 82 TFUE si apre con la consacrazione di uno dei principi cardine, della cooperazione giudiziaria penale: *“La cooperazione giudiziaria in materia penale nell’Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ed include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 ed all’articolo 83”*.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio adottano misure allo scopo di:

- a. *“definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l’Unione di qualsiasi tipo di sentenza e decisione giudiziaria;*
- b. *prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri;*
- c. *sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari;*
- d. *facilitare la cooperazione tra autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all’azione penale e all’esecuzione delle decisioni”* (art. 82 TFUE comma 1).

Il trattato legittima il fatto che per tutti i tipi di sentenze e di decisioni giudiziarie la cooperazione giudiziaria penale assume la forma del mutuo riconoscimento. Il punto b) dell’art. 82 TFUE cerca di affrontare i conflitti di giurisdizione sia sul piano preventivo con le misure di determinazione della giurisdizione competente o il trasferimento delle procedure tra gli Stati membri; sia sul piano successivo con la previsione di meccanismi di coordinamento o l’applicazione del principio del *ne bis in idem*. Il punto c) costituisce una misura di accompagnamento per garantire l’effettività e l’efficacia delle norme adottate.

Il comma secondo dell’art. 82 TFUE del Trattato prevede, infatti, che, nella misura necessarie a facilitare l’applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria e di polizia, nelle materie penali aventi una dimensione transnazionale, il Parlamento ed il Consiglio possano adottare direttive, seguendo le ordinarie procedure legislative, volte a stabilire *“norme minime”*, comunque tenendo in debito conto le differenze esistenti tra le tradizioni ed i sistemi normativi degli Stati membri. Tali norme riguardano:

- a. *“L’ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;*
- b. *i diritti della persona nella procedura penale;*

c. i diritti delle vittime della criminalità;

d. altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità del Parlamento Europeo”.

L'adozione di tali regole procedurali minime non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un più alto livello di protezione dei diritti individuali.

Il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri riguarda settori sia della procedura penale (art 82) sia del diritto penale sostanziale (art.83). Nel campo della procedura penale ne sono oggetto l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, i diritti della persona nella procedura penale, i diritti delle vittime della criminalità. Sul versante del diritto penale sostanziale, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali interessa da un lato, alcune *“sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati oppure da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”*, come quelle elencate nell'art. 83, par. 1 TFUE; dall'altro lato, settori la cui disciplina sostanziale è stata oggetto di misure di armonizzazione e per i quali *“il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rileva indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione”* (art. 83 par. 2 TFUE). L'art. 82.2 TFUE concerne il ravvicinamento dei diritti procedurali degli Stati membri. Si tratta di un'innovazione del Trattato di Lisbona, che risolve la controversia sulla base giuridica del ravvicinamento in questo settore. Si può procedere al ravvicinamento *“nella misura in cui è necessario per facilitare il mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie”*. Il rispetto dei diritti fondamentali, dei differenti sistemi e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, che costituisce un principio generale per l'adozione delle norme in questo settore della giustizia penale dopo Lisbona, è richiamato specificatamente, all'art. 82.2. per quel che concerne il ravvicinamento dei diritti procedurali. Ciò non avviene per il ravvicinamento dei diritti materiali. L'elenco dei settori della procedura penale e delle legislazioni penali sostanziali suscettibili di ravvicinamento legislativo ha

carattere tassativo. L'integrazione di tali elenchi è inoltre possibile solo per i settori rispondenti ai criteri indicati e solo per effetto di una particolare procedura che richiede il voto all'unanimità del Consiglio e l'approvazione previa del Parlamento europeo. In particolare, i criteri cui gli eventuali nuovi settori devono rispondere sono, per il primo elenco, il carattere necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ovvero la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi carattere transazionale; per il secondo, la particolare gravità dei reati e la dimensione transazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Al contrario la disciplina del ravvicinamento delle legislazioni penali sostanziali indicata nell'art. 82 par. 2 del TFUE è piuttosto flessibile. In particolare, si ha la competenza dell'UE a realizzare il ravvicinamento delle legislazioni penali nei settori la cui disciplina sostanziale sia stata già oggetto di misure di armonizzazione.

Infine si amplia anche la competenza dell'UE in materia penale attraverso il nuovo art. 83.1 del TFUE, che fornisce una base giuridica espressa all'Unione per elaborare norme di diritto penale sostanziale⁸². Ciò può avvenire tramite direttive riguardanti norme minime relative alla definizione delle infrazioni penali e delle sanzioni in determinati delitti, che sono di una particolare gravità e hanno una dimensione transfrontaliera derivata dal carattere o dalle conseguenze di suddetti reati, o dalla necessità di combatterli secondo criteri comuni. Il Trattato specifica che, al momento, questi tipi di delitti sono i seguenti: il terrorismo, la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori, il traffico illecito di droga, il traffico illecito di armi, il riciclaggio dei capitali, la corruzione, i crimini informatici e la criminalità organizzata. Inoltre, il Consiglio può adottare una decisione che, tenendo conto dell'evolversi della criminalità, determina altri ambiti criminali che rispondono ai suddetti criteri. Per ciò che attiene alla competenza per elaborare direttive penali riguardo a delitti di rilevanza europea per il loro carattere transfrontaliero, il Trattato di Lisbona prevede un'altra base giuridica al paragrafo 2 del nuovo art. 83 TFUE. Si tratta della protezione c.d. efficace delle politiche dell'Unione: quando l'avvicinamento delle disposizioni

⁸² V. DA SILVA OCHOA J.C., "El juez penal europeo en los tiempos del Tratado de Lisboa", in *Noticias de la Unión Europea*, n. 291, abril 2009, pag. 110 ss.

legali e regolamentari degli Stati membri in materia penale risulta imprescindibile per garantire l'esecuzione efficace di una politica dell'Unione, in un ambito che è stato oggetto di misure di armonizzazione, si potranno stabilire mediante direttive norme minime relative alla definizione dei reati penali e delle sanzioni nel suddetto ambito. Sono, poi, previsti dei meccanismi di salvaguardia delle istanze nazionali, atteso che, in base al terzo comma del citato art. 83 TFUE, viene fatta salva la possibilità per un membro del Consiglio di ritenere che un progetto di direttiva possa incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giudiziario penale. In tal caso, sarà possibile chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione, con un effetto sospensivo, per la durata massima di quattro mesi, della relativa procedura. Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi della sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla procedura legislativa ordinaria. Infine, anche nella materia penale sostanziale, nelle fattispecie sopra indicate, sono poi possibili procedure di cooperazione rafforzata, qualora vi sia l'accordo di almeno nove Stati membri, secondo procedure analoghe a quanto previsto in ambito procedurale.

6.3.- Le innovazioni del Trattato di Lisbona sugli atti utilizzabili nel settore della giustizia penale.

Con il Trattato di Lisbona si assiste all'utilizzazione nel settore della giustizia penale degli atti legislativi classici riservati fino ad ora al diritto comunitario: la direttiva⁸³ e il regolamento⁸⁴.

Alle direttive è demandato il ravvicinamento delle legislazioni nazionali sia per gli aspetti relativi alla procedura penale indicati dall'art. 82, par. 2, sia in tema di diritto penale sostanziale (art 83 par. 2). L'art. 81 TFUE prevede

⁸³ La direttiva è definita dall'art. 288 TFUE come un atto legislativo che: *“vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”*. Il contenuto di questa disposizione non è nuovo, poiché riproduce quello dell'art. 249 TCE. La direttiva può apparire in realtà come la continuazione delle decisioni quadro.

⁸⁴ Il regolamento è definito dall'art. 288 TFUE come un atto legislativo che: *“ha portata generale. E' obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”*. Anche qui il contenuto della disposizione riproduce quello dell'art. 249 TCE. Il regolamento può apparire come la continuazione delle decisioni previste dal vecchio TUE.

esplicitamente che il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, norme minime che riguardano:

- l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri;
- i diritti della persona nella procedura penale;
- i diritti delle vittime della criminalità;
- altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

Il Trattato indica che le norme da adottare dovranno prendere altresì la forma di direttive per ottenere il ravvicinamento delle disposizioni di procedura penale (art. 82.2.) e di diritto materiale (art. 83.1.). Pertanto nei casi in cui il Trattato di riforma impone l'adozione di direttive, persone fisiche e giuridiche possono essere raggiunte dalla loro efficacia diretta secondo il regime che per le direttive ha elaborato la Corte di Giustizia con la sua giurisprudenza. Così, anche in tema di cooperazione penale le direttive di contenuto sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato potranno trovare applicazione nei confronti di persone fisiche e giuridiche a condizione di essere inattuate o non correttamente attuate, solo nei rapporti con autorità pubbliche e, in ogni caso, mai nel senso di far insorgere in via immediata obblighi e tantomeno la responsabilità penale, che per effetto delle direttive non può neppure essere aggravata ove già prevista nell'ordinamento statale. L'efficacia diretta delle direttive opera infatti in forza della dissociazione tra destinatari formali di questi atti, che secondo il Trattato istitutivo sono esclusivamente gli Stati, e quelli materiali, che sono collocati all'interno degli ordinamenti degli Stati stessi. Tale particolare genesi impedisce che gli atti in questione, a differenza dei regolamenti, esplichino un'efficacia diretta piena, alla quale ostano altresì il generale principio di certezza del diritto e, limitatamente all'insorgere e all'aggravamento della responsabilità penale, il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Il Trattato indica che le norme adottate dovranno invece avere la forma di regolamenti per quel che concerne *Eurojust*⁸⁵ e *Europol*. Se, come sembra fondato

⁸⁵ V. la Decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008 *relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità*. Si tratta infatti di un atto normativo che, a prima lettura, presenta rilevanti novità e non costituisce un semplice *maquillage* di quello che, nel 2002, istituì l'agenzia europea per la cooperazione giudiziaria. Parlare del futuro di Eurojust significa anche doversi confrontare con i rilevanti mutamenti introdotti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dal Trattato di Lisbona. Pur essendo la Decisione 2009 un atto emanato nella vigenza dei vecchi Trattati, coi loro pilastri e le loro competenze tipo *patchwork*, è chiaro che il mutato quadro costituzionale dell'Unione non potrà non avere influenza su un organo profondamente rinnovato. Infatti Eurojust è ora un organismo pienamente inserito nel quadro istituzionale definito dai Trattati, dal momento che l'art. 85 del TFUE ne disciplina funzioni, compiti, struttura. La Decisione 2009 presenta, sotto vari profili, rilevanti aspetti di novità. Essa anticipa, a livello di diritto derivato, le soluzioni (già note, ma non ancora in vigore) dei Trattati. Una prima parte riguarda (Considerando 5) la *“base comune di poteri che ogni membro nazionale dovrebbe avere in qualità di autorità nazionale competente che agisce nel rispetto del diritto nazionale”*, poteri che *“dovrebbero essere conferiti al membro nazionale per i casi urgenti in cui il membro nazionale sia nell'impossibilità di individuare o contattare l'autorità nazionale competente in tempo utile”*, compresa una sorta di reperibilità (Considerando 7) 24h/24h e 7g/7g del membro nazionale, quando non sia possibile individuare e contattare l'autorità competente. Pur se il Considerando 6 prevede che *“La presente decisione non influisce sulla maniera in cui gli Stati membri organizzano il loro sistema giudiziario interno o le loro procedure amministrative per la designazione del membro nazionale e l'istituzione del funzionamento interno degli uffici nazionali presso l'Eurojust”*, è chiaro che il rappresentante nazionale diventa in questo modo una sorta di PM con più forti poteri all'interno di Eurojust e negli stessi sistemi nazionali di provenienza, anche perché il Considerando 8 prevede a sua volta che *“Gli Stati membri dovrebbero garantire che le autorità nazionali competenti reagiscano senza indugio alle richieste inoltrate ai sensi della presente decisione, anche se le autorità nazionali competenti rifiutano di soddisfare le richieste del membro nazionale”*. b) Una seconda parte (che mi sembra quella che contiene le maggiori novità) concerne l'istituzione del Coordinamento Nazionale (CP) di Eurojust: Considerando da (10) a (12). Qui la Decisione, nonostante la premessa relativa al rispetto degli Ordinamenti nazionali, potrebbe in realtà incidere, e fortemente, sull'ordinamento interno del PM. Lo scopo è quello di *“coordinare il lavoro svolto dai corrispondenti nazionali dell'Eurojust, dal corrispondente nazionale dell'Eurojust in materia di terrorismo, dal corrispondente nazionale della rete giudiziaria europea e da un massimo di tre altri punti di contatto della rete giudiziaria europea, nonché dai rappresentanti nelle reti delle squadre investigative comuni, dei crimini di guerra, del recupero dei beni e della corruzione”*. Tale sistema (Considerando 11) *“dovrebbe far sì che il sistema automatico di gestione dei fascicoli riceva le informazioni relative allo Stato membro interessato in modo efficace e affidabile”* e (Considerando 12) *“dovrebbe essere assicurato il collegamento al sistema automatico di gestione dei fascicoli. Il collegamento al sistema automatico di gestione dei fascicoli dovrebbe essere effettuato tenendo debitamente conto dei sistemi informatici nazionali. L'accesso al sistema automatico di gestione dei fascicoli a livello nazionale dovrebbe essere basato sul ruolo centrale svolto dal membro nazionale responsabile dell'apertura e della gestione degli archivi di lavoro temporanei”*. Il che potrebbe significare un accesso pressoché totale ai fascicoli di un qualunque ufficio territoriale del PM, anche – se non soprattutto – nella fase delle indagini preliminari. Questa mi pare sia una delle parti più delicate, almeno per l'Italia, della nuova Decisione, perché il Coordinamento nazionale verrebbe, se attuato pienamente, a creare una sorta di Direzione Nazionale, accentuando la natura giurisdizionale di Eurojust, con tutto quello che ciò potrebbe comportare sul piano della nomina del Rappresentante e dei componenti dell'ufficio.

ritenere, nei settori in cui l'art. 83 par. 1 si può provvedere con regolamenti, le persone fisiche e giuridiche sono dirette destinatarie della normativa europea.

Non si specifica invece il tipo di atto, ad eccezione della previsione della sua natura legislativa, nell'art. 82, par. 1 del TFUE. Questa disposizione prevede genericamente che l'UE adotti misure intese a definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento di sentenze e decisioni giudiziarie, per prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione per sostenere la formazione di magistrati e operatori giudiziari, per facilitare la cooperazione tra autorità giudiziarie o omologhe in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni. Al fine di individuare la tipologia di atto adoperabile sembra che ai sensi dell'art. 82 par. 1 del TFUE, siano utilizzabili tutti gli atti legislativi disponibili, cioè regolamenti, direttive e decisioni. Se si esamina nello specifico il mutuo riconoscimento, il principio è stato realizzato fino ad ora attraverso le decisioni quadro. Se si segue l'opinione secondo la quale la direttiva dovrà essere considerata la continuazione delle decisioni quadro i futuri strumenti dovranno avere questa forma. Se si stabilisce invece una comparazione con la soluzione adottata nel settore civile, si constata che gli strumenti di mutuo riconoscimento in materia civile prenderanno ora la forma dei regolamenti. La questione non si è posta certamente allo stesso modo perché la giustizia civile è stata comunitarizzata con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e non c'è mai stata alcuna decisione quadro in questo settore. L'esperienza maturata con le decisioni quadro mostra che è possibile mettere in opera tramite questi fonti il mutuo riconoscimento e le altre misure di cooperazione giudiziaria. L'inconveniente derivante però dalle direttive e dalle decisioni quadro consiste nel fatto che gli Stati sono liberi sui mezzi da adottare per la trasposizione nell'ordinamento interno per ottenere il risultato fissato; ciò può creare divergenze nell'applicazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale. Al contrario, il regolamento ha il vantaggio di essere direttamente applicabile e di garantire un'applicazione uniforme. Il futuro dirà verso quale opzione si sposterà la scelta del legislatore europeo.

Le disposizioni transitorie annesse al TFUE (Protocollo n. 36) indicano altresì il regime giuridico degli atti adottati anteriormente. Nello specifico l'art 9 sottolinea che: *“gli effetti giuridici degli atti degli istituzioni, organi, organismi*

dell'Unione adottati sulla base del Trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono mantenuti fino al momento in cui non saranno abrogati, annullati o modificati in applicazione del trattato". In ogni caso tale misura transitoria cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona cioè a partire dal 1° dicembre 2014.

Nel trattato di Lisbona gli atti del titolo V sono sottoposti allo stesso controllo giurisdizionale di quelli adottati nell'ambito delle altre politiche. Infatti, a parte il periodo transitorio di cinque anni per le misure già di terzo pilastro adottate prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato e i meccanismi di *opt outs* per il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca, la Corte di Giustizia esercita una giurisdizione su tutti gli atti adottati nella materia della cooperazione giudiziaria penale ed ha, altresì, giurisdizione, dopo il periodo transitorio di cinque anni, sulle procedure di infrazione eventualmente promosse contro gli Stati membri per la ritardata o non corretta applicazione delle misure in materia⁸⁶.

Il Trattato di Lisbona riconosce dunque una giurisdizione generale alla Corte di giustizia a pronunciarsi sopra l'interpretazione e validità di qualsiasi atto legislativo adottato nell'ambito del nuovo titolo V TFUE dello spazio di libertà sicurezza e giustizia. In virtù dell'art. 267 quarto alinea TFUE, se una questione pregiudiziale è posta *“durante una controversia pendente davanti ad una giurisdizione nazionale riguardante una persona detenuta la Corte statuisce nel più breve tempo possibile”*. L'art. 23 bis del Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia consacra la c.d. procedura di urgenza definendone i principi base: un tempo più breve per il deposito delle memorie o osservazioni scritte, l'assenza di conclusioni dell'avvocato generale, le limitazioni di parti e altri interessati autorizzati a depositare memorie o osservazioni scritte, e anche l'omissione della fase scritta della procedura.

⁸⁶ V. WEYEMBERGH A., *“Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne”*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, BRAUM S. e WEYEMBERGH A., Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 227 ss.

6.4.- L'art. 6 del nuovo TUE: questioni pregiudiziali e di costituzionalità in materia di diritti fondamentali.

L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea contiene un principio che costituisce un'innovazione in grado di avere un effetto indiretto importante per il ravvicinamento dei diritti nazionali degli Stati membri. Esso dispone, infatti, che *"l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"*. Con questo piccolo inciso di frase *"stesso valore giuridico dei trattati"*, il Trattato chiude la controversia che è nata dall'adozione della Carta, e che attiene alla sua forza obbligatoria⁸⁷.

La posizione generalmente accettata fino ad ora era quella che la Carta aveva innanzitutto un valore declaratorio e traeva la sua forza dal fatto che essa riaffermava diritti consacrati da altre fonti e, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In questo senso, la Corte di Giustizia ha già citato la Carta, considerando che i diritti di cui essa deve conoscere nel caso di specie sono stati consacrati dalle disposizioni pertinenti della CEDU e sono stati riaffermati dalla Carta. Con il nuovo trattato, la Carta cessa di avere semplicemente una specie di conferma della sua esistenza e diventa la base giuridica di obblighi autonomi, che saranno sottoposti al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia.

⁸⁷ Sul tema v. JURGEN SCHWARZE, *"Le Traité de Lisbonne ; quelques remarques d'un observateur allemand"*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n. 518, mai 2008, pag. 281 ss.; PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005; nonché MANGIAMELI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano, 2007, pag. 555 ss; RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di PANUNZIO S.P. e SCISO E., Milano 2002, 85-92; VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 78 ss; POCAR F., in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, p. 1178 ss.; MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in AA. VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano p. 706 ss; LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* in *Riv. Dir. Int.*, 2001, p. 1009-10012; PAGANO E., *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in CARUSO F. e SICO L. (a cura di), *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino 2003, p. 43 ss; CARETTI P., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 375 ss.

La Carta contiene i seguenti importanti principi in materia penale: diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale; presunzione di innocenza e diritto di difesa; principio di legalità e di proporzionalità dei delitti e delle pene; diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato⁸⁸.

Le questioni suscitate dall'interpretazione dell'art. 6 TUE riguardano l'applicazione del diritto, specialmente ad opera del giudice nazionale⁸⁹.

Finora la Corte di Giustizia aveva utilizzato la Carta come criterio di interpretazione poiché la Carta conteneva e contiene regole provenienti dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e dalle tradizioni comuni degli Stati membri. Non risulta difficile identificare il suo contenuto con i principi generali del diritto dell'Unione. In realtà, quando vi è stata questione sulla protezione dei diritti fondamentali, non si è potuto ricorrere direttamente alla Corte di giustizia sulla base della Carta, poiché essa era priva di valore giuridico vincolante.

Con l'entrata in vigore della Carta e l'esercizio da parte dell'Unione delle sue competenze in materia penale al giudice nazionale spetterà il compito di garantire che sia le future direttive in materia penale sia il recepimento delle stesse in sede nazionale siano conformi con il nuovo livello di protezione dei diritti

⁸⁸ L'art 47 della Carta relativo al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale dispone che: *“Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un tempo ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora sia necessario per assicurare accesso effettivo alla giustizia”*. L'art. 48 relativo alla presunzione di innocenza e di diritto di difesa dispone che: *“ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”*. L'art 49 relativo al principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene dispone che: *“nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”*. Infine l'art. 50 relativo al diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato dispone che *“nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”*.

⁸⁹ V. JIMENA QUESADA L., *“La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”*, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, num. 40/2009, p. 13 ss.

fondamentali contenuti nella Carta. In particolare, si dovrà attivare il meccanismo di collaborazione con la Corte di giustizia che presuppone la questione pregiudiziale, per permettere a questa di interpretare la Carta in modo che il giudice nazionale sappia se debba o meno applicare al diritto penale nazionale ciò che è trasposizione o recepimento di direttive penali.

La difficoltà del nuovo sistema consiste nel capire quale norma va applicata nel caso in cui il giudice rilevi problemi di compatibilità con i diritti fondamentali. La situazione è nuova, poiché la convivenza tra le regole relative ai diritti fondamentali contenuti nella Costituzione di ogni Stato e quelle riconosciute dalla Convenzione europea dei Diritti Umani non si pone nei medesimi termini: al giudice non spetta l'analisi preventiva sulla conformità della norma applicabile con la Convenzione; questa si limita a offrire protezione agli individui dopo il verificarsi di singole infrazioni da parte dei poteri pubblici.

La conseguenza è che esiste un rischio riguardante la coerenza nell'interpretazione del contenuto e dell'estensione dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione, poiché per il medesimo diritto fondamentale esistono due organi distinti competenti per la soluzione giurisprudenziale.

La risposta a questi interrogativi esige di distinguere varie ipotesi. In primo luogo, bisogna tenere in conto se la norma applicabile ha la sua origine nel diritto dell'Unione o se la sua natura è strettamente nazionale: se si tratta cioè di un regolamento europeo o di una norma nazionale che recepisce una direttiva o, al contrario, se si tratta di una regolamentazione di matrice esclusivamente interna. Le disposizioni della Carta sono dirette agli Stati membri unicamente quando applicano il diritto dell'Unione e non quando adottano e applicano il diritto nazionale indipendentemente dal diritto dell'Unione. Questo è il primo dei principi interpretativi contenuti nella stessa Carta, nella quale l'art 51.1 stabilisce: *"le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei Trattati"*. Il paragrafo 2 dell'art.

51 conferma che la Carta non può dar luogo ad un ampliamento delle competenze e funzioni attribuite dall'Unione ai Trattati. Ciò scaturisce dal principio di sussidiarietà e dal fatto che l'Unione dispone solo di competenze di attribuzione. I diritti fondamentali garantiti nell'Unione sono solo effettivi nell'ambito delle competenze attribuitegli dai Trattati. Di conseguenza, l'obbligo delle istituzioni dell'Unione di promuovere i principi stabiliti nella Carta si pone solo dentro i limiti delle suddette competenze.⁹⁰ Pertanto, le Istituzioni hanno visto aperta di fronte a loro la possibilità di ricorrere ad un controllo da parte della Corte di Giustizia riguardo all'adeguamento o meno di tutto l'ordinamento interno ai diritti fondamentali, in virtù dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali. Questo controllo è limitato, però, alle disposizioni frutto delle competenze dell'Unione europea, così che i diritti riconosciuti nella Carta hanno una vigenza settoriale e non generale. La seconda delle ipotesi con la quale si scontra il giudice nazionale, cioè quella della compatibilità della norma nazionale di matrice europea con i diritti fondamentali appare problematica. Da un lato, il principio costituzionale di soggezione alla legge, non consente altra via che quella della proposizione della questione di costituzionalità. Se però l'incompatibilità si manifesta riguardo al rispetto dei diritti riconosciuti nella Carta, non si comprende come possa intervenire la Corte costituzionale, poiché la competenza di questa riguarda unicamente l'interpretazione e l'applicazione della Costituzione. Dall'altro lato, come quando accade che la legge penale nazionale entra in collisione solo con il regime costituzionale dei diritti fondamentali o solo con il contenuto della Carta, si potrebbe pensare che la soluzione sarà quella di sollevare la questione alla Corte incaricata dell'interpretazione di ciascuno di questi regimi. Che cosa accade però quando la legge penale si scontra tanto con la Costituzione quanto con la Carta? Si ricorre al ricorso alternativo o successivo? Il fatto che un diritto è riconosciuto solo dalla Carta o solo dalla Costituzione implica l'obbligo di interpretarlo? E se il medesimo diritto appare in ambedue i testi però è stato

⁹⁰ Sul tema si veda, MANGIAMELI S., *La tutela dei diritti fondamentali* cit., in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano, 2007, 555 ss.; RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali* cit., 85-92; VILLANI U., *I diritti fondamentali* cit., p. 78 ss. In questo senso per l'intera Carta v. POCAR F., in *Commentario breve* cit., p. 1178 ss.; MILITELLO V., *I diritti fondamentali* cit., p. 706 ss. Sulla Carta di Nizza v., LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta* cit., p. 1009-10012; CARETTI P., *La tutela dei diritti fondamentali* cit., p. 375 ss.

interpretato in modo diverso dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia, che interpretazione deve seguire il giudice ordinario? Inoltre è rilevante che la presunta infrazione si produca nel recepimento legislativo interno della direttiva penale europea in modo che la competenza spetterà al giudice costituzionale o nella stessa direttiva con cui la via aperta al giudice penale non potrà che essere quella della questione pregiudiziale?

Se la legge penale nazionale ha recepito una direttiva, la materia è stata “denazionalizzata” e sottomessa al diritto dell’Unione, nel quale la Carta è ormai integrata dal Trattato di Lisbona. Il parametro di protezione dei diritti fondamentali nell’applicazione da parte del giudice nazionale della suddetta legge penale sarà esclusivamente il contenuto della Carta. Di conseguenza il giudice nazionale resterà vincolato da questo parametro. Non si potrà avere una contraddizione tra la legge penale che applica una direttiva e la Costituzione, perché tanto la direttiva quanto la norma interna di recepimento saranno in contrasto con il sistema dei diritti fondamentali contenuti nella Carta.

La previsione nel Trattato di Lisbona dell’esistenza della legislazione penale europea solo in determinati ambiti (il terrorismo, la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori, il traffico illecito di droga, il traffico illecito di armi, il riciclaggio dei capitali, la corruzione, i crimini informatici e la criminalità organizzata) e il dato della vigenza della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea presuppone che in uno stesso corpo legale, il Codice penale, convivano differenti parametri di vigenza dei diritti fondamentali. Il diritto penale è stato obbligato a scindersi in due sistemi giuridici differenti, uno dei quali avrà una dichiarazione dei diritti e un tribunale incaricato di interpretarlo⁹¹.

⁹¹ Sul mantenimento delle prospettive delineate dal Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004, v. ZILLER J., *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, p. 875 ss.; BERNARDI A., *Il ruolo del Terzo Pilastro UE nell’uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.* 2007, p. 1157 ss., nonché MOUSSIS N., *Le Traitè di Lisbonne: une Constitution sans en avoir le titre*, in *Revue du Marchè commun et de l’Union européenne*, 2008, p. 161 ss. Sulla struttura e sulle caratteristiche del nuovo Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 v. TESAURO G., *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida dir. (suppl. Dir. Com. e int.)*, 2007, n. 6, p. 8 ss.; DANIELE L., *Trattato di Lisbona: addio all’idea di federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, *ivi*, p. 11. SS; NASCIBENE B.-LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l’Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giuridico*, 2007; AA. VV., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di BASSANINI F. e TIBERI G., Il Mulino, 2008, p. 9 ss.; AA. VV., *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di

In altre parole, i diritti dell'imputato potranno distinguersi in base al fatto che la norma applicabile abbia origine nazionale o origine europea. Questa affermazione potrebbe sembrare un po' esagerata, però la giurisprudenza europea ci insegna che in alcuni ambiti, sebbene limitati, nei quali la Corte di Giustizia ha potuto interpretare il contenuto e la vigenza di norme penali, si è manifestata l'esistenza di concetti differenti sui medesimi istituti penali. L'esperienza paradigmatica che conferma questa tesi si incontra nell'interpretazione del concetto di *ne bis in idem*. Si tratta di un principio riconosciuto in tutte le legislazioni degli Stati europei e in diversi strumenti internazionali. Anche la Corte di giustizia lo ha riconosciuto e applicato⁹². La questione trae origine dal fatto che non esiste un concetto univoco di *ne bis in idem*. In ogni caso ciò che risulta chiaro è che il medesimo principio unanimemente riconosciuto negli ordinamenti penali europei si manifesta attraverso delle costruzioni tecniche differenti che corrispondono alle tradizioni giuridiche diverse e alle differenti priorità riguardo ai beni giuridici da proteggere con il risultato di produrre conseguenze diverse per l'imputato in uno o nell'altro paese.

6.5.- Riflessioni critiche sulle conseguenze delle innovazioni del Trattato di Lisbona.

Le innovazioni introdotte con il Trattato di Lisbona mutano profondamente il quadro dell'incidenza del diritto della cooperazione penale dell'UE negli ordinamenti degli Stati membri. In seguito alla riforma di Lisbona, senza l'intermediazione dei legislatori nazionali sarà possibile, oltre che la prevalenza delle istanze normative interne più vicine al diritto europeo, anche

BARUFFI M. C., Cedam, 2008, p. 3 ss.; STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 90 ss.

⁹² V. Corte di giustizia, sentenza 11 febbraio 2003, in C-187/01, Caso *Gozutok*. La pronuncia tramite una lettura ampia del principio del *ne bis in idem*, prevede che una decisione adottata in seguito ad un procedimento penale abbreviato in uno Stato membro, precluda al giudice di altro Stato membro di instaurare nuovamente il giudizio per gli stessi fatti nei confronti del medesimo imputato, anche se tale procedimento è avvenuto dinanzi al solo pubblico ministero, senza l'intervento del giudice. V. altresì Corte di giustizia, sentenza 10 marzo 2005 in C-469/03, caso *Miraglia*. In essa si afferma nel dispositivo che il principio del *ne bis in idem* "*non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il PM ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito*".

l'affermazione di valori normativi provenienti da tale diritto che si presentino come antagonisti rispetto a quelli del diritto nazionale: sia attraverso la mera disapplicazione di norme nazionali in contrasto con obblighi sanciti negli atti europei sia attraverso la sostituzione di suddette norme con norme europee. In alcuni settori anche significativi e in particolare, per ciò che riguarda il mutuo riconoscimento di sentenze e decisioni giudiziarie e la prevenzione e la soluzione dei conflitti di giurisdizione, il ruolo dei legislatori nazionali potrebbe addirittura essere eliminato dato che in tali settori sembra possibile adottare regolamenti. E' opportuno considerare l'impatto concreto delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona alla luce dei temi che, sulla base degli artt. 82 e 83 del TFUE, la cooperazione penale può investire. Riguardo alle materie che, in virtù dell'art. 82 TFUE, seconda parte, sembrano poter essere disciplinate con regolamenti, la portata delle innovazioni descritte appare notevole. Invero *“le norme e le procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria”* nonché *“la cooperazione tra le autorità giudiziarie e le autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni”* in futuro potranno essere disciplinati con regolamenti. Ciò eliminerebbe alla radice tutti i problemi di contrasto delle legislazioni nazionali di attuazione rispetto agli obblighi europei e le difficoltà relative al superamento di tali problemi con il limitato strumento dell'interpretazione conforme del diritto nazionale⁹³.

Quanto alle materie, per le quali il diritto europeo può solo prevedere il riavvicinamento delle legislazioni nazionali, le innovazioni sembrano minori. Ad esempio, le innovazioni che riguardano il riavvicinamento delle legislazioni penali sostanziali, sembrano trascurabili. Come nella situazione attuale, infatti, dopo la riforma di Lisbona tale riavvicinamento consisterà nell'adozione di norme minime sulla definizione dei reati e sulle sanzioni. Ciò significa che le relative direttive lasceranno gli Stati perfettamente liberi di mantenere normative più stringenti; dunque, gli eventuali effetti diretti di tali direttive non potranno mai essere nel

senso di eliminare o alleggerire la responsabilità penale rispetto a quanto stabilito dal diritto nazionale.

Più complessa appare la situazione relativa ai temi della procedura penale soggetti in base all'art. 82 TFUE, al ravvicinamento legislativo tramite direttive. Poiché, infatti, tali temi includono i diritti della persona nella procedura penale e i diritti delle vittime della criminalità, sembrerebbe che i limiti all'efficacia diretta non dovrebbero trovare applicazione e che, al contrario, le direttive in materia, se dotate dei requisiti contenutistici, dovrebbero costituire un caso chiaro di direttive dotate di efficacia diretta. Tale conclusione non è però automatica, se si considera con quale frequenza nella procedura penale la tutela dei diritti di alcune persone e, soprattutto, delle vittime, abbia come risvolto svantaggi per l'indagato o imputato. Invero, l'efficacia diretta delle future direttive adottate a tutela dei diritti delle vittime e degli altri soggetti della procedura penale potrebbe ipoteticamente pregiudicare il diritto dell'imputato ad un equo processo, che è parte dei principi fondamentali del diritto europeo, sia perché stabilito dalla CEDU (art. 6), sia perché riconosciuto nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In casi del genere l'efficacia diretta delle direttive dovrebbe pertanto essere negata.

A tal riguardo possono farsi due riflessioni. In primo luogo, in considerazione dell'attuale assetto di tali limiti e delle materie, su cui le future direttive in tema di cooperazione penale potranno influire, si può concludere che la loro incidenza nei confronti di persone fisiche e giuridiche senza l'intermediazione del legislatore statale può essere interessante nel settore della procedura penale, ma è potenzialmente ridotta per il diritto penale sostanziale. In secondo luogo, i principi, su cui si fondano i suddetti limiti sono tali da non lasciare spazio al loro superamento, almeno non nel settore della cooperazione penale. Da un lato, infatti, in questo settore gli effetti diretti sono suscettibili di dispiegarsi soprattutto nella direzione verticale discendente, dove particolarmente valido è il fondamento del limite costituito dalla struttura delle direttive. Dall'altro lato, nel settore della cooperazione penale il limite all'efficacia diretta si giustifica altresì sulla base di alcuni principi fondamentali quali il principio della certezza del diritto, il principio di legalità penale, l'irretroattività della legge in particolare di quella penale. Ne consegue che, anche in seguito alla riforma di Lisbona, in

molti casi l'incidenza del diritto della cooperazione penale negli ordinamenti statali si produrrà negli stessi termini in cui è configurabile oggi, e cioè limitatamente all'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, all'ammissibilità nel quadro dell'interpretazione conforme dell'integrazione normativa e al contenuto del limite dell'interpretazione *contra legem*.

Tale situazione comporta una riflessione sull'opportunità di procedere all'abrogazione delle decisioni quadro vigenti in vista dell'inserimento della disciplina da esse stabilita in una direttiva o, se del caso, in un regolamento ovvero alla loro modifica. Circa le decisioni quadro di riavvicinamento delle legislazioni penali sostanziali tale opportunità non sembra sussistere, vista l'analogia di effetti ai quali in concreto le direttive in materia sembrano poter dare luogo. Ci si potrebbe orientare diversamente ove si ritenesse che l'assenza dell'efficacia diretta impedisca l'integrazione di norme penali nazionali con disposizioni di decisioni quadro, a meno di non credere che siffatta integrazione in ogni caso sarebbe impedita dal divieto di efficacia *contra reum*: anche in tal caso la novazione della fonte non avrebbe grande utilità.

Le direttive di ravvicinamento delle legislazioni processuali sembrano, invece, suscettibili di produrre in concreto efficacia diretta. La loro sostituzione alle decisioni quadro potrebbe pertanto essere utile, anche se il tenore generale dei loro contenuti sembra condurre ad un'utilizzazione simile ad un parametro di conformità delle legislazioni nazionali più che alla loro sostituzione alle stesse. Più complessa è la valutazione concernente i settori elencati nell'art. 83 TFUE, seconda parte del TFUE, nei quali sembra rientrare la disciplina del MAE. E' evidente che la sostituzione degli atti vigenti con regolamenti risolverebbe la gran parte dei problemi relativi al contrasto delle legislazioni nazionali di attuazione rispetto agli obblighi europei, e con tutta probabilità determinerebbe altresì il superamento dei principali ostacoli posti dalle Costituzioni di alcuni Stati membri alla disciplina del MAE.

In questo periodo di attesa della messa in opera del Trattato di Lisbona, il lavoro dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale non si è certamente arenato, continuando lungo il cammino del mutuo

riconoscimento⁹⁴. In una ottica di mutuo riconoscimento è prioritario individuare gli ostacoli alla libera circolazione e rimuoverli. Tale politica criminale privilegia l'imposizione di un risultato – il riconoscimento di un atto normativo formato da uno Stato estero – rispetto all'elaborazione di un'ideologia condivisa. È una classica espressione del metodo funzionalista, da sempre adottato in seno all'Unione europea, che implica, quali ineludibili corollari, la frammentarietà e l'instabilità della giustizia penale europea. Questo non significa che la strategia del mutuo riconoscimento non possa comunque produrre risultati utili ai fini di una progressiva osmosi fra i diversi ordinamenti. Non in via diretta, ma per opera dei giudici, che chiamati a riconoscere l'atto estero, si troveranno a dirimere i punti di contrasto che il legislatore comunitario non può e non vuole risolvere. Si hanno chiari esempi di questo fenomeno nella giurisprudenza che si va sviluppando sul mandato d'arresto europeo; emblematica sul punto la vicenda relativa ai termini di durata massima della custodia cautelare in carcere, che è giunta sino alle Sezioni unite della Corte di Cassazione⁹⁵.

A ciò si aggiunga che il giudice nazionale, protagonista di questa armonizzazione per via giudiziaria, è comunque vincolato dall'obbligo di interpretazione conforme, elaborato dalla Corte di giustizia nel noto caso *Pupino* e subito recepito dai giudici nazionali. Il combinato disposto del principio del

⁹⁴ In particolare, il Consiglio ha adottato:

- decisione-quadro 2008/675/GAI del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale;
- decisione-quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata;
- decisione-quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea;
- decisione-quadro 2008/919/GAI del 27 novembre 2008, sulla lotta al terrorismo;
- decisione-quadro 2008/947/GAI del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze ed alle decisioni di sospensione condizionale, in vista della sorveglianza delle misure e sanzioni alternative alla pena detentiva;
- decisione-quadro 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale;
- decisione del 16 dicembre 2008, relativa a Eurojust;
- decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali;
- decisione 2008/976/GAI del 24 dicembre 2008, relativa alla Rete giudiziaria europea.

⁹⁵ V. Cass. Pen. Sez. Un. n. 41614 del 30 gennaio 2007, ric. *Ramoci* in *Cass. Pen.* n. 5/ 2007 p. 1911

mutuo riconoscimento e dell'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente a quel principio genera affermazioni di questo tenore: “*Appare plausibile un'interpretazione flessibile della norma che la renda adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, dovendosi sfuggire alla tentazione di parametrare al significato di nozioni ed espressioni evocative di precisi istituti dell'ordinamento interno dettati normativi concepiti dal legislatore italiano ai fini di una loro proiezione interstatale*”.

Non si deve dubitare della correttezza di tale affermazione, poiché nessun ordinamento può ergersi a paladino della scelta legislativa migliore o di quella più garantista, specie quando, come accade nel nostro paese, fra *law in books* e *law in action* si consuma uno iato tale da mostrare la totale inefficienza del sistema⁹⁶.

Una sorta di microcodificazione, quindi, per un sistema penale europeo settoriale che comporterà una vera e propria unificazione di frammenti di diritto e di procedura ben al di là dell'armonizzazione. È, quindi, probabile che la cooperazione rafforzata parta da quelle aree del continente ove una certa omogeneità dei sistemi è già un dato di fatto, per ragioni storiche e culturali. Di conseguenza, è lecito pensare che nel futuro assisteremo ad una cooperazione rafforzata fra sistemi già simili, sistemi per cui l'adozione di regole comuni non comporta la revisione di scelte di fondo nel settore penale. Liberi di agire in parziale autonomia, senza dover attendere il consenso di tutti i Paesi membri, alcuni Stati particolarmente attivi ed intraprendenti potranno promuovere accordi “*regionali*”, raggruppando attorno a sé quei Paesi che tradizionalmente si trovano nella loro sfera d'influenza sia giuridica che economica. Questo sino al paradosso – inverosimile, ma non escluso dal Trattato di Lisbona – della creazione di più microcosmi.

Sul versante processuale, però, c'è il rischio che la convergenza avvenga proprio su quei binari speciali, su quelle regole *ad hoc* che vari ordinamenti dedicano in via esclusiva alle manifestazioni criminose prima elencate. In altri termini: la scelta di unificare alcuni settori della giustizia penale potrebbe generare l'effetto collaterale di vedere i binari speciali elevarsi a regola comune europea. Se

⁹⁶ V. ALLEGREZZA S., *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. Pen.* n.10/2008, p. 3882 ss.

il fenomeno emergente è quello della criminalità organizzata o del terrorismo, allora saranno le regole più efficaci, espressamente dedicate a contrastare quelle forme criminali ad imporsi. Sarà la tipologia dei reati maggiormente globalizzanti a forzare la direzione. Ciò porterà inevitabilmente un appiattimento verso livelli inferiori di tutela dei diritti ed un progressivo imporsi di regole meno garantiste salvo un ripensamento della politica criminale in virtù della quale l'Unione europea – che sino ad ora si è sempre mossa in un ottica esclusivamente punitiva e solo spinta da emergenze criminali di portata epocale – si renda per la prima volta promotrice di diritti e di garanzie processuali e si proponga l'armonizzazione come fine e non più come strumento, così creando regole comuni al fine di promuovere una politica identitaria dell'organismo sopranazionale, quale promotore di diritti, in un settore che entra al cuore del rapporto fra cittadini e potere.

Le linee programmatiche e gli aspetti operativi che contrassegneranno il futuro scenario europeo sono state disegnate nel programma di Stoccolma⁹⁷.

⁹⁷ Conseil de l'Union européenne, Bruxelles 2 décembre 2009 (17024/09) Programma di Stoccolma. Il programma di Stoccolma stabilisce una nuova agenda per l'Unione europea (UE) in materia di giustizia, libertà e sicurezza per il periodo 2010-2014. Ai fini dell'individuazione dei contenuti del nuovo Piano, nel mese di gennaio 2007, su iniziativa della Presidenza tedesca di turno, è stato costituito il cd. Gruppo di consultazione di alto livello (*High level advisory group*), con il compito di approfondire i temi sul possibile futuro della politica giudiziaria europea, dopo la scadenza del programma dell'Aja. Negli atti sin ad ora prodotti dal comitato di esperti, è stato sottolineato che, ancora una volta, devono essere affrontate ed apprestate misure per affrontare le perduranti sfide dell'Unione, avendo tuttavia come obiettivo primario una migliore protezione dei cittadini, non solo dal punto di vista della loro sicurezza, ma anche perseguendo più decisamente la prospettiva delle garanzie, attraverso il riconoscimento dei diritti procedurali minimi nelle investigazioni penali. Parimenti, crescente attenzione viene accordata alla protezione dei bambini e delle vittime del reato nonché alla lotta al crimine organizzato ed al terrorismo. Vengono, poi, sviluppate ulteriori iniziative nella prospettiva del rafforzamento della cd. dimensione esterna dell'Unione europea. Soprattutto, appare fortemente avvertita e ribadita l'esigenza di accrescere i profili di sicurezza interna, rendendo più efficaci e tra loro coordinati i molteplici strumenti già esistenti, in una ottica complessiva nella quale sia assicurato che le politiche nazionali si uniformino sempre più alle politiche sopranazionali dell'Unione. Dal canto suo, la Commissione ha proposto al Consiglio europeo, in quanto istituzione responsabile della definizione delle strategie dell'Unione, le possibili priorità per il periodo 2010-2014. La comunicazione (COM (2009) 262) "*Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*" propone di orientare il futuro programma sulla seguente priorità politica: quella di istituire meccanismi che agevolino l'accesso alla giustizia, eliminando al contempo gli ostacoli al riconoscimento delle decisioni giuridiche in altri Stati membri e migliorando la formazione dei professionisti del settore. In tutta l'Unione dev'essere realizzato lo spazio giudiziario europeo. Per consentire ai cittadini di far valere i propri diritti ovunque nell'Unione è necessario facilitare il loro accesso alla giustizia. Al contempo, all'interno dell'UE devono essere potenziati la cooperazione tra le autorità giudiziarie e il riconoscimento reciproco delle sentenze, tanto in materia civile quanto in materia penale. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero ricorrere alla giustizia elettronica (tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel campo della giustizia), adottare norme minime

Il bilancio, che potrebbe risultare dal Trattato di Lisbona, offre più incertezze che certezze: mantenimento nell'essenza del metodo intergovernativo; possibilità che alcuni Stati membri si tengano al margine dell'armonizzazione penale o vi aderiscano parzialmente, e contrapposta possibilità di altri modelli a geometria variabile difficilmente compatibili con l'efficienza di un meccanismo giudiziario europeo; rischi per la coerenza interna dei sistemi penali nazionali. In un certo senso questo panorama è la conseguenza inevitabile del metodo che il Trattato di Lisbona ha utilizzato per affrontare l'armonizzazione del diritto penale e procedurale, ossia l'europeizzazione parziale per materie (per tipologie di reato e istituti processuali), privilegiando lo strumento della direttiva che genera normative con caratteristiche distinte in ciascun paese; e mantenendo il principio dell'unanimità che comporta un invito a sacrificare la tecnica legislativa.

In queste condizioni, è discutibile che i procedimenti previsti nel Trattato di Lisbona siano capaci di fornire l'impulso necessario per legiferare con la chiarezza e convinzione che richiede la creazione di un vero spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. È certo che il Trattato di Lisbona non dà tale possibilità, però ciò dipende dalla volontà degli Stati membri riuniti in seno al Consiglio.

comuni per ravvicinare la regolamentazione civile e penale, e rafforzare la fiducia reciproca. Le istituzioni dell'Unione dovrebbero provvedere alla coerenza tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e quello internazionale, al fine di poter interagire con i paesi terzi in un contesto giuridico sicuro. Il programma di Stoccolma è attuato attraverso un piano d'azione che fornisce la tabella di marcia per l'attuazione delle priorità politiche tracciate dal programma di Stoccolma per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dal 2010 al 2014. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 20 aprile 2010. Per rafforzare lo spazio giudiziario europeo, il piano d'azione stabilisce una serie di misure per proseguire nell'attuazione del riconoscimento reciproco che comprendono delle proposte legislative per ottenere e raccogliere le prove, misure sulle decisioni di decadenza dall'esercizio di diritti e sulle sanzioni pecuniarie in materia penale. Affinché il principio del riconoscimento reciproco funzioni in modo efficace, la Commissione intraprenderà delle azioni volte a rafforzare la fiducia reciproca. A tal fine saranno proposte azioni per sviluppare norme minime comuni nel diritto civile e penale. Nel contempo, la Commissione intende potenziare la presenza internazionale dell'UE nel settore del diritto civile e penale, soprattutto attraverso la negoziazione di accordi e convenzioni con paesi extraeuropei.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO.

1.- Premessa.

L'immagine dell'apertura laterale degli ordinamenti nazionali illustra, in efficace, uno dei principali caratteri strutturali del processo di integrazione europea⁹⁸. Nell'ambito di tale processo, i sistemi istituzionali (intesi come complessi di istituzioni pubbliche in senso stretto e di norme e prescrizioni che le stesse elaborano ed approvano secondo le procedure al riguardo previste) possono essere raffigurati come tante stanze adiacenti di un edificio comune intervallate da pareti separatorie. Quest'ultime per un verso servono ad impedire, in una logica conservativa, la contaminazione, da parte di agenti esterni, di valori ritenuti essenziali per le identità interne, nazionali. In esse sono, tuttavia, presenti anche degli spiragli, la cui larghezza varia a seconda dei casi, attraverso i quali, per volontà e sotto la vigilanza del guardiano dell'edificio comune, possono e devono circolare flussi di utilità giuridiche funzionali alla preservazione delle fondamenta e dei muri portanti della costruzione che quelle stanze tutte accoglie (la libertà economica, le regole del mercato interno, ...). Talvolta queste aperture laterali, una volta ricavate all'interno delle pareti, sono destinate a non essere più richiuse, neppure momentaneamente. In altri casi, invece, le aperture sono dotate di meccanismi, assimilabili a delle porte, volti a regolare i passaggi dei suddetti flussi e capaci, in questa prospettiva, in talune evenienze, di inibirli del tutto ed in altre ipotesi di subordinarli al soddisfacimento di determinate condizioni.

Il più importante di questi congegni è rappresentato dall'istituto del mutuo riconoscimento⁹⁹.

Nell'ambito della disciplina delle attività economiche, ogni sistema istituzionale nazionale, in nome dei principi sulla libera circolazione dei fattori

⁹⁸ V. CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 331 ss. E *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M. P.-. GRECO G (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, I, Milano, 2007.

⁹⁹ V. BASSI N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffré, Milano, 2008.

produttivi e del canone della leale collaborazione, è chiamato in via di massima a riconoscere nel proprio ambito gli effetti prodotti dalla legislazione e dai provvedimenti amministrativi di sua applicazione di altri sistemi nazionali appartenenti all'Unione europea, considerandoli in definitiva equivalenti a quelli che esso stesso avrebbe prodotto in applicazione dei propri parametri di controllo. Delle eccezioni sono bensì consentite (ed i sistemi nazionali possono, pertanto, mantenere od erigere barriere protettive ma non protezionistiche) ma solo quando le stesse si traducano in ostacoli alla libera circolazione (assoluti o relativi) oggettivamente giustificati dalla necessità di salvaguardare taluni interessi pubblici considerati irrinunciabili.

In tale contesto, l'utilizzazione da parte del Giudice comunitario della tecnica del mutuo riconoscimento ha costituito -e tuttora costituisce- un mezzo fondamentale di *integrazione negativa*, ossia di realizzazione del mercato interno attraverso l'applicazione delle disposizioni del Trattato che, in nome della libera circolazione delle merci, impongono la rimozione degli ostacoli al commercio intracomunitario.

Nel contesto europeo infatti il principio del mutuo riconoscimento non è una novità introdotta con lo SLSG, ma appartiene alla disciplina del mercato interno fin dalla nota decisione *Cassis de Dijon*¹⁰⁰, ed assume successivamente un ruolo centrale nel Libro bianco adottato dalla Commissione Delors nel 1985¹⁰¹. Il principio è funzionale alla libera circolazione delle merci e favorisce un modello competitivo di regolazione. L'oggetto del mutuo riconoscimento è costituito prevalentemente da provvedimenti amministrativi.

¹⁰⁰ V. CGCE, causa n. 120/78, *Cassis de Dijon*, del 20 febbraio 1979. Nella sentenza in questione la Corte è partita dalla considerazione che in assenza di una disciplina comunitaria di armonizzazione spetta agli Stati membri disciplinare la produzione e commercializzazione di una merce. Tuttavia la diversità delle legislazioni degli Stati membri disciplinare la produzione e commercializzazione di una merce. Tuttavia la diversità delle legislazioni degli Stati membri non è di per sé idonea a impedire gli scambi intracomunitari. Secondo la Corte, le merci provenienti da uno Stato membro nel quale esse sono legalmente prodotte e messe in commercio devono essere ammesse nel territorio degli altri Stati membri, nonostante l'esistenza in tali Stati di norme differenti concernenti la produzione e la commercializzazione di tali merci. Affinché un prodotto possa essere importato e commercializzato negli altri paesi comunitari, è sufficiente che esso sia legittimamente commercializzato nel Paese di origine e, dunque, l'idea di base su cui si fonda il mutuo riconoscimento è l'equivalenza delle legislazioni degli Stati membri in materia di commercializzazione, produzione e consumo dei prodotti.

¹⁰¹ V. Libro bianco della Commissione su Il completamento del mercato interno-COM (85) 310 def.- del 14 giugno 1985, p. 85 ss.

Si tratta, inoltre, di una forma di extraterritorialità stemperata, poiché opera entro una cornice di diritto uniforme. E' bensì vero che mutuo riconoscimento e armonizzazione sono percorsi distinti nel pluralismo giuridico europeo¹⁰², e tuttavia il primo presuppone sempre un sostrato di diritto uniforme o compatibile. Qualora il principio del mutuo riconoscimento non possa operare, per la prevalenza, attraverso le clausole di ordine pubblico, degli interessi pubblici che limitano le libertà fondamentali, sarà l'armonizzazione a creare quelle condizioni minime di omogeneità, tali che il principio possa essere applicato.

Tali regole comuni sono adottate allo scopo di realizzare il mercato interno; si tratta dunque di un'armonizzazione teleologicamente orientata al mercato.

La legittimazione propria di questo meccanismo va dunque rinvenuta da un lato, nella funzionalità rispetto al mercato e alla libera concorrenza, e, dall'altro, nel promuovere l'integrazione mediante la produzione di un diritto comune. Ad un ulteriore livello di analisi, esso, operando attraverso i congegni di neutralizzazione propri del mercato, può contribuire ad ampliare le chance e le libertà non esclusivamente economiche di chi vi opera.

Tale metodo, elaborato dalla Corte di Giustizia, è stato esteso dal legislatore europeo alla libera circolazione delle persone con la direttiva 89/48/CEE sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi, che concerne tutte le professioni per le quali è richiesta una formazione di livello superiore e che non hanno formato oggetto di direttive specifiche di riconoscimento, cui ha fatto seguito la direttiva 92/51/CEE riguardante i diplomi universitari di durata inferiore a tre anni e quelli di maturità tecnica o professionale¹⁰³. Tali direttive che prevedono alcuni requisiti minimi di cui i diplomi devono essere forniti, tra cui la durata del corso di studi, si fondano sull'equivalenza delle legislazioni degli Stati membri, derivante dalla reciproca fiducia che essi ripongono in ordine alla formazione culturale e professionale acquisita sulla base di tali legislazioni e sul mutuo riconoscimento dei titoli di studio conseguiti in conformità di esse.

¹⁰² V. AA. VV. (2001). *Procedure penali d'Europa. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche* a cura di DELMAS-MARTY M. (edizione italiana a cura di CHIAVARIO M.), Cedam, 2001, p. 30 ss.

¹⁰³ V. direttiva 89/48 in GUCE L 19 del 24 gennaio 1989, p. 16 e direttiva 92/51, GUCE L209 del 24 luglio 1992, p. 25 ss.

Alla base di tutte le questioni si colloca l'utilizzazione del principio del mutuo riconoscimento, che aveva già rappresentato uno strumento potentissimo per favorire l'attuazione e l'integrazione del mercato unico interno, nell'ambito della cooperazione in campo giudiziario penale.

L'estensione però di tale principio ad una materia qualitativamente diversa e costituzionalmente sensibile come quella penale pone molti dubbi, essendo fondamentalmente ispirata ad una *ratio* opposta rispetto alla diversa connotazione del mutuo riconoscimento quale strumento per promuovere la libertà di circolazione delle persone e delle merci, centrale nel mercato unico. Se da un lato si intendeva incentivare la promozione di un diritto fondamentale, quello incarnato nella Costituzione italiana della libertà di iniziativa economica, dall'altro oggi si persegue la promozione dello *ius puniendi*. Si prospetta in definitiva la possibilità di comprimere i diritti fondamentali in forza del mutuo riconoscimento di atti e provvedimenti giurisdizionali adottati sul territorio dell'Unione, non in applicazione di una previa legge penale interna contenente la previsione tassativa della fattispecie penalmente sanzionata, e al di fuori della stretta applicazione del quadro di garanzie giurisdizionali previste dalla Costituzione italiana.

Anche nel settore penale il mutuo riconoscimento si afferma quale principio che impone allo Stato di destinazione di un "oggetto"–nel nostro caso una decisione penale- di rinunciare ad applicare all'oggetto medesimo la propria normativa interna, in favore di quella dello Stato di provenienza. Il principio trae la sua origine dalla fiducia reciproca esistente tra gli Stati membri dell'Unione europea e si fonda sull'assunto secondo il quale, se le garanzie fornite dalla normativa dello Stato di origine e quelle richieste dallo Stato di destinazione sono sostanzialmente equivalenti allo stesso modo saranno le norme del primo ordinamento ad avere rilievo. Per impedire il funzionamento del meccanismo, lo Stato di destinazione avrà, peraltro, l'onere di dimostrare che vi sono esigenze imperative che si oppongono; in caso contrario, non potrà pretendere il rispetto anche delle proprie normative.

In altri termini, secondo il principio del mutuo riconoscimento, allorché uno Stato non può trattare una specifica questione in maniera eguale o almeno

simile a quello di un altro Stato, la decisione giudiziaria adottata sarà tale da essere accettata come equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato per modo che, in forza di una condivisa idea di fiducia reciproca e di equivalenza delle conclusioni giudiziarie, a queste ultime è possibile riconoscere effetti nella sfera di influenza dell'ordinamento di un altro Stato e, dunque, attraverso tale meccanismo, attribuire alla decisione effetti giuridici al di fuori del territorio dello Stato al quale appartiene l'autorità che l'ha adottata¹⁰⁴.

2.- L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alla cooperazione giudiziaria penale.

Prescindendo dagli accordi bilaterali¹⁰⁵ o comunque situati al di fuori di un contesto istituzionale di cooperazione intergovernativa¹⁰⁶, nonché dalle stipulazioni a portata tendenzialmente universale¹⁰⁷, la questione è stata in prima battuta oggetto di disciplina nel continente europeo nel quadro del Consiglio d'Europa, che ha dato impulso alla stipulazione di numerose convenzioni internazionali in materia. Esse hanno finalità e contenuti più vari: talune si

¹⁰⁴ Sul rapporto tra armonizzazione e mutuo riconoscimento si veda il Libro bianco della Commissione sul completamento del mercato interno-COM (85) 310 def.- del 14 giugno 1985, p. 85, riguardo all'eliminazione delle barriere tecniche agli scambi intracomunitari fa riferimento ai due strumenti del principio del mutuo riconoscimento delle norme tecniche nazionali e all'armonizzazione di tali norme, distinguendo gli ostacoli che potevano essere superati mediante il mutuo riconoscimento da quelli che richiedevano un'armonizzazione. V. LATTANZI G., *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo*, in *La Magistratura*, n. 1, 2008, p. 138 ss.; BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di RAFARACI T., Giuffrè, 2007, p. 193 ss., nonché ID., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, p. 37 ss.; MANACORDA, *L'armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Atti del Convegno di Courmayer 8-10 ottobre 1999, Giuffrè, 2000, p. 35 ss.; PISANI M., *Il "processo penale europeo": problemi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 653 ss.

¹⁰⁵ Sulle finalità e motivazioni che, nel tempo, hanno sotteso alla stipulazione di accordi bilaterali di cooperazione giudiziaria contenenti anche clausole relative agli effetti delle sentenze penali all'estero, nonché sulla tipologia di tale stipulazione v. PARISI N., *Esecuzione del giudicato penale e cooperazione giudiziaria tra Stati*, Padova 2001, pag. 50 ss.

¹⁰⁶ V. ad esempio l'Accordo di Bruxelles del 27 giugno 1968 stipulato tra i Paesi Benelux sull'esecuzione delle sentenze penali e la Convenzione di Berlino del 19 Maggio 1978 sul trasferimento delle persone condannate e sull'esecuzione delle sanzioni stipulata tra Paesi gravitanti nell'area d'influenza sovietica.

¹⁰⁷ L'ambito universale non ha saputo dare vita in questa materia a norme pattizie se non in ipotesi eccezionali e molto circostanziate, per fattispecie criminose di alto allarme sociale (v. Convenzione di Palermo, 12-15 dicembre 2000) o di interesse della comunità internazionale in quanto tale, volte dunque alla repressione dei *delicta iuris gentium* (v. ad esempio l'art. 115 della III Convenzione di Ginevra del 1949 e il secondo protocollo del 1977 ad essa allegato). Lo strumento privilegiato in quest'ambito è rappresentato dalle norme di *soft law*, quali sono le dichiarazioni di principio e le risoluzioni dell'Assemblea generale delle NU.

propongono di intervenire su aspetti specifici della materia, disponendo in ordine a singoli tipi di conseguenze giuridiche che una sentenza penale nazionale è suscettibile di esplicare all'estero, sia che si tratti di effetti diretti piuttosto che indiretti¹⁰⁸, positivi piuttosto che negativi¹⁰⁹, nonché di condanna ovvero di proscioglimento. Altri accordi maturati nel medesimo contesto giuridico dispongono in relazione a singole fasi del procedimento penale o a specifiche sanzioni¹¹⁰. Vi è poi stato il tentativo soltanto in parte riuscito¹¹¹ di disporre sull'intera questione con la Convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi aperta alla firma all'Aja il 28 maggio 1970. In epoca più recente e in un ambito soggettivo più ristretto, ma sempre nella stessa prospettiva, la cooperazione europea ha originato accordi tra gli Stati membri della Comunità economica europea¹¹² ai fini del rafforzamento della cooperazione giudiziaria nella prospettiva di uno spazio europeo senza frontiere interne, nel quale la libera circolazione deve essere assicurata, dunque in una prospettiva principalmente legata al buon funzionamento del mercato interno¹¹³. A questa fase è seguita, nel primo funzionamento dell'Unione europea (Maastricht, 1992), l'adozione da parte del Consiglio di convenzioni nelle questioni di interesse comune individuate come oggetto di cooperazione tra gli Stati in materia di giustizia e affari interni¹¹⁴. Con le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam nella disciplina della cooperazione nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea e con

¹⁰⁸ Si parla di effetti diretti a proposito delle conseguenze che derivano dalla sentenza intesa come atto di volontà del giudice; di effetti indiretti a proposito delle conseguenze che derivano dalla sentenza come fatto materiale storicamente determinato.

¹⁰⁹ La distinzione si fonda sulla idoneità della sentenza di essere eseguita in uno Stato diverso da quello in cui è stata resa, ovvero di esplicare meri effetti preclusivi.

¹¹⁰ V. ad esempio le Convenzioni sulla repressione delle infrazioni stradali (Strasburgo, 30 novembre 1964); sulla sorveglianza delle persone condannate e liberate con la condizionale (Strasburgo, 30 novembre 1964); sugli effetti internazionali della decadenza di condurre veicoli a motore (Bruxelles, 3 giugno 1976); sul trasferimento delle persone condannate (Strasburgo, 21 marzo 1983).

¹¹¹ Per una valutazione della Convenzione in oggetto nel senso detto nel testo e per gli elementi di debolezza che essa presenta v. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001 p. 20 ss.

¹¹² Per gli aspetti relativi alla circolazione della sentenza penale in Europa v. la Convenzione relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, Bruxelles, 25 maggio 1986; la Convenzione sulla trasmissione dei procedimenti penali, Roma, 6 novembre 1990; la Convenzione sull'esecuzione delle decisioni rese in materia penale, Bruxelles, 13 novembre 1991.

¹¹³ Così si esprime il 3° capoverso della Convenzione sull'esecuzione delle condanne penali straniere, cit.

¹¹⁴ Nella materia che qui interessa rileva la Convenzione sulla decadenza della patente di guida, adottata con atto del Consiglio 17 giugno 1998 /GUCE n. C 216, 10 luglio 1998, p. 2 ss.).

l'individuazione dell'obiettivo di dar vita a uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹⁵, l'Unione, a partire dal 1° maggio 1999, sviluppa tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale tramite atti normativi¹¹⁶ articolati intorno al principio del mutuo riconoscimento, valutato come il fondamento della cooperazione giudiziaria stessa¹¹⁷. E' così nata una prospettiva che libera l'Unione dalla politica criminale del Consiglio d'Europa, tramite l'individuazione di un approccio originale alla materia. Questo dato si coglie immediatamente nel programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, adottato dal Consiglio dell'Unione il 30 novembre 2000¹¹⁸, sulla base del mandato del Consiglio europeo di *Tampere* dell'ottobre 1999. Nell'ottobre 1999 il massimo vertice politico dell'Unione¹¹⁹, sotto la guida della presidenza finlandese, ha elaborato il primo programma pluriennale interamente dedicato allo SLSG, indicando anche la svolta metodologica da compiere affinché la cooperazione giudiziaria penale potesse raggiungere risultati più rilevanti. In particolare, le Conclusioni raggiunte dalla Presidenza nell'ambito del Consiglio europeo di *Tampere*, dopo aver premesso che¹²⁰ “*per godere della libertà è necessario uno*

¹¹⁵ Sul punto v. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000 p 3 ss. RINOLDI D., Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, in DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale. - Il diritto sostanziale*, 2 ed., Milano 2003, p. 257 ss.

¹¹⁶ Artt. 34 e 38 Trattato UE.

¹¹⁷ Così il par. 33 delle conclusioni adottate nel Consiglio europeo di *Tampere* (pubblicate in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, pp. 394 ss.).

¹¹⁸ In GUCE n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10.

¹¹⁹ Consiglio europeo di *Tampere* 15 e 16 ottobre 1999.

¹²⁰ V. punti 33 – 35 – 36 e 37 delle Conclusioni della Presidenza.:

- 33. “*Il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze ed il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie*”;

- 35. “*In materia penale, il Consiglio europeo invita gli Stati membri a ratificare rapidamente le convenzioni UE del 1995 e del 1996 sull'estradizione. Esso ritiene che la procedura formale di estradizione debba essere abolita tra gli Stati membri per quanto riguarda le persone si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente ed essere sostituita dal semplice trasferimento di tali persone, in conformità dell'articolo 6 del TUE. Occorre inoltre prendere in considerazione procedure di estradizione accelerate, fatto salvo il principio di un equo processo. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare proposte al riguardo alla luce della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*”;

-36. “*Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere*

spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possono rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato memento con la stessa facilità che nel loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione, salvaguardo al tempo stesso la sicurezza giuridica di base per i cittadini in genere e per gli operatori economici. Gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dovranno diventare maggiormente compatibili e convergenti”, individuavano il meccanismo del mutuo riconoscimento delle decisioni delle autorità giudiziarie come lo strumento idoneo a costruire lo spazio di giustizia europeo. Il principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie degli Stati membri infatti è stato indicato come metodo per la realizzazione dell'integrazione tra i paesi europei nel complesso settore della giustizia penale¹²¹, soprattutto sulla spinta della delegazione inglese¹²² e dei paesi scandinavi. I britannici, in particolare, ravvisavano nel mutuo riconoscimento un modello di integrazione meno pregiudizievole e invasivo per la sovranità nazionale, rispetto alla politica di armonizzazione delle legislazioni penali, facendo perno su una dimensione cooperativa orizzontale dell'integrazione, in luogo di un approccio di tipo normativo verticale, in modo non dissimile rispetto a quanto era accaduto con il completamento del mercato interno. Però la vera e propria “codificazione” del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali, è avvenuta, dapprima, nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del

rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili; le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili”;

-37. “Il Consiglio europeo invita il Consiglio e la Commissione ad adottare, entro il dicembre 2000, un programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento. Tale programma dovrebbe anche prevedere l'avvio di lavori su un titolo esecutivo europeo e sugli aspetti del diritto procedurale per i quali sono reputate necessarie norme minime comuni per facilitare l'applicazione di detto principio, nel rispetto dei principi giuridici fondamentali degli Stati membri”.

¹²¹ V. SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, 2000 in *Cass. pen.*, n. 12, p. 1118 ss.

¹²² Per il ruolo della delegazione britannica in relazione alla proposta di estensione del principio di mutuo riconoscimento all'area della cooperazione giudiziaria penale v. già il Consiglio europeo di Cardiff, 15 e 16 giugno 1998, Conclusioni della presidenza, par. 39: “Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un efficace cooperazione nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il reciproco riconoscimento delle decisioni dei rispettivi tribunali”.

29 ottobre 2004 e, successivamente, nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ex artt. 82 e 83 TFUE).

Esso, nella sua eccezione più ampia e maggiormente conforme con la nozione di spazio suppone che le decisioni giudiziarie siano eseguite direttamente in tutta l'Unione, senza alcun procedimento di recezione¹²³. I provvedimenti giurisdizionali emessi dalle autorità di uno stato membro dispiegano così effetti negli altri stati membri. Sulla base dei documenti programmatici del Consiglio dell'Unione e della Commissione europea, delle proposte di atti normativi sino ad oggi introdotte e degli atti adottati si può affermare che l'impiego del principio del mutuo riconoscimento nel quadro della cooperazione penale europea investe tutti gli aspetti del procedimento penale. Si dispone, infatti, che esso sia utilizzato per l'esecuzione delle decisioni definitive pronunciate da un giudice di altro Stato membro, delle decisioni rese in un momento anteriore alla sentenza, nonché delle decisioni intervenute nell'ambito del c.d. controllo post penale. Il principio del mutuo riconoscimento già si estende¹²⁴ all'esecuzione delle decisioni penali straniere sia definitive che non definitive relative a limitazioni della libertà personale¹²⁵; all'esecuzione di decisioni penali straniere relative alla preservazione di beni giuridicamente rilevanti¹²⁶; all'esecuzione di decisioni

¹²³ V. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle* cit., p. 20 ss.

¹²⁴ La progressione nell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea è espressa in una serie di documenti programmatici dell'Unione, quali anzitutto il *Programma per l'attuazione del principio*, cit.; il *Programma dell'Aia: Rafforzamento della libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea*, in GUCE n. C 53 del 3 marzo 2005, par. 3.3.1; il *Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aia inteso a rafforzare la libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in GUCE n. C 198 del 12 agosto 2005, p. 1 ss., punto 4; la Comunicazione della Commissione su *Una strategia relativa alla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, 12 ottobre 2005, COM (2005) 491, def.

¹²⁵ Dec. quadro n. 2002/584/GAI, 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GUCE n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.); il principio dovrebbe in futuro applicarsi alle misure di controllo non privative della libertà, per esempio tramite l'esecuzione di misure di sorveglianza nell'ambito di un controllo giudiziario pre-giudizio.

¹²⁶ Dec. Quadro n. 2003/577/GAI, 22 luglio 2003, sull'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestri probatorio. Sul mandato europeo di ricerca delle prove v. Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali. Il mandato europeo di ricerca delle prove (MER) sostituisce il sistema di assistenza reciproca in materia penale fra gli Stati membri ai fini dell'acquisizione di oggetti, documenti o dati da utilizzare nei procedimenti penali. La presente decisione quadro istituisce le procedure e le garanzie per gli Stati membri in base a cui devono essere rilasciati ed eseguiti i mandati europei di ricerca delle prove (MER). Il mandato europeo di ricerca delle prove (MER) è

penali definitive di condanna¹²⁷; alla presa in considerazione, nel quadro di un procedimento penale, di decisioni penali definitive pronunciate dal giudice di uno Stato membro¹²⁸; alla presa in considerazione di decisioni straniere di avvio di azioni penali¹²⁹; all'esecuzione di decisioni adottate nell'ambito del c.d. controllo postpenale¹³⁰.

L'operatività del principio di mutuo riconoscimento comporta in sostanza l'applicazione extraterritoriale del diritto dello stato di emissione, e pertanto pone seri problemi, nello stato chiamato ad eseguire il provvedimento, con riguardo sia

una decisione giudiziaria emessa allo scopo di acquisire oggetti, documenti e dati da altri Stati membri.

¹²⁷ Dec. Quadro n. 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005 sull'applicazione del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie; dec. Quadro n. 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato; il principio dovrebbe estendersi in futuro all'esecuzione delle pene detentive tramite il trasferimento dell'esecuzione penale. Sulla questione del mutuo riconoscimento di interdizioni e decadenze risultanti da condanne penali definitive nell'Unione europea v. il documento della Commissione COM(2006)73 del 21 febbraio 2006.

¹²⁸ V. l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen; il principio dovrebbe estendersi alla valutazione dei precedenti penali di una persona.

¹²⁹ Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali. La presente decisione quadro ha l'obiettivo di migliorare la cooperazione giudiziaria al fine di impedire che le autorità competenti di due o più paesi dell'Unione europea (UE) conducano procedimenti penali paralleli in relazione agli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona. Stabilisce inoltre la procedura concernente lo scambio d'informazioni fra le autorità competenti dei paesi dell'UE sui rispettivi procedimenti penali, attraverso consultazioni dirette. La presente decisione quadro ha l'obiettivo di migliorare la cooperazione giudiziaria fra i paesi dell'Unione europea (UE), in modo da impedire che le autorità competenti di due o più paesi dell'UE conducano procedimenti penali paralleli in relazione agli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona. Questa decisione quadro stabilisce la procedura secondo cui le autorità nazionali competenti dei paesi dell'UE devono entrare in contatto quando hanno fondati motivi per ritenere che si stia conducendo un procedimento parallelo in un altro paese dell'UE. Essa definisce, infine, il quadro concernente lo scambio d'informazioni e le consultazioni dirette tra le autorità competenti dei paesi dell'UE, con l'obiettivo di individuare una soluzione che eviti gli effetti negativi derivanti dai procedimenti paralleli. Tale presa in considerazione presuppone la vigenza del principio del *ne bis in idem europeo*; il principio dovrebbe concretizzarsi tramite misure normative in materia di trasferimento dei procedimenti penali.

¹³⁰ L'obiettivo dovrebbe tradursi in strumenti normativi di perfezionamento per esempio della Convenzione europea del 1964 sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale, cit. v. Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea. La presente decisione quadro estende il principio del reciproco riconoscimento fra gli Stati membri alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale. Essa istituisce la procedura per il riconoscimento e l'esecuzione di tali sentenze allo scopo di favorire il reinserimento sociale delle persone condannate. La presente decisione quadro stabilisce le norme secondo le quali le sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, emesse in uno Stato membro, devono essere riconosciute ed eseguite in un altro Stato membro. Lo scopo è quello di favorire il reinserimento sociale e la reintegrazione delle persone condannate.

alla legittimazione democratica delle norme penali e penal-processuali che ne sono alla base, sia alla adeguatezza della protezione dei diritti fondamentali nella fase esecutiva e processuale. E' una prospettiva che si fonda sul presupposto che si tratti di amministrare la giustizia penale ripartendo la competenza tra i giudici appartenenti a Stati diversi che operano in un unico spazio giudiziario europeo¹³¹.

Nello SLSG, mutuo riconoscimento ed extraterritorialità assumono però un significato particolare. Mentre nel contesto del mercato, il mutuo riconoscimento dei provvedimenti amministrativi è la conseguenza dell'esercizio, da parte di un soggetto, di una libertà fondamentale garantita dai trattati istitutivi, e presuppone quindi la scelta del soggetto di avvalersene, nello SLSG il mutuo riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali non presuppone affatto un atto di autodeterminazione del soggetto, ma opera in una dimensione per lui coercitiva. Nello SLSG, inoltre, l'extraterritorialità risulta più marcata, mancando un quadro comprensivo di regole comuni in materia di diritto penale sostanziale e processuale. L'armonizzazione incontra infatti, in questo settore, l'ostacolo di strutture istituzionali tradizionali e di norme penali legittimate nelle sfere pubbliche nazionali¹³². Per questo motivo, ai fini dell'adozione di una disciplina compatibile nello spazio giuridico dello SLSG, il mutuo riconoscimento viene in linea generale preferito rispetto all'armonizzazione. In ordine al rapporto sussistente tra reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e armonizzazione delle legislazioni, si è rilevato in dottrina che esse costituiscono due vie diverse e coesistenti per la realizzazione dello spazio giudiziario penale europeo¹³³. A tal proposito tra gli atti adottati nell'ambito dell'Unione, è opportuno ricordare il Piano d'azione presentato al Consiglio europeo di Vienna del dicembre del 1998, sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹³⁴. Le

¹³¹ In questo senso si era espresso Marra D. nell'intervento presentato alla sessione del Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea (Roma 27 gennaio 1996) v. *Indice pen.* 1996, p. 436 ss.; LATTANZI G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, n. 6, 2000, p. 1041 ss.

¹³² Per un quadro analitico comparato dei vari stati membri, v. AA. VV. (2001). *Procedure penali d'Europa*, cit.

¹³³ V. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle* cit., p. 20 ss.

¹³⁴ In realtà, già nel Trattato di Amsterdam si possono rinvenire i presupposti per l'affermarsi del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali: la stessa istituzione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", obiettivo primario del Trattato del 1997, contiene in nuce l'idea

misure sul reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sentenza in materia penale e quelle sul ravvicinamento delle norme di diritto penale formano oggetto di autonoma e distinta considerazione e non vengono poste in relazione di reciproco condizionamento quanto alla loro attuazione¹³⁵. Analogo approccio risulta dalle conclusioni di *Tampere* in cui si fa riferimento ad entrambi gli strumenti anzidetti, che *“faciliterebbero la cooperazione tra autorità, come pure la tutela giudiziaria dei singoli”*. Inoltre, nella Comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, la Commissione afferma che *“il principio del riconoscimento reciproco procede spesso, ma non sempre, di pari passo con un determinato grado di armonizzazione dell'attività degli Stati membri”* e che tale principio *“può in certa misura rendere inutile tale armonizzazione”*. Esso si fonda *“sull'idea che, nonostante un altro Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella dello Stato stesso, la decisione adottata sarà tale da essere accettata come equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato”* e che *“la reciproca fiducia, non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner, bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa è un fattore importante”* di tale riconoscimento. Essa rileva pertanto che è su *“tale idea d'equivalenza e della fiducia reciproca”* che poggia il riconoscimento delle decisioni rese in uno Stato membro nell'ambito degli altri Stati. Nel Programma per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali la Commissione, considerando che il principio in parola presuppone la fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali, ha poi individuato il fondamento di tale fiducia nella base comune costituita dall'attaccamento di tali Stati *“ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto”*.

Nel caso del MAE, ad esempio, la libera circolazione dei provvedimenti giudiziari, comporta piuttosto la libera circolazione degli imputati, nel caso di

di mutuo riconoscimento come osservato da autorevole dottrine, *“uno spazio di giustizia comune in tanto può dirsi esistente in quanto il provvedimento giudiziario di un altro Stato venga trattato come quello corrispondente emesso nel proprio ordinamento”*. V. LATTANZI G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 1037 ss.

¹³⁵ Il Piano d'azione, adottato dal Consiglio il 3 dicembre 1998, si legge in GUCE C 19 del 23 gennaio 1999, p. 1 ss.

consegna processuale, e dei condannati, nel caso di consegna esecutiva. Se l'integrazione attraverso il mercato ha potuto procedere nel corso degli anni con una rimozione dell'elemento coercitivo, spettando l'esecuzione degli atti comunitari, con poche eccezioni, alle autorità amministrative nazionali, con l'applicazione del MAE il confronto con l'apparato esecutivo diviene ineludibile, e rivela alcuni nodi ancora irrisolti nel progetto europeo.

L'assenza del profilo della scelta e dell'autodeterminazione e la prevalenza del momento coercitivo, da un lato, la carenza di una cornice di diritto comune, dall'altro, rendono più ardua la legittimazione del principio del mutuo riconoscimento nello SLSG. Si spiega di qui il ricorso, da parte delle istituzioni comunitarie e in funzione legittimante¹³⁶ alla clausola delle elevata fiducia tra gli stati membri¹³⁷. La locuzione è ripresa puntualmente dalla CGCE, che la utilizza in riferimento agli atti di mutuo riconoscimento richiesti dalle politiche del terzo pilastro, tanto per fondare l'ampia portata attribuita al principio del *ne bis in idem*¹³⁸, tanto per giustificare la disciplina del MAE¹³⁹. Rispetto alle conseguenze per gli individui sottoposti a procedimento penale, o già condannati, i due gruppi di casi non sono omogenei. Nel primo, infatti, il mutuo riconoscimento rende possibile l'operatività della garanzia del *ne bis in idem* su tutto lo spazio europeo, e quindi corrisponde al contenuto di un diritto fondamentale (art. 509 Carta dei diritti fondamentali dell'UE); nel secondo invece, il mutuo riconoscimento, nella misura in cui consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione (5 considerando decisione quadro

¹³⁶ V. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle* cit., p. 20 ss.

¹³⁷ V. Consiglio europeo di Bruxelles, 4-5 novembre 2004, Conclusioni della Presidenza. Programma dell'Aia. Decisione quadro 2002/584/GAI, 10 considerando: "*Il meccanismo del MAE si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri*".

¹³⁸ V. Cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gozutok e Brugge*, dell'11 febbraio 2003, pt. 33; causa C-436/04, *Van Esbroek*, del 9 marzo 2006, pt. 30; causa C-150/05 *Van Straaten*, del 28 settembre 2006, pt. 43, causa C-467/04, *Gasparini*, del 28 settembre 2006, pt. 30, rispettivamente sull'applicabilità del principio del *ne bis in idem* nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che non prevedono l'intervento di un giudice; in presenza di identità di fatti materiali e indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica; ad una decisione di assoluzione per insufficienza di prove; ad una decisione di assoluzione per prescrizione del reato. Lo stesso principio non si applica invece ad una decisione dell'autorità giudiziaria che chiude il procedimento poiché il PM ha deciso di non proseguire l'esercizio dell'azione penale per il solo fatto che, in un altro stato membro, è stato aperto un procedimento penale a carico dello stesso imputato, e per gli stessi fatti, ma senza alcuna valutazione di merito, v. causa C-469/03, *Miraglia*, del 10 marzo 2005.

¹³⁹ V. Causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, del 3 maggio 2007, pt. 57.

2002/584/GAI), ha il fine di accrescere l'efficienza della cooperazione in materia penale. Già questi semplici rilievi inducono a pensare che la fiducia reciproca operi diversamente nell'uno e nell'altro caso. Per comprendere come ciò possa avvenire, occorre non fermarsi all'immediata considerazione che la fiducia reciproca esprime una condizione soggettiva e contingente, la cui enfaticizzazione da parte degli organi comunitari può nascondere al contrario una sfiducia di fondo nutrita dagli stati membri per i reciproci sistemi penali. E' preferibile, dunque concepirla come una clausola dalla portata normativa ampia, e cioè come un principio normativo, o un principio d'interpretazione delle obbligazioni degli stati membri nella messa in opera degli strumenti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che gioca un ruolo equivalente a quello della leale cooperazione. Se il principio di fiducia reciproca tra gli stati membri trova un fondamento nella comune adesione ai principi di libertà, democrazia, protezione dei diritti dell'uomo e dello stato diritto (6 TUE)¹⁴⁰, si tratterà di delineare con maggiore precisione, soprattutto con riferimento ai singoli casi concreti, le ipotesi in cui al mutuo riconoscimento può apporsi un limite, proprio in nome della protezione dei valori di cui all'art. 6 TUE.

2.1.- Oggetto e finalità del mutuo riconoscimento.

Nei settori del mercato interno finora analizzati, si è visto come l'oggetto del riconoscimento non siano tanto la merce, la prestazione o il diploma in sé quanto piuttosto la normativa secondo la quale la merce è stata prodotta, la normativa che regola l'espletamento della prestazione o il percorso di studi all'esito del quale il diploma è stato rilasciato. In altri termini, l'oggetto del mutuo riconoscimento non è il prodotto bensì le regole delle quali il prodotto medesimo è il risultato. Non a caso, infatti, la Corte, nella sentenza *Cassis de Dijon*, non parla di "*mutuo riconoscimento di una merce*" ma di "*mutuo riconoscimento delle normative sulla produzione e la commercializzazione della merce*".

Ora, non diversamente da una merce, una decisione penale non è altro che il frutto di un procedimento di applicazione di normative (norme penali sostanziali e processuali): la decisione penale, al pari della merce, è, dunque, l'oggetto che –

¹⁴⁰ V. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle* cit. p. 20 ss.

se prodotto in conformità a tali norme – può circolare liberamente sul territorio comunitario. In altri termini, l'oggetto del mutuo riconoscimento non è la decisione penale di per sé, piuttosto le normative in base alle quali la decisione stessa è stata prodotta. In virtù del meccanismo del mutuo riconoscimento, infatti, vengono riconosciuti come equivalenti i sistemi secondo i quali gli ordinamenti degli Stati membri producono ad esempio una ordinanza cautelare o una sentenza di condanna e non invece l'ordinanza o la sentenza in sé (le quali possono essere molto diverse da quelle che sarebbero state ottenute applicando le norme dello Stato di esecuzione). Tale puntualizzazione consente di tracciare una netta demarcazione tra due concetti di fondo che, seppur intimamente connessi, sono logicamente ben distinti: l'uno (il mutuo riconoscimento delle legislazioni, fondato sull'equivalenza delle legislazioni stesse e sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri) è, infatti, il presupposto, mentre l'altro (la libera circolazione della decisione penale) ne è il risultato¹⁴¹. Occorre, altresì, puntualizzare come, essendo l'oggetto del mutuo riconoscimento non necessariamente una sentenza bensì una decisione penale, possano circolare liberamente sul territorio comunitario decisioni intervenute sia in fase giudiziale (sentenza di condanna o di assoluzione) sia in fase predibattimentale (provvedimento di archiviazione), ed ancora in fase di esecuzione delle pena (provvedimento che riguarda l'accesso a misure alternative alla detenzione). In particolare, trattandosi di decisioni definitive, l'attuazione coerente del principio comporta in astratto la presa d'atto che la decisione adottata in un altro Stato membro conclude l'*iter* giudiziario relativo ad un determinato reato, rendendo inutile un'ulteriore decisione, secondo un criterio condiviso di esaurimento dei procedimenti possibili in ordine a quel medesimo reato. Trattandosi di decisioni non definitive (come quelle finalizzate all'assunzione della prova), l'attuazione del principio lascia in astratto il problema del possibile concorso delle giurisdizioni e, dunque, del miglior raccordo tra le medesime, in ogni caso realizzandosi l'effetto di dare attuazione nella sfera di influenza giuridica di uno Stato agli effetti di una decisione originatasi in un altro sistema. La libera circolazione delle decisioni penali può, dunque, assolvere a molteplici finalità, sia repressive sia di garanzia, così come osservato nel

¹⁴¹ V. PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, cit.

Programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, emanato congiuntamente da Commissione e Consiglio nel 2001¹⁴². In particolare, secondo lo schema predisposto dal documento *de quo*, il riconoscimento opera a quattro livelli, per ciascuno dei quali Consiglio e Commissione propongono l'adozione di specifiche misure di attuazione:

1) presa in considerazione delle decisioni definitive: il mutuo riconoscimento dovrebbe avere la funzione di attribuire alla sentenza penale efficacia di giudicato in tutti gli Stati membri, per modo che questo la possano tenere in conto al fine dell'applicazione del principio *ne bis in idem* o al fine della commisurazione della nuova sanzione da infliggere (recidiva, tipo di pena,...);

2) esecuzione di misure intervenute prima della sentenza: il mutuo riconoscimento può consentire l'esercizio dell'azione penale da parte di uno Stato membro, garantendo efficacia anche all'estero, ad esempio di ordinanza cautelari, in virtù delle quali catturare e trasferire coattivamente l'imputato nello Stato di emissione. Ancora, sotto un ulteriore profilo, il mutuo riconoscimento dovrebbe anche servire ad assicurare un fruttuoso esercizio dell'azione penale stessa, rendendo possibile l'esecuzione di provvedimenti quali ordini di acquisizione di prove o sequestro di beni;

3) esecuzione di sentenze di condanna: il mutuo riconoscimento permetterebbe l'esecuzione di una sentenza di condanna passata in giudicato su tutto il territorio dell'Unione, ad esempio al fine di catturare persone che siano evase o comunque sia siano sottratte all'esecuzione della pena;

4) esecuzione di decisioni intervenute dopo la condanna: secondo la Commissione ed il Consiglio, sarebbe necessario adottare misure volte al controllo di persone sottoposte a liberazione condizionale o sospensione condizionale della pena.

2.2.- Il principio dell'equivalenza delle legislazioni.

Una primo corollario del reciproco riconoscimento è la presunzione di equivalenza delle legislazioni nazionali.

Secondo quanto elaborato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon*, laddove le normative degli Stati membri non siano ancora state

¹⁴² In Gazz. Uff. C 12 e 15 gennaio 2001.

armonizzate, spetta a ciascuno Stato membro dotarsi di regole volte a disciplinare la produzione e la commercializzazione dei beni all'interno del proprio territorio; esistendo però una presunzione in base alla quale le normative degli Stati membri offrono garanzie equivalenti, è sufficiente che la merce sia prodotta e commercializzata in conformità alle regole dello Stato di origine affinché possa liberamente circolare in tutti gli altri Stati membri.

Apparentemente tale principio sembra non suscitare alcun problema se applicato alla circolazione delle sentenze penali: così come una merce, per poter circolare in tutto il territorio comunitario, deve essere conforme alle normative tecniche dello Stato di origine, anche una decisione penale resa da un'autorità giudiziaria competente e all'esito di un regolare procedimento, può e deve avere la stessa autorità all'interno di ciascun Stato membro. Al riguardo, la Commissione ha affermato: *“il reciproco riconoscimento è un principio basato sull'idea che, nonostante un altro Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella dello Stato stesso, la decisione adottata sarà tale da essere accettata come equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato”*¹⁴³. Non ha, dunque, rilievo il fatto che le normative in base alle quali la decisione è stata emessa siano diverse tra lo Stato emittente e lo Stato di esecuzione; anzi, il mutuo riconoscimento è un principio destinato ad avere rilievo proprio laddove le normative sono differenti. Nonostante il fatto che non vi sia ancora stata alcuna rilevante armonizzazione delle normative penali degli Stati membri, basterebbe semplicemente applicare la massima della pronuncia *Cassis de Dijon* ad una sentenza penale per dedurre che non vi dovrebbero essere ostacoli a che tale sentenza, purché emanata in conformità con le norme penali e di procedura penale dello Stato di emissione, debba poter essere eseguita su tutto il territorio comunitario.

Il divario tra teoria e pratica è però ancora molto grande. Le non poche resistenze opposte dagli Stati all'applicazione di tale semplice principio si possono spiegare richiamando alla mente la portata delle divergenze intercorrenti tra le legislazioni processualpenalistiche dei Paesi membri dell'Unione europea.

¹⁴³ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000.

Può accadere che una decisione penale sia adottata da una autorità giudiziaria dello Stato di origine che non esiste nello Stato di esecuzione (si pensi al giudice istruttore, figura tipica di alcuni ordinamenti di *civil law*) o può accadere che, pur esistendo nello Stato di esecuzione l'autorità corrispondente, questa sia sprovvista del potere di adottare quel particolare tipo di atto (si pensi ad una ordinanza di custodia cautelare emessa da un pubblico ministero da eseguire in uno Stato in cui quello stesso provvedimento avrebbe potuto essere emanato solo da un giudice)¹⁴⁴. Le differenze esistenti a livello di diritto penale sostanziale, poi, possono dar luogo ad una sentenza di condanna pronunciata dalla Stato di emissione per un fatto non costituente reato nello Stato di esecuzione: il caso più evidente è quello di reati come l'aborto, l'eutanasia o il consumo personale di stupefacenti. Si consideri, inoltre, ad esempio, il fatto che il nostro codice penale colloca sullo stesso piano tutti i concorrenti nel reato, mentre numerosi sistemi penali europei differenziano il diverso apporto causale dei compartecipi distinguendo tra varie figura quali autore principale, complice ed istigatore¹⁴⁵. Anche dal punto di vista sanzionatorio, le differenze tra gli Stati membri sono rilevanti, se si pensa, ad esempio, che alcuni Paesi come la Spagna o il Portogallo hanno abolito la pena dell'ergastolo o che il diritto polacco prevede per il delitto tentato la stessa pena prevista per il delitto consumato. Non sono neppure trascurabili, poi, le differenze tra le procedure penali degli Stati membri: si pensi, ad esempio, alle difficoltà da sempre create dalla presenza nel nostro ordinamento del procedimento in contumacia o al fatto che non in tutti i codici di procedura penale siano previsti termini massimi di durata della custodia preventiva o ancora alle diverse regole in tema di assunzione e valutazione della prova.

In base alla teoria del mutuo riconoscimento, le suddette differenze tra le legislazioni non legittimano lo Stato di esecuzione a non riconoscere come valido il provvedimento straniero e a negarne gli effetti. Tale sistema si basa sulla

¹⁴⁴ V. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000, laddove afferma: “una decisione adottata da un'autorità in uno Stato membro potrebbe essere accettata in quanto tale in un altro Stato membro, anche nell'ipotesi in cui in tale Stato non esista un'autorità analoga, o in grado di adottare tali decisioni, oppure nel caso in cui tale autorità avesse adottato una decisione totalmente differente in un caso comparabile”.

¹⁴⁵ V. codice penale francese (art. 121-7), tedesco (artt. 25-27) e spagnolo (artt. 27-29).

convinzione che anche gli altri Stati membri siano in grado di offrire le medesime garanzie, seppure con modalità diverse, che legittima l'apertura reciproca che il mutuo riconoscimento impone.

2.3.- Il ravvicinamento delle legislazioni.

Anche se a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon* il mutuo riconoscimento si configura come una strada alternativa a quella del ravvicinamento delle legislazioni, deve in ogni caso rilevarsi come si è iniziato ad applicare il principio del mutuo riconoscimento solo dopo aver dato vita ad un processo di armonizzazione quanto meno minima delle legislazioni nazionali. Il ravvicinamento delle legislazioni, quindi, pur non essendo considerato un presupposto del mutuo riconoscimento, ne facilita indubbiamente l'applicazione, mentre, *ex adverso*, una marcata disparità tra le legislazioni può risultare di ostacolo al mutuo riconoscimento: quanto più le normative nazionali saranno diverse tanto più sarà agevole per lo Stato di destinazione dimostrare l'esistenza di esigenze imperative che ostacolano il riconoscimento.

In merito, giova, peraltro, osservare come la base giuridica per il ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri sia stata istituita con il Trattato di Amsterdam, che ha per di più introdotto un nuovo strumento (la decisione-quadro) pensato proprio con l'obiettivo di operare un ravvicinamento delle legislazioni. Il ravvicinamento è poi espressamente previsto dal Trattato di Amsterdam come uno dei campi di azione dell'Unione nel terzo pilastro, è stato inserito nel piano di azione di Vienna tra le misure sulle quali l'Unione ritiene importante lavorare, e trova oggi nuovo vigore nel Trattato di Lisbona. Non ci si può, peraltro, esimere dal ricordare che, la materia penale non ha conosciuto, almeno finora, un percorso di armonizzazione significativo¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Per quanto attiene al diritto processuale, il ravvicinamento si è limitato all'adozione della decisione-quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale e all'introduzione di poche norme procedurali con la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo. Per quanto riguarda l'armonizzazione del diritto penale sostanziale, vanno ricordate la decisione-quadro sul terrorismo, la decisione-quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile o ancora la decisione-quadro relativa alla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti. Le misure di ravvicinamento citate sono comunque atti di portata piuttosto ristretta, lontane dal riguardare tutti i settori per i quali, invece, si pretende l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento.

In linea generale, se, da un lato, la piena accettazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie sembra ricollegarsi necessariamente ad una preventiva e sistematica attività di armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri, in modo da attenuarne le differenze più rilevanti, dall'altro lato è evidente che le forme e le modalità tipiche della sua applicazione si collocano in una posizione di oggettiva incompatibilità con il tradizionale requisito della doppia incriminazione. Invero, la possibilità che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione sia tenuta, ogni volta, a verificare che la previsione del reato oggetto del provvedimento da eseguire sussista e sia strutturata in modo sostanzialmente uniforme in entrambi gli ordinamenti, significherebbe neutralizzare di fatto o, addirittura, tradire la stessa *ratio essendi* del principio.

Le differenze, pur rilevanti, che ancora oggi emergono dall'analisi delle normative sostanziali dei vari Stati membri non possono costituire, pertanto, motivo valido per non riconoscere o non eseguire una decisione giurisdizionale emessa dalle rispettive autorità giudiziarie.

In alcune situazioni, tuttavia, quelle differenze, che verosimilmente continueranno ad esistere tra i vari ordinamenti, sembrano richiedere l'esercizio di un prudente apprezzamento discrezionale nel riconoscimento e nell'esecuzione delle decisioni giurisdizionali emesse dalle autorità giudiziarie di altri Stati membri. Si tratta, in particolare, di quei casi in cui la sanzione penale si ricollega ad esigenze di tutela di determinati valori morali, ovvero di quelle ipotesi in cui l'ordinamento ritiene di escludere il ricorso alla previsione di una norma incriminatrice in conseguenza di mutamenti o evoluzioni della dimensione etica o del costume sociale. Si tratta, cioè, di fattispecie in cui il ricorso alle tecniche di tutela penale non sembra essere generalmente condiviso ed in cui viene meno, di conseguenza, l'omogeneità del tipo di risposte da parte dei vari ordinamenti.

Al riguardo, potrebbe rivelarsi particolarmente utile, così come era stato originariamente previsto nella stessa proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo elaborata dalla Commissione europea il 19 settembre 2001, introdurre una lista negativa di categorie di reati escluse dalla operatività del meccanismo del reciproco riconoscimento, affermando in tal modo la generale

validità del principio in relazione a tutti gli altri settori della legislazione penale sostanziale.

Sotto un altro profilo, che attiene alle divergenze di natura procedurale, possono farsi, comunque, analoghe considerazioni, poiché anche in tal caso le stesse divergenze non dovrebbero costituire motivo per non riconoscere o non eseguire una decisione giudiziaria emessa in uno degli Stati membri, a meno che non siano di natura tale da escludere radicalmente, o comprimere in misura rilevante, il diritto di difesa della persona accusata o condannata. Eventuali differenze in ordine alla strutturazione ed al numero dei gradi di impugnazione, ovvero alla qualità del contraddittorio ed alla maggiore o minore ampiezza dei termini per la presentazione delle istanze di revisione della decisione, non dovrebbero invece costituire, di norma, un ostacolo al riconoscimento della decisione emessa dall'autorità giudiziaria straniera.

Interventi di armonizzazione processuale in taluni settori delicati della cooperazione appaiono, peraltro, assolutamente necessari. Basti pensare, ad esempio, all'urgenza di individuare un quadro di regole certe e condivise che consenta un efficace coordinamento ai fini della prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione, ovvero all'esigenza di un intervento normativo volto a superare le numerose difficoltà pratiche sinora manifestatesi in ordine alla circolazione dei provvedimenti giurisdizionali emessi all'esito di processi penali *in absentia*.

In questa prospettiva, inoltre, il potenziamento della dimensione operativa di organismi già esistenti come *Eurojust* potrebbe rivelarsi determinante, anche di fronte a possibili situazioni di contrasto nell'applicazione di strumenti di cooperazione giudiziaria parimenti ispirati al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

In linea generale, un processo di armonizzazione forte delle legislazioni penali degli Stati membri sembra porsi come un obiettivo auspicabile e generalmente condiviso, poiché esso rappresenta il naturale terreno di sviluppo e rafforzamento di quella fiducia reciproca che è alla base del successo del principio del mutuo riconoscimento.

Tuttavia, la piena realizzazione dell'opera di ravvicinamento delle normative penali, sia sostanziali che processuali, ben difficilmente potrebbe essere considerata quale pre-condizione ai fini di un ulteriore sviluppo del principio del mutuo riconoscimento. E infatti, le prospettive e le scelte degli Stati membri sono assai spesso legate al rispetto di una tradizione giuridica secolare e le differenze, sia pure di carattere formale, appaiono talora difficili da superare proprio perché ampiamente radicate in una nazione.

Può dirsi comunque ampiamente diffusa, soprattutto tra gli studiosi, la convinzione che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali così come delineati dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia nel settore sostanziale che in quello processuale, possano costituire sin da ora una comune base di partenza sulla quale avviare una più intensa ed efficace attività di armonizzazione dei sistemi penali, volta alla costruzione di un quadro di regole generalmente condivise ed accettate dagli ordinamenti dei vari Stati membri, specie per quel che attiene al profilo della certezza e dell'effettività delle garanzie difensive¹⁴⁷.

In questa prospettiva, peraltro, un ruolo decisivo spetterà all'interpretazione che gli organi giudiziari, sia a livello nazionale che europeo, daranno delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata dalle istituzioni comunitarie in occasione dell'approvazione del Trattato di Lisbona ed ivi espressamente richiamata, tanto che il nuovo art. 6, comma 1, TUE. chiaramente afferma, come già ricordato, che *“la Carta dei diritti fondamentali ha lo stesso valore giuridico dei trattati”*.¹⁴⁸

Si tratta di una rilevante indicazione di orientamento, le cui implicazioni sapranno certamente essere colte nella progressiva costruzione di un sistema multilivello rappresentato dall'intersecarsi delle concorrenti elaborazioni giurisprudenziali delle corti europee e dei giudici nazionali.

¹⁴⁸ In generale, sul ruolo delle Corti europee e sul problematico rapporto della Corte Costituzionale con la Corte di Giustizia CE e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, v. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 353 ss., nonché TIZZANO A., *Corte e Corte di Giustizia*, ivi, c. 347 ss.

All'interno di questo nuovo assetto normativo, il mandato d'arresto europeo rappresenta il primo di una serie di strumenti con i quali il mutuo riconoscimento è stato progressivamente applicato ai diversi settori materiali della cooperazione giudiziaria *inter partes*: dalla consegna delle persone ricercate¹⁴⁹, al sequestro (o “congelamento”) di beni e prove¹⁵⁰; dall'esecuzione delle sanzioni pecuniarie¹⁵¹ e degli ordini di confisca¹⁵², alla ricerca ed acquisizione delle fonti di prova¹⁵³, sino al trasferimento delle persone condannate¹⁵⁴ e delle procedure di controllo *post-penale* della condanna¹⁵⁵.

Attraverso queste misure sono stati introdotti regimi speciali di assistenza giudiziaria, che integrano o sostituiscono settorialmente i tradizionali strumenti di cooperazione su base convenzionale¹⁵⁶.

Il quadro dei nuovi strumenti, basati sull'individuazione degli stessi presupposti formali e sostanziali, prefigura le linee-guida di una vera e propria procedura comune dell'Unione, destinata a regolare i rapporti di cooperazione sulla base del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, provvisorie o definitive, cautelari o finali, *in personam* o *in rem*, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE.

In questo modo, il mutuo riconoscimento viene ad assumere la funzione di un vero e proprio ordine categoriale dei rapporti di cooperazione tra gli Stati membri: dal suo irrompere sulla scena, il *topos* dello spazio giudiziario comune tende ad acquisire – indipendentemente dall'esito del processo di codificazione

¹⁴⁹ V. Decisione quadro 2002/584/GAI, in *G.U.C.E.*, L 190 del 18 luglio 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹⁵⁰ V. Decisione quadro 2003/577/GAI, in *G.U.U.E.*, L 196/45 del 2 agosto 2003, relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni, di sequestro probatorio e di sequestro preventivo.

¹⁵¹ V. Decisione quadro 2005/214/GAI, in *G.U.U.E.*, L 76/16 del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio di mutuo riconoscimento alle sanzioni pecuniarie.

¹⁵² V. Decisione quadro 2006/783/GAI, in *G.U.U.E.*, L 328/59 del 6 ottobre 2006, relativa alla applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

¹⁵³ V. Decisione quadro 2008/978/GAI, relativa al mandato europeo di ricerca della prova, in *G.U.U.E.*, L 350/72 s. del 30 dicembre 2008.

¹⁵⁴ V. Decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'ordine di esecuzione europeo e al trasferimento delle persone condannate tra gli Stati membri, in *G.U.U.E.*, L 327/27 s., del 5 dicembre 2008.

¹⁵⁵ V. Decisione quadro 2008/947/GAI, relativa al riconoscimento e alla sorveglianza sulla sospensione condizionale della pena e sulle sanzioni sostitutive, in *G.U.U.E.*, L 337/102 s., del 16 dicembre 2008.

¹⁵⁶ Per un'analisi completa dei singoli strumenti di “terzo pilastro” dell'Unione europea, cfr. i contributi raccolti in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea*, Giuffrè, 2006.

europea – la concreta dimensione di un’area di libera circolazione dei provvedimenti giudiziari¹⁵⁷.

Come vedremo, l’assenza di una opera di ravvicinamento significativa, unita alla stretta contiguità tra diritto penale e sovranità nazionale, da un lato, e diritti fondamentali, dall’altro, rende particolarmente difficile per lo Stato membro di esecuzione accettare come equivalenti alle proprie le garanzie apprestate dallo Stato di emissione. Se è vero, infatti, che un percorso di integrazione normativa non andare realisticamente oltre ad un certo punto, per l’insormontabile ostacolo rappresentato dalla diversità delle tradizioni e delle esperienze nazionali, appare altresì vero che, astrattamente realisticamente, l’attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie non può svilupparsi soltanto sul binario

¹⁵⁷ Sul punto, v. IZZOLINO G., voce *Mandato d’arresto europeo (dir. pen.)*, cit., p. 2 s.; ID., *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell’Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principî di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 438. Il primo programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali è pubblicato sulla *G.U.C.E.* del 15 gennaio 2001, C 12/10. Il principio del mutuo riconoscimento, per la prima volta costituzionalizzato dal Trattato europeo sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004 (e mai entrato in vigore), è stato reinserito in forme analoghe negli artt. 61 e 69-A del Trattato modificativo di Lisbona del 13 dicembre 2007. La necessità di completare l’applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni penali è affermata dal Programma dell’Aja per il rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea, in *G.U.U.E.* del 3 marzo 2005, C 53/1, 12. Sul principio del mutuo riconoscimento nella prospettiva di una comune cultura giudiziaria europea, nonché sui limiti del processo di rinnovamento degli attuali modelli di cooperazione in relazione ai profili dell’armonizzazione sostanziale ed alle caratteristiche dei nuovi istituti di reciproca assistenza che a quel principio si richiamano, v. LATTANZI G., *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo*, in *La Magistratura*, n. 1, 2008, p. 138 s.; ID., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1037 ss.; BUZZELLI S., voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. I, Giuffrè, 2008, p. 714 ss.; DE AMICIS G., *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Giuffrè, 2007, pp. 17 ss. e 204 ss., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della Costituzione europea*, in AA.VV., *L’area di libertà, sicurezza e giustizia* cit., p. 13 ss.; ALLEGREZZA S., *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, ivi, p. 691 ss.; LABAYLE H., *Bilan et perspectives de l’ELSJ en relation avec le nouveau Traité Constitutionnel*, ivi, p. 60 ss.; PARISI N., *Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, in AA.VV., *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte Costituzionale*, a cura di DANIELE L., E.S.I., Napoli, 2006, p. 367 ss.; MANACORDA S., *Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice de l’Union Européenne: un développement inégal*, in *Revue de science criminelle*, 2006, p. 883 ss.; ID., *La consolidation de l’espace de liberté, de sécurité et de justice: vers une “mise a l’ecart” du rapprochement du droit et de la procédure penale*, ivi, 2007; BARGIS M., *Costituzione per l’Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 ss.; AA. VV., *Verso l’Europa dei diritti. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di AMATO G. e PACIOTTI E., Il Mulino, 2005; BILANCIA P., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 345 ss.; ANODINA E., *Cooperazione – integrazione penale nell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2898 ss.; AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell’Unione Europea*, Giuffrè, 2006, p. 105 ss.

della definizione delle norme procedurali necessarie ad assicurare l'esecuzione nel territorio di uno Stato membro delle decisioni giudiziarie assunte da autorità di un altro Stato membro. Una pur limitata prospettiva di integrazione normativa è, dunque, essenziale al funzionamento di un sistema di cooperazione fondato sul principio del mutuo riconoscimento, poiché soltanto l'espansione del nucleo di regole di diritto sostanziale e processuale condivise consente di praticare effettivamente la fiducia verso gli altri sistemi giuridici che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹⁵⁸.

2.4.- La fiducia reciproca.

Alla luce delle osservazioni sopra svolte, si può intuire come il mutuo riconoscimento comporti a carico di ciascun Stato membro obblighi piuttosto gravosi, in termini di rinuncia ad applicare le proprie norme in favore di quelle di altri Stati membri; e ciò, sebbene quelle che appaiono limitazioni di sovranità non siano fini a se stesse bensì siano funzionali al raggiungimento di un risultato di interesse comune a ciascuno Stato membro, come, ad esempio, l'instaurazione di un mercato comune o una efficace cooperazione nella repressione del crimine.

L'apertura verso l'esterno richiesta dal meccanismo del mutuo riconoscimento, al di là della sua finalità, risulta possibile in ambito comunitario in ragione della stretta integrazione esistente tra gli Stati membri ed è concepibile solo in virtù della profonda fiducia che li lega. In altri termini, insieme al principio dell'equivalenza delle legislazioni, la fiducia reciproca costituisce in presupposto indefettibile del funzionamento del mutuo riconoscimento¹⁵⁹. La presenza di tale elemento diventa una *condicio sine qua non* nel settore della cooperazione penale: per uno Stato, infatti, riconoscere come equivalenti alle proprie norme straniere che, ad esempio, garantiscono in modo diversi i diritti degli individui sottoposti ad un procedimento penale, implica una fiducia nei confronti dell'altro ordinamento sicuramente maggiore di quella richiesta per riconoscere normative tecniche sulla

¹⁵⁸ V. MELILLO G., *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cass. Pen.* n. 1/2006 p. 265 B.

¹⁵⁹ V. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 del 26 luglio 2000, laddove afferma: "La reciproca fiducia, non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa, è un fattore importante del reciproco riconoscimento".

produzione e commercializzazione della merce. Come vedremo, il problema risiede nel comprendere se esista e quale sia il fondamento sul quale è chiamato a poggiare il principio del mutuo riconoscimento e con esso la fiducia reciproca o, *ex adverso*, se la tanto invocata fiducia reciproca non si risolva in effetti in una illusione piuttosto che in un obiettivo già raggiunto.

Nella prospettiva delineata dal Trattato costituzionale europeo sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004¹⁶⁰, la funzione assegnata alle misure di armonizzazione è quella di sostenere ed accompagnare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, vale a dire di consolidare le condizioni di quella necessaria fiducia reciproca attraverso la creazione di un nucleo comune di norme penali minime senza le quali il mutuo riconoscimento sarebbe difficilmente praticabile¹⁶¹. In altre parole, si tratta di evitare che la mancata criminalizzazione di talune condotte, o la non coincidenza delle scelte sanzionatorie nei diversi sistemi nazionali, impediscano o rendano più difficoltosa la collaborazione internazionale tra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Questa fondamentale linea di indirizzo è stata pienamente confermata dal Trattato di Lisbona, sottoscritto dagli Stati membri il 13 dicembre 2007, i cui articoli 61 e 69-A non si discostano dai contenuti e dalle finalità indicati nel Trattato costituzionale del 2004¹⁶².

¹⁶⁰ Sulle linee guida del Trattato costituzionale in materia di cooperazione giudiziaria v., in particolare, GREVI V., *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di DOLCINI E. e PALIERO C. M., Giuffrè, 2006, p. 2783 ss.; BARGIS M., *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 ss. Sul rapporto tra Costituzione europea e diritto penale v., in generale, BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 5 ss.; GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., p. 359 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2005, p. 94 ss.; AA.VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di COPPETTA M. G., Giappichelli, 2005, p. 11 ss.; PICOTTI L., *Il Corpus iuris 2000. Profili di un diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, Cedam, 2004, p. 71 ss.; v., inoltre, SOTIS C., *Il diritto senza codice*, Giuffrè, 2007, p. 64 ss.

¹⁶¹ V. DE AMICIS G.- IUZZOLINO G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, cit., p. 3074 ss.

¹⁶² Sul mantenimento delle prospettive delineate dal Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004, v. ZILLER J., *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, p. 875 ss.; MOUSSIS N., *Le Traitè de Lisbonne: une Constitution sans en avoir le titre*, in *Revue du Marchè commun et de l'Union européenne*, 2008, p. 161 ss. Sulla struttura e sulle caratteristiche del nuovo Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, v. TESAURO G., *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in *Guida dir. (suppl. Dir. com. e int.)*, 2007, n. 6, p. 8 ss.; DANIELE L., *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, *ivi*, p. 11 ss.; NASCIMBENE B.-LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a*

La premessa sulla quale si fonda l'operare del mutuo riconoscimento è l'esistenza di una fiducia reciproca che ciascuno Stato dovrebbe poter riporre negli ordinamenti degli altri paesi membri dell'Unione da una duplice prospettiva: sul piano legislativo in merito all'adeguatezza della normativa nazionale e sul piano esecutivo e giudiziario in ordine alla corretta applicazione di quest'ultima da parte degli organi interni a ciò preposti¹⁶³. Il fondamento di questa reciproca fiducia capace di far funzionare il sistema viene individuato nei valori espressi dall'art. 6.1 del vecchio Trattato dell'Unione¹⁶⁴, come espressi dalla Corte di Giustizia e condivisi da tutti gli stati membri in quanto originati dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle norme internazionali pertinenti. La reciproca fiducia è un concetto dai confini ancora molto sfumati esistendo allo stato attuale differenze di tutela tra ordinamenti nazionali e, viceversa, dovendosi sostanziare nel riconoscimento omogeneo di diritti e libertà del cittadino nello spazio europeo¹⁶⁵.

Sarebbe necessario perseguire parallelamente le vie della più stretta cooperazione tra le autorità nazionali e dell'armonizzazione delle normative nazionali procedurali e sostanziali, valorizzando tanto la reciproca autonomia quanto la loro complementarità ai fini della creazione di uno spazio penale europeo¹⁶⁶. Il ravvicinamento è necessario per suscitare la fiducia sufficiente per permettere la piena applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie o per garantire l'efficacia degli strumenti comuni di cooperazione di polizia o giudiziaria predisposti dall'Unione. A questa stessa logica risponde peraltro la predisposizione di norme minime sulle garanzie processuali che, da una parte, sono capaci di accrescere la fiducia reciproca negli ordinamenti giudiziari

una svolta?, in *Il Corriere giuridico*, 2007; AA.VV., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di G. TIBERI, *Il Mulino*, 2008, p. 9 ss.; AA.VV., *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di M. C. BARUFFI, Cedam, 2008, p. 3 ss.

¹⁶³ V. COM(2000)495 def. punto 3.1.; v. anche il 6° considerando della dec. Quadro 13 giugno 2002, sul MAE.

¹⁶⁴ V. il *Programma per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento*, 2001/C12/02, punto 6 dell'Introduzione.

¹⁶⁵ V. MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial/penalistica, implicazioni teoriche e ricadute politico/criminali*, 2004 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 3, p. 791 ss.

¹⁶⁶ V. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle* cit., p. 20 ss.

degli stati membri e, dall'altra rappresentano il logico contrappeso ad altre misure di riconoscimento reciproco¹⁶⁷.

Sulla via del rafforzamento della reciproca fiducia come chiave del buon funzionamento del reciproco riconoscimento si è sicuramente avviata l'Unione, proponendo l'adozione di misure legislative volte all'armonizzazione del diritto processuale e sostanziale penale, nonché misure di accompagnamento pratiche quali il rafforzamento dei meccanismi di valutazione, la valorizzazione della formazione giudiziaria degli operatori di giustizia nonché la loro messa in rete, il sostegno allo sviluppo di una giustizia di qualità¹⁶⁸.

3.- Il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e il ravvicinamento delle legislazioni alla luce del Trattato di Lisbona.

L'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea consacra il principio, disponendo che *“la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di mutuo riconoscimento dei provvedimenti e delle decisioni giudiziarie”*. Dallo stesso testo risulta che può applicarsi a tutte le forme dei provvedimenti e delle decisioni giudiziarie. Il Trattato prevede ugualmente che misure legislative possono essere adottate per *“facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni”*. Queste misure completano il quadro degli strumenti forniti per il mutuo riconoscimento durante l'azione e l'esecuzione penale. Il Trattato non indica la natura degli strumenti giuridici che dovranno essere utilizzati nel settore della cooperazione giudiziaria processuale penale. Alla stregua di ciò che accade nel settore della cooperazione giudiziaria civile, si può pensare che lo strumento adeguato sia il regolamento. Esso ha il vantaggio considerevole, nel caso in cui si tratta di disposizioni di procedura penale, di garantire un alto grado di uniformità delle regole applicabili. Questo strumento sarà utilizzato tutte le volte che il legislatore europeo perverrà ad un elevato grado di precisione nella formulazione. In mancanza, il

¹⁶⁷ V. il *Libro verde sulle garanzie procedurali*, punti 1.7 e 1.10.

¹⁶⁸ V. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo *sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, SEC(2005)641, 19 maggio 2005, par. 18 ss.

regolamento sarà una direttiva mascherata. La forma della direttiva sarà vantaggiosa per la continuità degli strumenti adottati fino ad ora, che hanno la forma di decisioni quadro, considerate come delle direttive del terzo pilastro. L'art. 82.1 TFUE riguarda il ravvicinamento reciproco dei diritti procedurali degli Stati membri. La misura è presentata come un corollario della cooperazione giudiziaria penale e il testo indica che questo ravvicinamento dovrà essere realizzato *“laddove è necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie”*. Il rispetto dei diritti fondamentali e dei differenti sistemi e tradizioni giuridiche degli stati membri, che costituisce un principio generale per l'adozione delle norme nel settore della giustizia penale dopo Lisbona, è richiamato specificatamente, negli stessi termini, all'art. 82.2 per quel che concerne il ravvicinamento dei diritti procedurali. Il Trattato di Lisbona prevede infatti un meccanismo decisionale particolare per i casi in cui una misura di procedura penale coinvolgerà gli aspetti fondamentali del sistema di giustizia penale di uno Stato membro. Il modo di riavvicinamento delle norme procedurali crea, dunque, più tensione nella relazione tra la conservazione dei diritti nazionali e l'emergenza di un diritto comune. Questo articolo del TFUE fornisce a questa forma di riavvicinamento una base giuridica espressa, prevedendo che *“nella misura in cui è necessario per facilitare il mutuo riconoscimento dei provvedimenti e delle decisioni giudiziarie, la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi una dimensione transfrontaliera, il Parlamento europeo e il Consiglio, statuendo per mezzo di direttive come nella procedura legislativa ordinaria, possono stabilire delle regole minime. Queste regole minime tengono conto delle differenze tra le tradizioni e i sistemi giuridici degli Stati membri”*.

Tre caratteristiche devono essere messe in evidenza. La prima è che il ravvicinamento non è uno scopo in sé ma si dovrà iscrivere nel quadro della realizzazione di un obiettivo preciso: facilitare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri. Questo obiettivo si realizza sotto due forme: la prima è, quella del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie; la seconda è quella, più ampia, della cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi una dimensione transfrontaliera. Il testo non precisa la portata della nozione

di dimensione transfrontaliera, ma si può logicamente dare ad essa la stessa portata che la nozione ha all'articolo 83 TFUE. Questa disposizione precisa in effetti che questa dimensione può risultare *“dal carattere o dall'incidenza di questi reati o da una necessità particolare di combatterli su basi comuni”*. Trattasi, in particolare, di reati quali: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

Il Trattato lascia spazio anche ad un possibile ampliamento futuro del novero dei predetti reati in funzione dell'evoluzione della criminalità. In tale caso spetterà al Consiglio individuare, mediante decisione adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo, altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui sopra.

Va, infine, sottolineato che il nuovo articolo 84 TFUE prevede, in un'ottica di costruzione di una politica criminale comune, la possibilità di adottare misure per incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri nel campo della prevenzione della criminalità, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il Trattato precisa, allora, espressamente che l'adozione di norme minime non impedisce agli Stati membri di mantenere o di instaurare un livello di protezione più elevato per i cittadini. Da un lato, si può considerare che il fatto che le regole abbiano questo carattere minimale non è un problema dato che, nessuno dovrà lamentarsi del fatto agli Stati membri vogliano accordare delle garanzie più ampie alle persone coinvolte nei processi penali. Dall'altro lato, se l'obiettivo è di accordare su questa base il mutuo riconoscimento tra le autorità competenti degli Stati membri nei sistemi giuridici degli altri Stati membri e di fornire ai soggetti coinvolti nei processi una sicurezza giuridica quanto ai loro diritti nei processi penali o in seno all'Unione europea, questo obiettivo rischia di essere mancato. Infatti, alcuni soggetti allontanandosi dallo Stato membro dove risiedono, abituati alle garanzie fornite dal proprio sistema giuridico, saranno sfiduciati per il fatto di essere sottoposti a degli standard di tutela meno elevati, anche se questi stessi standard saranno conformi alle norme minime europee. Allo stesso modo, le autorità

giudiziarie confronteranno senza dubbio sempre le regole di procedura degli altri ordinamenti alle proprie. Nella misura in cui regole minime permetteranno delle distorsioni eventualmente molto rilevanti riguardo ai diritti che saranno concessi per questa via, si può ritenere che questo obiettivo di mutuo riconoscimento e di sicurezza giuridica non sarà raggiunto in questo modo. La terza caratteristica è che queste regole minime tengono conto delle differenze tra le tradizioni e i sistemi giuridici degli Stati membri. La frase può sembrare sibillina, tanto è vero che la costruzione europea tutta intera è attraversata da questa esigenza di rispetto delle diversità. Si può comprendere che le norme minime si situeranno all'intersezione dei sistemi degli Stati membri, che raggiungeranno il miglior compromesso possibile tra le regole di questi sistemi.

Il trattato indica in seguito in modo limitativo i settori che possono essere oggetto di ravvicinamento. Esso ne identifica tre: l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; i diritti delle persone nella procedura penale; i diritti delle vittime della criminalità. Il Trattato prevede, inoltre, la possibilità per l'Unione di adottare degli strumenti di riavvicinamento dei diritti procedurali sugli *"altri elementi specifici della procedura penale"*. Tuttavia, il Consiglio dovrà identificarli preliminarmente per mezzo di una decisione presa all'unanimità dopo l'approvazione del Parlamento europeo.

4.- Rilievi conclusivi.

Come osservato nella Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri*¹⁶⁹, le prime applicazioni del principio del mutuo riconoscimento (in particolare, con il mandato di arresto europeo) hanno fatto emergere una serie di difficoltà, così confermando i timori che si sono manifestati nel corso del processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno al settore della giustizia penale.

Anche sulla considerazione che il mutuo riconoscimento è e continuerà ad essere il protagonista della cooperazione penale in seno all'Unione, occorrerà

¹⁶⁹ V. COM (2005) 195 del 19 maggio 2005.

individuare ed analizzare le debolezze del sistema della cooperazione giudiziaria in materia penale, comprenderne le ragioni e soprattutto tentare di individuare alcuni spunti per migliorarne il funzionamento. Certamente la cooperazione penale è una materia sensibile, indissolubilmente legata alla sovranità degli Stati membri, i quali oltretutto non sempre hanno condiviso e condividono le medesime opinioni quando si tratta di scelte di politica criminale. Gli Stati membri non sembrano pronti ad accettare completamente il principio del mutuo riconoscimento e l'idea di non essere più "*Stati sovrani che possono cooperare in singoli casi, ma membri dell'unione obbligati ad aiutarsi reciprocamente*"¹⁷⁰ Se ciò è senz'altro vero e spiega da un punto di vista politico le ragioni del limitato successo del mutuo riconoscimento in materia penale, non è però sufficiente a chiarirne con precisione i motivi. I punti salienti in tema di ricerca delle cause delle difficoltà incontrate dal mutuo riconoscimento nella materia penale sono:

- il livello di fiducia intercorrente tra gli Stati membri;
- l'equivalenza delle garanzie;
- il ravvicinamento delle legislazioni.

Sinteticamente, il principio del reciproco riconoscimento si nutre della reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione. L'esistenza di un rapporto fiduciario rappresenta la chiave del buon funzionamento del meccanismo; in assenza di tale requisito, ogni politica che adotti il mutuo riconoscimento come asse portante è inesorabilmente destinata a fallire. Eppure nel settore del processo penale la reciproca fiducia non è un dato acquisito; il suo rafforzamento è più un obiettivo da raggiungere che un presupposto stabile da cui partire. Garantire che i vari sistemi nazionali riconoscano analoga dignità agli atti formati all'estero è una priorità assoluta per l'Unione, da perseguire mediante lo sviluppo graduale di una cultura giudiziaria basata sulla diversità degli ordinamenti giuridici degli Stati membri e sull'unità della legge europea. La tecnica più utile ed efficace a tal fine sembra quella di potenziare l'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali, di introdurre a livello comunitario alcune norme minime che siano in grado di

¹⁷⁰ V. Conclusioni dell'avvocato generale Colomer relative alla causa C-303/05 del 12 settembre 2006.

garantire la “compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri nella misura necessaria per migliorare la cooperazione” (art. 31 comma 1 lett.c) TUE).

La cooperazione giudiziaria, come attualmente intesa nell’ambito dell’Unione, si dovrebbe muovere lungo due direttrici: l’armonizzazione, da un lato, ed il mutuo riconoscimento e la libera circolazione, dall’altro. I rapporti tra questi due momenti, però, sono poco chiari; basti pensare al fatto che spesso nella politica criminale europea si è considerato il principio del mutuo riconoscimento come una valida alternativa all’armonizzazione. Due le ragioni addotte in favore di quest’ultima impostazione¹⁷¹. La prima, a copertura di una difficoltà tutta politica: le differenze fra i vari ordinamenti nazionali sarebbero tali da rendere arduo, se non impossibile, qualsiasi intervento diretto all’armonizzazione. Stando alla seconda, l’elaborazione di norme minime sarebbe ostacolata dal *deficit* democratico di cui ancora oggi soffrono le procedure legislative comunitarie: in quest’ottica, l’imposizione del mutuo riconoscimento rappresenterebbe una intromissione in campo penale meno incisiva. Attualmente, non può ancora dirsi che la questione del *deficit* democratico sia stata superata. Semmai può obbiectarsi che un intervento indiretto, che adotti come fulcro il principio del mutuo riconoscimento, non si possa certamente ritenere meno incisivo dell’armonizzazione, potendo anzi affermare il contrario, ovvero che si tratti di un fenomeno ben più insidioso.

Quanto al primo problema, si ha l’impressione che l’Unione, in tema di regole processuali penali, abbia per ora accantonato la questione dell’armonizzazione, rinunciando ad una politica positiva, ovvero ad un’imposizione di norme minime alle quali gli Stati membri sono tenuti ad uniformarsi. Nell’ambito della definizione di un “processo penale europeo”, gli strumenti adottati nell’ambito del terzo pilastro per attuare il principio del mutuo riconoscimento e facilitare la cooperazione giudiziaria sembrano, dunque, preoccuparsi poco o nulla della necessità di una previa armonizzazione. La logica di cui sono pervasi è piuttosto di tipo finalistico: si impone all’ordinamento nazionale di accogliere l’atto esterno senza intervenire preventivamente definendo

¹⁷¹ V. ALLEGREZZA S., *Cooperazione giudiziaria*, cit.

i caratteri minimi dell'atto in questione. Ciò che interessa è il conseguimento del risultato – la libera circolazione degli atti processuali – ed al metodo è dedicata poca o scarsa attenzione; e ciò, laddove per un funzionamento della circolazione degli atti la sequenza dovrebbe essere: prima l'armonizzazione, che favorisce il mutuo riconoscimento, poi le regole per rendere effettiva e snella la circolazione degli atti processuali fra i diversi ordinamenti europei.

Viene così privilegiata la via del mutuo riconoscimento non preceduto dall'armonizzazione, nascondendo le ragioni del fallimento politico dietro una debole affermazione: l'armonizzazione sarebbe un dato acquisito, un risultato già raggiunto grazie all'adesione di tutti gli Stati membri dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷².

¹⁷² V. MAZZA O., *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 393 ss.

PARTE SECONDA
LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE NELL'UNIONE
EUROPEA E IL SISTEMA ITALIANO

CAPITOLO I
SOVRANITA' STATALE E COOPERAZIONE PENALE NELL'UE

1.- Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea

Nell'Unione la cooperazione giudiziaria penale è collegata all'obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Qui gli stati membri cercano di garantire la sicurezza dei propri cittadini, amministrando in modo efficace la giustizia penale e basando le relative azioni sui principi dello stato di diritto¹⁷³.

Il concetto di spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la necessità di rivedere il principio di territorialità della legge penale su cui si basa l'esercizio della potestà penale.

Lo spazio europeo¹⁷⁴ è categoria di sicura portata costituzionale, poiché evoca per l'Unione lo stesso rapporto che corre all'interno dello stato tra cittadino e autorità pubbliche. Esso si configura, almeno in via di principio, come uno spazio di democrazia dal momento che l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁷⁵. Ciò significa che questo spazio si presenta come ambito entro il quale la validità delle norme europee è valutata nella prospettiva del rispetto dei summenzionati principi. In tale spazio le norme di diritto internazionale convenzionale e generale operano come limite di legittimità della disciplina adottata dalle istituzioni dell'Unione entro il quale, infine, tale ultima disciplina è in grado di determinare l'efficacia ovvero l'inefficacia delle norme interne degli Stati membri¹⁷⁶.

¹⁷³ V. RINOLDI D., "Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", in DRAETTA U. *Elementi di diritto dell'Unione europea*. Parte speciale.-Il diritto sostanziale, 2 ed., Milano 2003, p. 257 ss.

¹⁷⁴ Sulla nozione di spazio europeo v. DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000 p. 3 ss.; *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002 p. 199 ss.; *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003 p. 33 ss.

¹⁷⁵ V. LABAYALE H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, cit., p. 822 ss.

¹⁷⁶ Da una giurisprudenza comunitaria che indicava agli Stati l'obbligo di irrogare "sanzioni adeguate e sufficienti" (Corte giust., 2 luglio 1977, c. 50/76, *Amsterdam Bulb*, in *Raccolta*, 1977, p. 137 ss; 10 aprile 1984, c. 14/83, *Von Colson*, ivi, 1984, p. 1891 ss.) si è passati ad una

Il ravvicinamento dei diritti nazionali introduce ormai una dimensione europea al settore penale. Nondimeno, indipendentemente dai limiti inerenti a questo esercizio di ravvicinamento, questa dimensione europea s'incorpora nel diritto nazionale degli Stati membri mediante la trasposizione delle norme europee nelle norme nazionali corrispondenti, in modo tale da entrare in qualche modo nell'ambito della norma interna. Nel futuro ci si chiede se sarà o meno possibile per l'autorità giudiziaria nazionale, nel momento in cui stabilisce l'azione da intraprendere o prende una decisione, applicare una norma senza preoccuparsi minimamente della sua dimensione europea. Il fatto di disporre di norme più vicine e omogenee può certamente portare ad un riconoscimento maggiore dei sistemi giuridici degli altri Stati membri dell'Unione, ma ciò non conduce automaticamente ad una dimensione europea dell'esercizio della giustizia penale.

Con la cooperazione giudiziaria le cose sono differenti nella misura in cui la cooperazione implica necessariamente il coordinamento delle autorità di più di uno Stato membro. L'idea di un approccio europeo è da loro meno sentita. Nondimeno, quando un'autorità fa appello alla cooperazione, è per risolvere una difficoltà che si pone all'interno del quadro della sua procedura interna con l'obiettivo di avanzare in questo ambito, di portare a termine o di sgravarsi nei confronti dell'autorità competente di un altro Stato membro. La cooperazione è una realtà che si manifesta innanzitutto tra le autorità competenti degli Stati

giurisprudenza sempre della Corte di giustizia che impone agli Stati di sanzionare comportamenti illeciti con “*sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive*” (Corte giust., 21 settembre 1989, c. 68/88, c.d. *Mais greco*, in *Raccolta*, 1989, p. 2965 ss.). Un ulteriore passo è poi stato compiuto con la giurisprudenza che ha affermato la discrezionalità delle autorità nazionali ad individuare il tipo e l'entità della sanzione che accompagna la disposizione comunitaria che stabilisce l'illecito, ma nel rispetto del principio secondo il quale tale sanzione deve essere equiparabile per natura e per importanza a quella irrogata in caso di violazione simile del diritto nazionale, dovendosi dunque ricorrere anche alla sanzione penale a tutela della norma comunitaria (Corte giust., 8 luglio 1999, c. C-186/98, *Nunes e de Matos*, in *Raccolta*, 1999, p. I-4883 ss.; 25 febbraio 1988, c. 299/86, *Drexel*, *ivi*, 1988, 1213 ss.). Infine la Corte di Giustizia comunitaria ha aggiunto, altri importanti principi in materia: da una parte (Corte giust., 16 giugno 2005, c. C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, 2005, p. I-5285) ha affermato il carattere vincolante delle decisioni quadro entro i limiti dell'art. 34 Trattato UE e collegandosi al principio di leale cooperazione enunciato nell'art. 10 Trattato CE, ha dedotto l'obbligo per le autorità nazionali di interpretazione conforme del diritto nazionale ad esse (pur nel rispetto dei principi generali del diritto, quali principalmente quelli di certezza del diritto e di non retroattività della norma penale, sul quale la Corte si era peraltro pronunciata con sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi ed altri*, in *Raccolta*, 2005, p. I-3565, punto 74); da un'altra parte (Corte giust., 13 settembre 2005, c. C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2005, p. I-7879) essa ha ricostruito la competenza della Comunità ad adottare sanzioni penali in quanto strumentali a una competenza (nel caso: quella in materia di ambiente) attribuita espressamente all'Organizzazione.

membri nel quadro della logica interna di queste autorità e di questi Stati. La manifestazione di questa cooperazione in queste forme più avanzate tra gli Stati membri dell'Unione europea, in particolare quella del mutuo riconoscimento, che conduce all'istaurarsi di uno spazio di libera circolazione delle decisioni giudiziarie, ha per effetto sicuramente di affermare l'idea che esiste uno spazio comune europeo nel settore della giustizia penale, ma è uno spazio nel quale si incrociano logiche e politiche criminali nazionali.

L'idea che presiede a questo cambio di prospettiva è la constatazione, il riconoscimento e l'accettazione del fatto che, numerosi fenomeni criminali oltrepassano le frontiere di uno stato, e ciò porta ad un cambiamento di prospettiva. Questa dimensione transnazionale può essere accidentale, ad esempio nel caso di un reato istantaneo localizzabile sul territorio di uno Stato membro, ovvero se un autore o una vittima si sposta nel territorio di un altro stato membro, per esempio perché ritorna al suo paese di residenza dopo il reato. Questa dimensione transnazionale può al contrario essere inerente alla forma di criminalità coinvolta, poiché si tratta di un'azione di un'organizzazione criminale, di un gruppo terroristico, di una fase del traffico di stupefacenti, di tratta di esseri umani, di armi, di un circuito di riciclaggio di capitali. In questi casi l'autorità giudiziaria dello Stato membro del territorio nel quale si è svolta una parte dei fatti non è in grado di avere una visione globale sull'insieme della situazione, non è in grado di affrontare in modo adeguato l'insieme del fenomeno o l'insieme delle persone coinvolte, ed, in definitiva, non è in grado di prendere da sola una decisione pertinente ed efficace. Pertanto conviene sostituire ad un approccio nazionale del fenomeno criminale un approccio europeo con il quale gli Stati coinvolti non rinunciano all'esercizio della giustizia e della loro sovranità, ma l'affrontano a partire da un punto di vista che non è puramente nazionale, ma che tiene conto dell'insieme degli elementi fattuali disseminati sul territorio europeo e che mette insieme le autorità competenti dell'insieme dei paesi coinvolti, nella ricerca di una soluzione che corrisponde all'interesse di tutti, nel quadro dello spazio della giustizia comune. Esiste tra gli altri casi, in cui la dimensione europea è inerente al fenomeno criminale, non in senso geografico ma sul piano istituzionale: quando un reato comporta un pericolo per gli interessi dell'Unione,

il trattamento di questo reato richiede necessariamente un approccio europeo, nel senso questa volta della realtà istituzionale che costituisce l'Unione europea.

2.- La definitiva affermazione del diritto penale europeo.

Per lungo tempo ostacolato dalla dottrina tradizionale, che incentra i principi della materia penale sulla sovranità e centralità del legislatore statale, il diritto penale europeo sembra ora trovare riconoscimento definitivo¹⁷⁷.

La domanda riguardante le eventuali competenze in materia penale dell'Unione Europea nasce negli anni iniziali della produzione normativa comunitaria¹⁷⁸ e si sviluppa parallelamente all'affermazione della prevalenza del diritto comunitario sui diritti statali interni, condizionando e venendo condizionata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionali statali. Si pensi ad esempio al caso *Simmenthal*, nel quale la Corte di Giustizia afferma la diretta applicabilità e l'efficacia diretta del diritto comunitario e la piena competenza dei giudici comuni di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario, che ha origine proprio dal contrasto tra un regolamento comunitario ed una norme penale italiana entrata in vigore successivamente al primo¹⁷⁹.

Fino alla fine degli anni ottanta, era diffusa l'idea dell'inesistenza di un diritto penale comunitario¹⁸⁰. Pur nel complessivo ampliamento delle competenze delle Comunità europee un aspetto era sicuramente certo: l'incompetenza della Comunità europea nel diritto penale e nel processo penale. Si negava quindi che gli organi istituzionali dell'Unione e della Comunità disponessero di una competenza diretta a creare norme penali.

La materia penale, si diceva, fa da scudo al diritto comunitario in quanto massima espressione della sovranità statale. D'altra parte, ad una Comunità

¹⁷⁷ Si veda sull'argomento SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea* cit., p. 1 ss., che mette in luce come, per i fisiologici collegamenti tra diritto penale e altre branche del diritto nazionale passate alla competenza comunitaria, il processo di integrazione comunitaria ha comunque avuto un inevitabile impatto sui sistemi penali degli Stati membri.

¹⁷⁸ In particolare v. NUVOLONE P., *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei paesi europei*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968, p. 286 ss.

¹⁷⁹ V. Corte giust., 9 marzo 1978, c.106/1977, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss.

¹⁸⁰ V. RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova 1986, p. 5 ss; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano 1989, p. 5 ss.

fondata soltanto su valori economici non era possibile affidare la potestà punitiva penale, riflesso dei valori fondanti – civili, sociali e politici – dello Stato.

Nonostante ciò, gli ordinamenti penali dei singoli Stati europei sono stati progressivamente influenzati, direttamente e indirettamente, dal diritto comunitario. Spesso norme comunitarie direttamente applicabili modificavano il contenuto e i principi di interi settori del diritto penale interno degli Stati membri, provocando problemi applicativi, nonché - a causa delle differenti interpretazioni all'interno dei singoli Stati - problemi di chiarezza e di tassatività del diritto penale. Al tempo stesso, le direttive indirizzavano gli Stati membri a tutelare beni comunitari anche con lo strumento penale e la Corte di Giustizia, affermava che i singoli Stati, pur nella loro discrezionalità, dovevano ricorrere a strumenti caratterizzati da “*effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva*”. In Italia, ad esempio, i giudici spingevano ad una tutela penale dei beni comunitari, chiedendo al giudice costituzionale di ampliare, con interventi additivi, l'area di punibilità di alcune norme penali interne, per includervi beni comunitari¹⁸¹.

Si sono create pertanto molte interferenze tra diritti penali nazionali e normativa sovranazionale, il cui effetto può comportare una limitazione ovvero un'estensione dell'ambito di applicabilità delle fattispecie incriminatrici infrastatali.

Negli ultimi anni, invece, si assiste ad un vero e proprio cambiamento di prospettiva. Vi è chi, pur ribadendo l'incompetenza penale delle Comunità europee, tuttavia riconosce l'incisione costante della normativa comunitaria sul diritto penale interno¹⁸² e considera importanti le iniziative volte all'unificazione, almeno parziale, di settori strategici per la lotta alla criminalità europea¹⁸³. Vi è chi ritiene già esistente un vero e proprio diritto penale comunitario¹⁸⁴. Vi è chi, infine, si sforza di distinguere gli spazi diversi di applicazione della formula diritto penale comunitario, riconoscendo tuttavia che oggi, tale espressione

¹⁸¹ V. le due vicende del caso *Niselli* (Corte giust., 11 novembre 2004, C. 457/02, *Niselli*) e della questione del falso in bilancio (sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi ed altri*, in *Raccolta*, 2005, p. I-3565, punto 74).

¹⁸² V. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, Milano 1999, p. 173 ss.

¹⁸³ V. PICOTTI L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano 1999, p. 152 ss.

¹⁸⁴ V. PALUMBO F., *Studi di diritto penale comunitario*, Milano 1999, p. 11 ss.; RIONDATO S., *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova 1996, p. 10 ss.

comincia ad essere adoperata anche per alludere a qualcosa di già attuale, e affermando che l'esistenza di uno *jus commune criminale* sembra qualcosa di buono per lo stesso diritto penale¹⁸⁵.

Tale cambiamento di prospettiva è significativo, perché, se è vero che, lo spazio chiuso del diritto penale è stato fin dall'inizio profondamente toccato dal diritto comunitario, nessuno potrebbe mettere in dubbio che il riconoscimento della realizzabilità di un diritto penale europeo apparirebbe come una trasformazione profondissima del volto stesso del diritto penale¹⁸⁶. Quest'ultimo, infatti, si collega alla sovranità statale e con la Costituzione, che ne contiene i principi irrinunciabili¹⁸⁷.

Va pure sottolineato che la dottrina del bene giuridico, su cui si fondano le scelte di penalizzazione da parte del legislatore statale, è profondamente legata all'esistenza di una tavola di valori costituzionali che dovrebbe condizionare anche la realizzazione del principio della pena quale *extrema ratio*¹⁸⁸. Infatti, il riferimento al bene giuridico crea una corrispondenza tra i valori della Costituzione e i beni tutelati penalmente, nel senso che il legislatore statale non dovrebbe, ricorrere alla sanzione penale a tutela di beni che non siano al vertice dei valori fondanti dell'ordinamento statale¹⁸⁹.

Il diritto penale moderno nasce con lo Stato e da quest'ultimo riceve legittimazione e principi irrinunciabili¹⁹⁰. Nelle stesse Costituzioni troviamo, nella maggior parte dei casi, il principio di legalità in materia penale, che costituisce il cardine del diritto penale. Vi è chi considera la progressiva erosione dello spazio chiuso del diritto penale da parte del diritto comunitario come un profondo indebolimento dell'art. 25 comma 2 Cost e quindi attenuazione della rigidità

¹⁸⁵ Per queste due espressioni v. BERNARDI A., *I tre volti del diritto penale comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1999, 2, p. 335 e p. 376 ss.

¹⁸⁶ V. RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, cit., p. 5 ss; GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano 1989, p. 5 ss.

¹⁸⁷ V. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., p. 173 ss.

¹⁸⁸ Si veda in particolare, Corte cost., 30 dicembre 1998, n. 456 in *Giur. Cost.*, 1998, p. 3795 ss.

¹⁸⁹ V. D'AMICO M., *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1991, p. 105 ss.; SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 2002, p. 171 ss.

¹⁹⁰ Sul rapporto profondo tra il diritto penale e la società, si veda, in una prospettiva storica, v. WEISSER M. R., *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna 1989, p. 7 ss.

costituzionale¹⁹¹. Siamo di fronte ad un fenomeno emblematico, proprio perché capace di eludere il principio di legalità penale, ritenuto principio fondamentale dell'ordinamento, che potrebbe costituire un controlimito all'ingresso del diritto comunitario.

Nello studio di questo tema, la grande novità, che comporta comunque il superamento della rigida chiusura nei confronti del diritto penale europeo, è costituita da alcune scelte istituzionali e normative¹⁹². La nascita del terzo Pilastro dell'Ue, costituito dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ha contribuito ad una visione europea delle problematiche della giustizia penale, non più appiattite sulle esigenze dei singoli Stati¹⁹³.

Si è cominciato così a crearsi uno spazio penalistico europeo che a poco a poco ha acquistato un'autonomia sempre maggiore che ha comportato l'elaborazione di principi generali della materia, a partire dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sino a giungere alla codificazione di principi della giustizia penale nel Trattato costituzionale e all'attuale Trattato di Lisbona.

Si è sentita sempre di più l'esigenza di giungere a forme di vera e propria unificazione di discipline penali di settore, da individuare in base alla loro rilevanza determinante per l'Unione.

La creazione però di una grammatica penalistica comune sembra ancora difficile poiché presupporrebbe un'amplessissima convergenza a livello sovranazionale di punti di vista politico-valutativi che ancora non è presente nell'Unione.

3.- La profonda influenza sui principi penalistici della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo.

La chiusura di principio sulla possibilità teorica e pratica di un diritto penale europeo, fondata sull'incompetenza penale della Comunità europea, ha per

¹⁹¹ V. VIVIANI-SCHLEIN M.P., *Rigidità costituzionale*, Torino 1997, p. 163 ss.

¹⁹² V. D'AMICO M., *L'introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, p. 119 ss.; D'AMICO M., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in LUCARELLI A. E PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli 2004, p. 191 ss.

¹⁹³ Al proposito v. SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'UE*, cit., p. 1 ss.

lungo tempo messo in ombra la profonda influenza dell'ordinamento comunitario sui sistemi penali interni¹⁹⁴.

E' opportuno sottolineare il rapporto tra il principio monista sostenuto dalla Corte di Giustizia, a cui è correlata l'influenza disapplicatrice sui diritti penali interni e le scelte di penalizzazione degli Stati europei. A tal proposito è significativo osservare che il caso *Simmenthal* -nel quale la Corte di Giustizia chiarisce in via generale le conseguenze dell'applicabilità diretta e della piena efficacia di una disposizione di diritto comunitario incompatibile con una disposizione legislativa di uno Stato membro, sia essa anteriore, contemporanea o successiva, affermando la diretta applicabilità e l'efficacia diretta del diritto comunitario, in tutto i casi, e la competenza di tutti i giudici di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario- ha origine come già ricordato dal contrasto tra un regolamento comunitario ed una norma penale italiana entrata in vigore successivamente al primo¹⁹⁵.

L'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti penali statali è stata rilevante dal punto di vista negativo, e cioè come limitazione del campo di applicazione della legge penale, sempre nel caso di normativa comunitaria direttamente applicabile.

Emergono così problemi di legittimità costituzionale della norma penale interna, a seguito dello scontro con il diritto comunitario sotto il profilo del principio di eguaglianza e di ragionevolezza; in alcuni casi, infatti il diritto comunitario comporterebbe un'irragionevole, discriminazione tra cittadini comunitari ed extracomunitari. Vero è che, spesso, la Corte di Giustizia, ponendo l'accento sull'esistenza di diritti soggettivi scaturenti da norme comunitarie induce la dottrina a qualificare tale impatto come causa di giustificazione, e cioè come esercizio di un diritto, rilevante ai sensi dell'art. 51 c.p.: ma, come ci insegna la giurisprudenza costituzionale, anche le cause di giustificazione debbono essere ragionevoli, non potendo determinare esse stesse discriminazioni arbitrarie a danno di alcuni cittadini.

¹⁹⁴ V. SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2002, p. 171 ss.

¹⁹⁵ V. Corte giust., sent. 9 marzo 1978, c. 106/1977, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss.

Anche in ordine al contenuto della sanzione varie sono le ipotesi di incompatibilità. Si pensi alla misura di espulsione dello straniero, la quale è in conflitto con la normativa comunitaria che disciplina la libertà di soggiorno dei cittadini degli Stati membri¹⁹⁶. L'incompatibilità può altresì generarsi nel momento in cui la sanzione penale intervenga in materie disciplinate dal diritto comunitario o tocchi beni tutelati dallo stesso: in questo caso la previsione della pena statale può ritenersi contraria al diritto comunitario, come ha chiarito la stessa Corte di Giustizia¹⁹⁷, laddove il suo contenuto comporti la negazione del diritto di libertà tutelato a livello comunitario o non rispetti il principio di proporzionalità comportando un eccessivo ostacolo alle libertà riconosciute dal Trattato o quando la sanzione violi il principio di non discriminazione tra Stati comunitari ed extracomunitari.

Importante è stata altresì l'influenza, della giurisprudenza comunitaria sull'incidenza positiva del diritto comunitario, intesa come esigenza che gli Stati membri emanino norme penali interne a tutela di beni o interessi comunitari.

In queste ipotesi lo Stato membro dovrebbe tutelare il bene comunitario con lo strumento penale. In dottrina si è prospettata l'ipotesi che dinanzi ad uno stato inadempiente la comunità dovesse avviare una procedura di infrazione¹⁹⁸. In questi casi, però, almeno sul piano di principio, sul singolo stato incomberebbe l'obbligo di tutelare il bene giuridico ma non quello di tutelarlo penalmente: quindi il principio della pena quale *extrema ratio*, da utilizzare solo quando sia l'unico, e più efficace, mezzo di tutela, varrebbe anche al livello comunitario¹⁹⁹.

La Corte di Giustizia, infatti, inizialmente, sembra negare gli obblighi comunitari di tutela penale affermando che il diritto comunitario “*non impone agli stati membri alcun obbligo preciso per quanto riguarda il regime di controllo e sanzionatorio. Gli Stati membri sono infatti tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 189, terzo comma, del Trattato, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive*”²⁰⁰.

¹⁹⁶ V. Corte giust. 14/07/1977, causa 8/77, *Sauglo* e altri, in *Raccolta*, 1977, p. 1495 ss.

¹⁹⁷ V. Corte giust. 52/77, *Cayrol*, in *Raccolta*, 1977, p. 2261 ss.

¹⁹⁸ V. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., p. 173 ss.

¹⁹⁹ V. SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale*, cit., p. 171 ss.

²⁰⁰ V. Corte giust., 12/09/1996 c. 58/95, *Gallotti*, in *Raccolta*, 1996, p. 4345 ss.

Nel corso degli anni, la Corte di Giustizia ha fornito un significato diverso al rapporto tra diritto comunitario e ordinamento penale statale, anticipando le novità riguardanti il diritto penale europeo. La Corte aveva ritenuto che il principio di fedeltà comunitaria *ex art. 5 TCE*, avesse un'incidenza ridotta sul diritto sanzionatorio degli Stati membri non comportando un obbligo da parte degli Stati membri di introdurre sanzioni di tipo penale²⁰¹. Nel 1989, invece, la Corte adotta un'interpretazione più rigorosa del principio in questione, sviluppandolo in due sottoprincipi, quello di proporzionalità e quello di assimilazione²⁰². In entrambi i casi si delinea un'incidenza più netta dell'ordinamento comunitario sulle scelte di penalizzazione degli Stati membri. In base al principio di proporzionalità, infatti, le violazioni del diritto comunitario devono essere punite con sanzioni effettive, proporzionate al fatto e dissuasive nei casi più gravi, sembra dunque che tali sanzioni debbono essere soltanto penali. In base al principio di assimilazione, invece, i singoli stati dovrebbero prevedere per le violazioni del diritto comunitario sanzioni analoghe a quelle vigenti per le violazioni del diritto interno e anche in questo caso, per le ipotesi più gravi, tali sanzioni dovrebbero necessariamente avere natura penale²⁰³. In particolare, la Corte di Giustizia, ha affermato che lo stesso legislatore comunitario può *“adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri allorché l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro le violazioni gravi delle disposizioni contenute nei suddetti provvedimenti”*²⁰⁴.

A questa prospettiva di ravvicinamento influiva altresì la giurisprudenza di Strasburgo con una spinta nel senso di una sempre maggiore osmosi e armonizzazione tra giurisprudenze nazionali anche costituzionali e giurisprudenze sopranazionali nel campo dei diritti fondamentali. Da un lato gli standard elaborati a livello europeo vincolano di fatto le giurisprudenze nazionali, dall'altro queste

²⁰¹ V. Corte giust., 10/04/1984, c.18/83, *Von Colon*, in *Raccolta*, 1984, p.1908 ss.

²⁰² V. Corte giust., 21/09/1989, c. 68/88, *Mais greco*, in *Raccolta*, 1989, p. 1989 ss.

²⁰³ V. Corte giust., 13/09/2005, c. 176/03, *Commissione CE c. Consiglio UE*, in *Raccolta 2005*, p. 1930 ss.

²⁰⁴ V. Corte giust., 21/09/1989, c. 68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1989, 2965 ss.

concorrono continuamente alla definizione di quegli stessi standard europei, in un processo di tipo circolare.

Il tipo di approccio adottato dalla Corte, rispetto ad esempio a questioni cruciali come quelle della definizione concettuale della materia penale o della portata garantistica del principio di legalità, manifesta la tendenza ad una progressiva omogeneizzazione degli ordinamenti penali nazionali nel pieno rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

Nell'affrontare poi specifici problemi di compatibilità tra i diritti riconosciuti dalla CEDU e istituti o figure di reato sospettati di contraddirli, la Corte ha contribuito a favorire l'eliminazione dai singoli sistemi nazionali di discipline contrastanti con l'esercizio di diritti fondamentali²⁰⁵.

Un atteggiamento di maggiore *self-restraint* la Corte di Strasburgo ha, invece, tenuto nell'affrontare questioni connotate da elevata complessità, essendo in gioco visioni diverse circa la tutela della dignità dell'essere umano e, di conseguenza, in presenza di discipline normative nazionali differenti²⁰⁶. I giudici si sono mostrati in proposito cauti e prudenti allo scopo, in sé comprensibile, di evitare che una loro eventuale presa di posizione di segno eccessivamente aperturista potesse creare scompiglio nell'opinione pubblica europea e nella realtà degli ordinamenti nazionali, ancora orientati in senso proibizionistico.

4.- Cooperazione penale e tutela dei diritti fondamentali nei rapporti tra diritto europeo e diritto statale.

In una prospettiva giuridica a metà strada tra l'assetto presente e quello futuro dell'UE, è opportuno dedicare alcune riflessioni al tema del rispetto dei diritti fondamentali e del superamento della sovranità parlamentare cui si assiste per effetto della partecipazione dell'Italia all'UE anche nel settore della cooperazione giudiziaria penale²⁰⁷.

²⁰⁵ Si pensi, alla delegittimazione delle pene corporali, al ridimensionamento delle immunità, all'umanizzazione del trattamento dei detenuti, all'abolizione dell'impunità della violenza sessuale del marito ai danni della moglie ecc.

²⁰⁶ Si pensi ai casi emblematici dell'aborto e dell'eutanasia.

²⁰⁷ Sul tema v. JURGEN SCHWARZE, "Le Traité de Lisbonne", cit., pag. 281 ss; MANGIAMELI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano,

Riguardo al primo tema interessa sottolineare due aspetti. Il primo è che il rispetto di certi principi fondamentali del diritto statale diventa talvolta un limite all'incidenza del diritto della cooperazione penale negli ordinamenti degli stati membri sulla base dello stesso diritto europeo. Il secondo attiene al fatto che alcuni dei principi fondamentali coinvolti sono presenti sia nel diritto statale sia in quello dell'Unione, operando da limiti all'incidenza del diritto europeo sotto una duplice veste.

Il primo profilo emerge da due fattori. Innanzitutto, il limite all'interpretazione conforme rappresentato dal divieto di interpretazione *contra legem* impedisce che, per raggiungere un risultato indicato da una decisione quadro (e lo stesso sarà in futuro per le direttive), si dia luogo all'applicazione di una norma contrastante con la Costituzione. In secondo luogo, il rispetto di certi principi fondamentali degli ordinamenti statali è garantito nel testo di molte decisioni quadro. Secondo tale clausola generale la disciplina stabilita in questi atti non impedisce che gli Stati membri applichino le proprie norme costituzionali sul giusto processo. La suddetta clausola sembra legittimare la mancata attuazione da parte dello Stato delle disposizioni delle decisioni quadro che pregiudichino i principi costituzionali indicati. Oltretutto introduce un limite all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in senso conforme alle decisioni quadro. Ne consegue che, in corrispondenza dei suddetti principi costituzionali degli Stati membri, l'incidenza del diritto europeo sul diritto statale incontra limiti riconducibili in ultima analisi al diritto europeo stesso.

2007, 555 ss; RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali* cit., 85-92; VILLANI U., *I diritti fondamentali* cit., p. 1178 ss.; MILITELLO V., *I diritti fondamentali* cit., p. 706 ss; LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 1009-10012; PAGANO E., *Sui rapporti tra la Carta* cit., p. 43 ss; CARETTI P., *La tutela dei diritti fondamentali* cit., p. 375 ss. D'AMICO M., Art. 49, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001, p. 334 ss. Sul tema della CEDU, v. BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino 2007; RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli-Roma, 2006, 295 ss.; Chiavario M., *Sub art. 6-* BERNARDI A., *Sub art. 7*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, a cura di Bartole S., Conforti B., Raimondi G., Padova 2001, 297 ss.; TRECHSEL, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1997, 231-237.

Riguardo al secondo profilo, occorre anzitutto evidenziare che alla base di alcuni importanti limiti al superamento, da parte del diritto europeo, di norme interne contrastanti ci sono principi fondamentali dello stesso diritto europeo, come ad esempio il principio di certezza del diritto e di irretroattività.

In merito a principi importanti si assiste in realtà ad un processo di assimilazione tra diritto europeo e diritto degli Stati membri. Da un lato, i principi filtrano dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo, dove acquistano il rango di principi fondamentali sovraordinati al diritto derivato, poiché appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e sono inoltre sanciti dalla CEDU, alla quale tutti gli Stati membri sono vincolati sotto il duplice profilo delle norme sostanziali e dell'accertamento delle loro violazioni.

In conclusione, la salvaguardia dei diritti e dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale costituisce una barriera all'entrata del diritto europeo negli ordinamenti statali. In parte è lo stesso diritto europeo che, nella cooperazione giudiziaria penale consente in presenza di tali diritti e principi le resistenze degli ordinamenti statali alla propria espansione; in parte, nel settore dei diritti e delle libertà fondamentali ordinamento europeo e ordinamenti statali si permeano a vicenda indebolendo dall'interno la barriera in questione.

5.- Le tecniche di “*federalismo strisciante*” adottate dalle istituzioni comunitarie.

L'esistenza o meno di un diritto penale europeo costituisce la cartina al tornasole dello stato effettivo dell'integrazione europea: una Unione federale di Stati presuppone un catalogo comune di reati dello stato federale, mentre l'inesistenza di uno spazio penale europeo, con un diritto penale proprio di ogni singolo stato, costituirebbe la prova di un deficit di integrazione, essendo frutto della mancanza di valori europei comuni da presidiare con lo strumento penale.

Un'altra riflessione spetta al problema del superamento *de facto* della sovranità dei parlamenti nazionali che si registra in questo settore dell'UE. Tale superamento in questa materia è particolarmente problematico a causa dell'incidenza sulle libertà individuali del diritto e della procedura penale e del

ruolo di garante di tali libertà appartenente al Parlamento²⁰⁸. La reazione a un tale fenomeno è di preoccupazione e diffidenza nei confronti dell'intensificarsi dell'integrazione europea.

Il problema ne racchiude in verità due tra loro distinti anche se connessi, in particolare modo per gli Stati, come il nostro, che hanno una forma di governo parlamentare. Si tratta da un lato del problema del rispetto del principio democratico nei processi di formazione riguardanti il diritto e la procedura penale e dall'altro di quello della sovranità nazionale.

Il Trattato di Lisbona contiene delle novità sui suddetti aspetti. Per il primo profilo si ha il potenziamento del Parlamento europeo quale colegislatore nel settore della cooperazione penale con l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria.

Per ambedue i profili è inoltre importante l'istituzionalizzazione del ruolo dei Parlamenti nazionali nella procedura di formazione degli atti compensando così quello sempre più ridotto che essi hanno nella fase discendente.

Tali soluzioni esprimono lo sforzo degli Stati di risolvere in comune problemi cruciali per l'integrazione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale.

Il significato del principio di sussidiarietà non si esaurisce tuttavia nel circoscrivere le rispettive sfere di competenza tra l'Unione e gli Stati membri, nel qual caso, consistendo il problema nell'escludere una più estesa competenza dell'Unione nelle materie della decisione quadro, l'indagine si esaurirebbe con la consueta osservazione secondo cui il diritto penale e processuale appartengono al nucleo duro della sovranità statale. Esso invece, inteso come principio costituzionale comune europeo esprime anche una precisa opzione assiologia per la socializzazione e per la democratizzazione del potere. Ciò comporta, nella valorizzazione del profilo discendente del principio stesso, l'istituzione di raccordi tra i vari livelli di governo e l'attivazione di meccanismi procedurali che assicurino la partecipazione dei cittadini alla scelte politiche.

²⁰⁸ V. PISTOIA E., *Diritti fondamentali e cooperazione penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino 2004, p. 332 ss.

Il principio di sussidiarietà richiederebbe invece che, pur venendo le scelte in materia di cooperazione penale transfrontaliera adottate a livello dell'Unione, i risvolti penali sostanziali della relativa disciplina siano sottoposti ad un dibattito pubblico, che sia il più esaustivo possibile e che assicuri la partecipazione dei soggetti che saranno poi i destinatari delle norme.

Poiché le culture giuridiche hanno sviluppato, accanto a valutazioni uniformi anche giudizi di valore non convergenti in ordine alla gravità sociale e quindi alla punibilità di alcuni comportamenti e soprattutto delle rispettive pene, il principio di sussidiarietà consentirebbe, anche attraverso il ricorso al principio di proporzionalità, di porre dei limiti all'omogeneizzazione delle normative penali indotta dal diritto -anche processuale- dell'Unione, attraverso scelte che coinvolgono le sfere pubbliche nazionali ed i rispettivi organi rappresentativi, non meno che il parlamento europeo.

Se, da un punto di vista concettuale, l'impiego nel contesto europeo del paradigma della sussidiarietà, che presuppone una concezione organica e relativamente omogenea del corpo sociale, sembra incontrare un limite nella conflittualità propria di quest'ultimo, la percorribilità empirica di questa via è testimoniata dalle importanti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, volte ad accrescere, da un lato, il ruolo del Parlamento europeo e, dall'altro, le funzioni di partecipazione e controllo dei parlamenti nazionali.

Prescindendo dalla singola normativa che potrebbe non rispecchiare il modello, si può affermare che la previsione di questo intreccio di poteri tra autorità e corpi diversi, situati a livelli di governo statali e sovranazionali differenti, sia capace in astratto di assicurare il rispetto del principio di legalità.

Si può dunque anche aggiungere che la disciplina giuridica dalla quale scaturisce l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento a uno specifico settore dell'ambito di cooperazione dell'Unione risulta dall'apporto di istituzioni rappresentative di tutti gli attori politici presenti nell'Unione, nonché di forze nazionali ed europee rappresentative della società civile, che danno il proprio apporto all'assetto democratico dell'Unione stessa sia nella fase della formazione dell'atto, che nella fase della sua esecuzione nell'ordinamento interno del singolo stato membro.

Invero, si sono manifestati fenomeni che chiameremo di federalismo strisciante²⁰⁹, nel senso dell'introduzione di elementi di federalismo sostanziale in un contesto caratterizzato dalla permanenza di Stati sovrani e, quindi assolutamente incompatibile con strutture federali e con una costituzione formale a livello centrale.

Tale tentativo ha avuto risultati positivi in aree in cui non erano in gioco diritti inalienabili degli individui garantiti a livello costituzionale interno. In questi casi l'applicazione del mutuo riconoscimento ha portato all'armonizzazione delle legislazioni a livello di quella, tra le legislazioni degli Stati membri, che si presentava come la più liberale, per evitare i fenomeni di discriminazione alla rovescia che si sarebbero altrimenti verificati.

In altri casi, invece, come è avvenuto nel settore della cooperazione giudiziaria penale, si è dato spazio al tentativo di introdurre elementi di federalismo sostanziale in un contesto, come quello dell'Unione europea, nel quale non esiste, invece, un contenitore costituzionale che tali sviluppi avrebbe pienamente legittimato. Si è seguito, quindi, un procedimento inverso: invece di creare prima il contenitore federale e procedere, poi, a creare una tutela uniforme a livello federale per i diritti inalienabili degli individui, nell'impossibilità di realizzare una struttura federale si è legiferato in tema di diritti come se tale struttura ci fosse²¹⁰. E' indubbio, infatti, che, ad esempio, il mandato d'arresto, come concepito dal legislatore comunitario, non creerebbe alcun problema nell'ambito di una struttura costituzionale di uno Stato federale.

Ne è risultata un'invasione da parte di norme comunitarie, di matrice essenzialmente internazionalistica, in aree che non possono che essere di esclusivo dominio interno, quali quelle incidenti sulla tutela concreta di diritti inalienabili degli individui. In relazione a tali diritti, infatti, l'ordinamento costituzionale interno offre un sistema strutturato di garanzie che non è

²⁰⁹ Sul "federalismo strisciante" v. RINOLDI D., Lo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", in U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale.- Il diritto sostanziale*, 2 ed., Milano 2003, p. 257 ss ; DRAETTA U., *La società europea e il "federalismo strisciante" del diritto comunitario*, in DRAETTA U. e POCAR F. (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano 2002, p. 1 ss.

²¹⁰ V. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 75 ss.

rinunziabile o comprimibile, né tantomeno riproducibile in un contesto retto ancora dal diritto internazionale e dai rapporti tra quest'ultimo e i diritti interni. Di conseguenza, tali norme comunitarie si concretano in un inaccettabile affievolimento della tutela di tali diritti e si pongono in una situazione di potenziale incostituzionalità secondo gli ordinamenti di più di uno Stato membro, come è già avvenuto in tema di mandato d'arresto europeo.

E' chiaro che la soluzione migliore avrebbe dovuto essere preventiva e consistere nell'autolimitazione dell'ordinamento comunitario. Il legislatore comunitario, in altri termini, cosciente del fatto che esso non opera in un contesto costituzionale, ma in un contesto ancora retto dal diritto internazionale avrebbe dovuto astenersi dal porre norme che si potessero porre in conflitto con i diritti inalienabili della persona umana garantiti a livello costituzionale negli ordinamenti interni.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI LEGALITA' PENALE E LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE

1.- Il principio di legalità in materia penale.

Negli ordinamenti costituzionale italiano il principio di legalità si manifesta come principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen nulla poena sine lege*). Tale principio considera necessario il ruolo dell'istituzione parlamentare nell'adozione della norma penale sostanziale e processuale. Invero, tale istituzione, rappresentativa dell'intera comunità nazionale, è l'unica in grado di assicurare il rispetto della sua identità, massimamente riflessa nel diritto penale.

Il principio di legalità in materia penale va di pari passo con la questione della legalità democratica dell'ordinamento: infatti riguarda, da un lato, il procedimento di formulazione della norma²¹¹, dall'altro, la qualità della norma stessa affinché il principio non sia solo formale, ma collegato alle garanzie costituzionali²¹². Infine tale principio si estende alla protezione giudiziaria dei diritti garantiti, alle vie di controllo sulla legalità dell'attività normativa e alle modalità della sua esecuzione²¹³.

Tuttavia, la trasposizione nell'ordinamento dell'Unione europea del principio di legalità così come concepito nella tradizione del costituzionalismo moderno richiede grande cautela, dovuta all'impiego di una categoria concettuale creata a misura dello Stato in un diverso contesto istituzionale. Oltretutto, occorre considerare che tale principio è stato frutto di esigenze ben diverse da quelle

²¹¹ Infatti, in particolare per gli ordinamenti di *civil law*, il principio di legalità richiede il massimo della formalizzazione, manifestandosi tramite la riserva di legge assoluta: così PISTOIA E., *Diritti fondamentali e cooperazione penale tra Stati membri dell'Unione europea*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino 2004, p. 332 ss.

²¹² V. GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, p. 85 ss.

²¹³ Sulla questione nel suo complesso v. CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.

attuali²¹⁴ e funzionava nel suo originario contesto con modalità differenti da quelle oggi richieste dal suo inserimento nell'ordinamento europeo²¹⁵.

A tal proposito si rilevano diversi problemi. Il primo riguarda la portata giuridica, ovvero meramente politica delle norme alle quali il principio di legalità si riallaccia nell'ordinamento europeo; il secondo è inerente alla democraticità o meno del procedimento di formazione della norma europea; il terzo è relativo alle caratteristiche intrinseche della normativa dell'Unione in materia penale; infine il problema della tutela giurisdizionale del singolo raggiunto dall'atto normativo dell'Unione che coinvolge la sua sfera di diritti e libertà fondamentali.

2.- Il principio di legalità nell'Unione europea.

La visione della materia penale come massima espressione della sovranità statale deve ormai fare i conti con la dimensione europea del principio di legalità.

Tale principio è accolto nell'Unione tramite l'art. 6 del TUE e l'art. 49 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea.

La prima disposizione dichiara che l'Unione si fonda sui principi dello stato di diritto tra cui quello di legalità²¹⁶. Tale principio diventa, dunque, fonte non scritta dell'ordinamento dell'Unione, in quanto principio comune agli ordinamenti degli Stati membri²¹⁷ e accolto dalle carte internazionali relative alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno aderito²¹⁸. Esso è anche principio generale del diritto dell'Unione, il cui rispetto è garantito dall'art. 6 Trattato UE: la disposizione in oggetto, in quanto norma convenzionale, è in grado di vincolare al suo rispetto sia le istituzioni dell'Unione sia le autorità degli Stati membri nell'attuazione del diritto da essa adottato.

²¹⁴ V. HONORATI C., *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2006.

²¹⁵ V. D'AMICO M., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in LUCARELLI A. E PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli 2004, p. 191 ss.

²¹⁶ V. GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.; GRASSO G., *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998, p. 3 ss.

²¹⁷ Sul punto v. R. TREVES, *Considerazioni sullo stato di diritto*, in *Studi Crosa*, Milano 1960, II, p. 1589 ss.

²¹⁸ Così, Corte giust., 27 giugno 2006, c. 540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 35. E' necessario sottolineare però che il principio di legalità non ha contenuti coincidenti da carta a carta: per uno sviluppo di tale questione v. BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 743 ss.

La Corte di giustizia delle Comunità ha provveduto nel tempo a rilevare la vigenza del principio di legalità nell'ordinamento comunitario, articolandone variamente la tutela²¹⁹. Tuttavia l'art. 6 Trattato UE è reputato²²⁰, troppo vago, dal momento che tale disposizione, da una parte, non è in grado di fornire punti di riferimento normativi capaci di garantire il livello di tutela assicurato all'individuo nei propri ordinamenti nazionali; da un'altra, ha una concretizzazione anche molto diversa nei singoli sistemi giuridici degli Stati membri²²¹.

Il rimedio a questa indeterminatezza potrebbe essere l'art. 49 della Carta di Nizza sorretto dall'esistenza di un parallelo principio generale del diritto dell'Unione²²². Il collegamento che così si determina tra l'art. 49 della Carta di Nizza e l'art. 6 del Trattato dell'Unione è in grado di generare due effetti positivi: da una parte quel principio assai generale espresso dalla seconda delle disposizioni richiamate viene ad assumere contenuti concreti grazie all'art. 49; da un'altra parte, la valenza costituzionale di tale principio generale è in grado di trasmettersi alla Carta di Nizza e al suo art. 49, collegando quest'ultimo a un parametro costituzionale e assolvendo, in definitiva, a quella stessa funzione che la costituzione rigida ricopre negli ordinamenti costituzionali²²³.

Esistono altresì dei principi comuni della materia penale introdotti e approfonditi dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella sua competenza a giudicare *ex art. 7 CEDU*²²⁴. Quest'ultimo, esprime il principio di legalità dei reati e delle pene che la Corte europea ha concretizzato nella sua giurisprudenza con affermazioni importanti che creano un contesto europeo che fa da sfondo

²¹⁹ V. in particolare la sentenza Corte giust., 3 maggio 2005 cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, punti 46 ss.; nonché la sentenza Trib. Primo grado, 22 dicembre 2005, c. T-146/04, *Gorostiaga Atxalandabaso*, punto 141; in argomento v. GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.; GRASSO G., *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998, p. 3 ss.

²²⁰ V. sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (tedesco) del 18 luglio 2005.

²²¹ In argomento v. CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.

²²² V. RINOLDI D., Lo "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia", cit., p. 257 ss.

²²³ V. CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.

²²⁴ Su questi principi e sull'art. 7 Cedu v. BERNARDI A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 249 ss.

anche alle scelte normative più recenti della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona²²⁵.

Nello specifico, la Corte EDU approfondisce il proprio giudizio sulla qualità e sulla natura della norma penale²²⁶. La Corte richiede che la qualità della norma sia tale da garantire in ogni caso la chiarezza del precetto penale²²⁷. E' insistente, da parte della Corte, la richiesta di tutelare la libertà del cittadino, che, come ha evidenziato lo stesso giudice costituzionale italiano in occasione della decisione in tema di *ignorantia legis*²²⁸, “*deve poter disporre di informazioni sufficienti sulle norme giuridiche applicabili al caso e deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato*”²²⁹.

Al tempo stesso, nella sua giurisprudenza, la Corte EDU approfondisce le proprie valutazioni sul ruolo spettante al giudice, che deve, da un lato, avere a propria disposizione norme vincolanti, che non lo rendano arbitro di determinare il confine tra lecito e illecito²³⁰, dall'altro lato, però, deve godere di un potere interpretativo che gli consenta di adattare la singola norma alle esigenze e alle trasformazioni della società, senza diventarne creatore²³¹.

In merito alla natura della norma penale, la Corte EDU è senz'altro meno esigente poiché gli stessi Stati compiono scelte molto diverse sulla penalizzazione e, soprattutto, sulla qualifica delle fonti come penali²³². La costante preoccupazione della Corte EDU è quella di garantire, insieme alla libertà degli Stati di qualificare e di scegliere le proprie fonti, la sua libertà di qualificare le stessi fonti: in altre parole, si giunge in alcuni casi ad una riqualificazione da parte

²²⁵ Per una ricostruzione sul punto, v. D'AMICO M., *L'introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, p. 119 ss.

²²⁶ V. ad esempio, sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, par. 52.

²²⁷ V. Commissione, dec. 7 maggio 1982, *Ltd e Y c. Regno Unito*, D. R. 28, 86.

²²⁸ V. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 1510 ss.

²²⁹ V. Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, Serie A, n. 30, par. 49.

²³⁰ I giudici di Strasburgo affermano inoltre che l'unica interpretazione ragionevole in materia penale sia quella restrittiva: v. sul punto Corte EDU 25 maggio 1993, *Kokkinas c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, par. 52.

²³¹ V. Commissione, dec. 7 maggio 1982, *Ltd e Y c. Regno Unito*, D. R. 28, 86.

²³² Sul punto v. D'AMICO M., *L'introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, p. 119 ss.

del giudice europeo di norme penali. E' come se la Corte EDU portasse ad emersione un sistema penale autonomo rispetto alle scelte formali dei singoli Stati, fondato su valutazioni sostanziali. L'importanza di questa operazione giurisprudenziale potrebbe farci concludere che un sistema penale europeo esiste già, ed è quello risultante dalle valutazioni della Corte EDU sulla natura delle norme, solo in parte coincidenti con quelle dei singoli legislatori statali. Applicando i propri standard in ordine al grado di afflittività e di punitività della norma, ad esempio, la Corte EDU ritiene che la confisca abbia natura penale e che debbano essere qualificate come penali anche alcune modalità di esecuzione della pena o delle misure di sicurezza²³³. Così operando la Corte, nel massimo rispetto formale dell'autonomia dei singoli Stati quanto alla determinazione del proprio sistema penale, interviene di fatto nelle scelte di penalizzazione statali, determinando un assetto europeo indipendente.

3.- Principio di legalità e riserva di diritto.

Riguardo al procedimento democratico di formazione della norma europea, la questione si pone a causa dell'assenza nell'UE di principi e prescrizioni incontrovertibili sui caratteri delle fonti normative sia dell'Unione che degli stati membri. La Carta stabilisce, infatti, non tanto la riserva di legge in senso proprio, quanto la riserva di diritto.

Al fine di valutare se, nonostante ciò, il principio di legalità possa dirsi ugualmente rispettato, la questione deve essere affrontata, avendo presente che la cooperazione penale europea è un fenomeno di ampia portata, non più ridimensionabile e strutturalmente collegato all'integrazione europea. Occorre cioè tener conto della perdita da parte dello stato del monopolio della funzione normativa in campo penale a vantaggio di attori sovranazionali in gran parte deficitari sul fronte della legittimità democratica perché principalmente emanazione degli esecutivi nazionali. Si tratta di un fenomeno ormai imponente nel contesto giuridico europeo, definito pluralismo ordinato²³⁴ delle fonti penali. E' un fenomeno che obbliga a rivisitare il principio di legalità, per attualizzarlo in

²³³ V. Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, Serie A, n. 307-A, par. 27.

²³⁴ Sul punto rinvio alle considerazioni svolte a proposito della normativa comunitaria adottata in materia da PARISIN., *I diritti fondamentali nell'Unione europea* cit.

modo tale che possa continuare ad esercitare la propria funzione garantista, pur in un contesto giuridico segnato da profonde modificazioni istituzionali.

Il principio del mutuo riconoscimento potrebbe ora ben prestarsi a questa rivisitazione per due motivi. Il primo è di ordine quantitativo: il mutuo riconoscimento è, infatti, ormai accolto nella normativa europea in materia di cooperazione giudiziaria penale. In secondo luogo dal punto di vista sostanziale esso è trasfuso in atti (le decisioni quadro e ora le direttive) che non essendo applicabili direttamente negli ordinamenti interni degli Stati membri necessitano dell'intervento normativo del legislatore nazionale ai fini della loro applicazione.

Il funzionamento per l'adozione degli atti normativi dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa e si articola sul coordinamento di più istanze, portatrici di interessi diversi ma complementari: il Consiglio dell'Unione, quale sede di rappresentanza degli interessi dei singoli Stati membri; il Parlamento europeo, quale sede di rappresentanza degli interessi dei cittadini degli Stati membri²³⁵; affiancato e coadiuvato dai parlamenti nazionali²³⁶.

Occorre infine considerare nel nostro ordinamento nazionale sono stati predisposti dei meccanismi per far partecipare i parlamenti nazionali e le varie articolazioni in cui si esprime la società civile nazionale non soltanto alla fase discendente (quella relativa all'esecuzione), ma anche alla fase ascendente (quella relativa alla formazione) degli atti normativi dell'Unione²³⁷.

Ne consegue un'accentuazione del processo di democratizzazione dell'Unione mediante l'integrazione tra norme nazionali e sovranazionali²³⁸.

Si fa avanti l'idea che il modello di Stato costituzionale non sia il solo in grado di realizzare e garantire il rispetto del principio di democrazia accogliendo così un'impostazione secondo la quale l'Unione non deve essere considerata un fenomeno la cui evoluzione debba essere indirizzata verso una forma statale, ma deve essere valutata come forma giuridica *sui generis* di organizzazione di pubblici poteri, dotata di propri criteri di legittimazione democratica.

²³⁵ Protocollo (n. 1) sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea, allegato al Trattato.

²³⁶ Artt. 34 e 38 Trattato UE.

²³⁷ Per l'ordinamento italiano v. la l. 25 gennaio 2006, n. 29 (c.d. legge Buttiglione, che ha sostituito la legge La Pergola, 86/1989).

²³⁸ Sul punto v. NAPOLITANO G., *Democrazia sovranazionale*, in PACIOTTI E. (a cura di), *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Roma 2003, p. 65 ss.

In conclusione, la garanzia della legalità della normativa penale, che si origina nell'ordinamento dell'Unione e che viene applicata dentro gli ordinamenti nazionali, è assicurata dalla collaborazione reciproca del governo dell'Unione e di quelli dei singoli Stati membri. Il primo livello è, infatti, chiamato ad individuare le norme di principio, con l'apporto dell'istanza parlamentare e della società civile; il secondo è incaricato di dare adempimento alle norme di principio così stabilite, prevedendosi sempre l'intervento dell'istanza rappresentativa dei cittadini e utilizzando un certo margine di discrezionalità, in quanto esse sono strumenti di armonizzazione e non di uniformità normativa. Ambedue gli ambiti sono, comunque, legati al rispetto tanto dei principi costituzionali del singolo ordinamento nazionale, che esegue, quanto dei principi dell'Unione²³⁹, in funzione dell'obiettivo da realizzare congiuntamente della cooperazione giudiziaria penale in Europa. Come si comprende in questo intreccio di poteri e competenze, il criterio di sussidiarietà riveste un ruolo centrale di garanzia del principio di legalità²⁴⁰.

4.- Corte costituzionale italiana e principio di legalità in materia penale.

La giurisprudenza della Corte costituzionale sui principi penali mostra l'aspirazione del Giudice costituzionale a rimanere fedele ad un'impostazione classica del principio di legalità penale, pur nella consapevolezza delle sue profonde trasformazioni²⁴¹.

In Italia la riserva di legge di cui all'art. 25, comma, 2, Cost. è stata interpretata, anche da parte del giudice costituzionale, come riserva di fonte e non

²³⁹ Sulla circolazione dei valori di portata costituzionale v. ZAGREBELSKY G., *Costituzione. Che principi sempre più globali*, in *Corsera*, 21 aprile 2006, pp. 1 e 44-45; sul ruolo privilegiato che ricopre a questo fine il dialogo intessuto tra le Corti Costituzionali nazionali e le Corti internazionali e la Corte europea v. TIZZANO A., *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 389 ss.

²⁴⁰ Art. 2 Trattato UE e 5.2 Trattato CE. La centralità del criterio di sussidiarietà in materia di applicazione del principio del mutuo riconoscimento ben emerge da taluni documenti della Commissione europea (*Libro verde sulle garanzie procedurali*, punto 1.12), dal contenuto delle decisioni quadro che applicano tale principio (v. ad esempio il 12 ° considerando della decisione quadro sul MAE), nonché dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 18 luglio 2005 sulla stessa decisione quadro, laddove stigmatizza la pigrizia del legislatore nazionale responsabile di non aver utilizzato il margine di apprezzamento consentitogli dal legislatore europeo al fine di disporre norme di dettaglio utili a preservare i diritti fondamentali della persona.

²⁴¹ V. CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.

di organo: ciò ha consentito l'adozione di atti aventi forza di legge nelle scelte di politica criminale²⁴².

Tale passaggio, però, modifica profondamente il significato del principio: solo la riserva all'organo Parlamento avrebbe comportato la totale riaffermazione del principio, mentre l'interpretazione quale riserva di fonte, consentendo l'ingresso di norme penali di provenienza governativa, viola l'esigenza che la fonte sia rappresentativa.

Alcune riserve di legge, e prima di tutto quella in materia penale, cambiano, se le si intende come riserve di fonte e non di organo: vero è che per gli atti aventi forza di legge il Parlamento interviene sempre, prima o dopo l'emanazione dell'atto governativo, tuttavia quest'ultimo è espressione della sola maggioranza, mentre il procedimento legislativo prevede la partecipazione e il confronto tra maggioranza e opposizione; inoltre, la fonte di natura governativa non è mai sottoposta ad un procedimento pubblico, come quello cui è soggetta la legge formale. Infine, alcune caratteristiche degli atti con forza di legge si scontrano con i principi della materia penale: si pensi ai caratteri di necessità e urgenza dei decreti-legge, incompatibili con il principio del diritto penale come *extrema ratio*, principio che richiede approfondimento nelle scelte di penalizzazione; si pensi anche alle recenti prassi dei decreti legislativi integrativi e correttivi che nella materia penale creano incertezza e confusione sulle norme applicabili.

La giurisprudenza costituzionale è centrale anche nel riconoscimento e nell'applicazione concreta del principio di determinatezza in materia penale, ed è, responsabile anche della sua profonda trasformazione, attraverso l'apertura all'inevitabile ruolo del giudice, in sede interpretativa, nel valutare pienamente l'area di punibilità della norma²⁴³.

Si può dunque constatare che l'interpretazione classica e rigorosa del principio di legalità penale da parte della Corte costituzionale varrebbe soprattutto nei confronti del *self restraint* che la Corte applica in relazione alla possibilità di

²⁴² Tra gli autori che disapprovano l'adozione di atti aventi forza di legge in materia penale, v. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, III ed., Zanichelli, 2002 p. 65 ss.

²⁴³ V. D'AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 33 ss.

emanare decisioni additive *in malam partem*. La Corte costituzionale scinde l'ammissibilità del sindacato su norma penale di favore dalla modifica *in malam partem*²⁴⁴. In questo caso non si chiedeva di estendere formalmente una fattispecie punitiva ad ipotesi non contemplate, ma si voleva in qualche modo ripristinare la situazione precedente, nella quale il comportamento era punito penalmente, ritenendo incostituzionale la normativa depenalizzatrice. La Corte, anziché far leva sull'irretroattività di una pronuncia sfavorevole, sceglie l'inammissibilità in quanto la creazione di reati e pene spetta al legislatore: quindi il fondamento della ragione dell'inammissibilità da processuale diventa sostanziale.

Il mutamento risulta evidente nella giurisprudenza successiva, dove, nelle ipotesi di richiesta di additiva *in malam partem*, cioè di modifica o di ampliamento della fattispecie delittuosa, non si farà più riferimento al principio di irretroattività, bensì a quello di legalità ex art. 25 comma 2 Cost. Si tratta di richieste molto eterogenee da parte dei giudici, alle quali la Corte risponde sempre con l'inammissibilità. In tanti casi c'è una richiesta di ampliamento analogico, trattandosi di questioni, fondate su una concezione rigida del principio di uguaglianza, in base alla quale si pretende una estensione della fattispecie penale a ipotesi non contemplate da parte della Corte.

In relazione a beni ritenuti fondamentali, i giudici vorrebbero far colmare alla Corte costituzionale gli spazi lasciati vuoti dalla norma penale, nella convinzione dell'esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale: ciò è evidente soprattutto nei casi in cui la Corte qualifica lacunosa la disciplina²⁴⁵. In questi casi, talvolta la Corte, oltre a richiamare il principio di legalità penale contenuto nell'art. 25 comma 2 Cost., rinvia anche al rispetto della discrezionalità legislativa come limite ad interventi additivi²⁴⁶.

A fronte dell'inammissibilità di decisioni additive *in malam partem* la Corte costituzionale ha invece adottato in vari casi decisioni manipolative formalmente riduttive, ma sostanzialmente modificative della fattispecie penale. In tutti questi casi la Corte costituzionale ha ritenuto che il principio di legalità fosse rispettato dal fatto che la decisione risultava riduttiva dello spazio di

²⁴⁴ V. Corte cost., 25 giugno 1981, n. 108, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 908 ss.

²⁴⁵ V. Corte cost., 3 dicembre 1984, n. 276, in *Giur. Cost.*, 1984, p. 2080 ss.

²⁴⁶ V. Corte cost., 27 febbraio 2002, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 978 ss.

punibilità. Ciò non può essere condiviso, dal momento che dalle operazioni di dettaglio e di aggiustamento della Corte nascono norme nuove.

E' del tutto evidente che una scelta sull'*an*, sul *quid*, sul *quomodo* della punibilità anche se fatta dalla Corte con decisioni riduttive, ma in realtà modificative della fattispecie penale, risulta lesiva del'art. 25 comma 2 Cost.,.

Queste scelte, inoltre, violano il suddetto articolo, sotto il profilo della determinatezza della fattispecie penale: la norma che risulta dalla decisione della Corte è poco chiara, in quanto l'originaria fattispecie è integrata dalla decisione costituzionale.

In alcuni casi la Corte, ritagliando la fattispecie penale, compie operazioni di vera e propria riscrittura della norma, con conseguente estensione della suddetta.

5.- Corte di Giustizia e principio di legalità penale.

Due casi esaminati dalla Corte di Giustizia suscitano alcune riflessioni sulla trasformazione del principio di legalità penale²⁴⁷.

In entrambi i casi i giudici nazionali chiedevano alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità di una normativa penale nazionale con alcune direttive europee in materia: nel primo caso si trattava del d.l. 138/2002 che modifica la nozione di rifiuto, circoscrivendo l'area di punibilità del reato di trasporto di rottami ferrosi con un veicolo non autorizzato al trasporto di rifiuti, previsto dal d.lg. 22/1997 adottato in attuazione della direttiva 75/442/CEE; nel secondo caso, si trattava della modifica della disciplina del c.d. falso in bilancio - artt. 2621, 2622, 2630 c.c.-, operata con d.lg. 61/2002 e decisamente più favorevole agli imputati di processi già pendenti. Nel rinviare le questioni alla Corte di Giustizia, i giudici nazionali evidenziavano che le nuove normative erano intervenute successivamente al compimento dei fatti oggetto dei giudizi *a quibus*, mitigando le fattispecie di reato corrispondenti e rendendone più complesso il perseguimento; rispetto a questo problema i giudici volevano sapere dalla Corte di Giustizia se nei procedimenti penali in corso una legge penale successiva più

²⁴⁷ Si vedano in particolare, le conclusioni dell'Avv. Gen. *Kokott*, 10 giugno 2004, c.457/02, *Antonio Niselli, e la rispettiva sentenza Corte giust., 11 novembre 2004, c. 457/02, Niselli; v. ancora le conclusioni* dell. Avv. Gen. *Kokott*, 14 ottobre 2004, C-387/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*.

favorevole potesse essere applicata retroattivamente a favore dell'imputato nonostante la sua contrarietà al diritto comunitario.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale *Kokott* indicava alcuni principi importanti, ritenendo, in primo luogo, che il giudice comunitario dovesse avere gli strumenti per valutare la compatibilità delle scelte di valore del legislatore nazionale con quelle dell'ordinamento comunitario, nonché affermando tra le righe, che in ogni caso la costruzione comunitaria dovesse senz'altro prevalere su quella nazionale.

Così, nel caso del falso in bilancio, l'Avvocato generale analizzava le scelte legislative, ritenendole inadeguate a tutelare un interesse dei terzi, che in sede comunitaria deve avere adeguata protezione; nel caso dei rifiuti, si considerava incompatibile la nozione di rifiuto elaborata dal legislatore nazionale con quella emergente nell'ordinamento comunitario.

Tale impostazione, si distacca da quella della nostra Corte costituzionale, per la quale il principio di legalità in materia penale, contenuto nell'art. 25 comma 2 Cost., affida solamente al legislatore la scelta dei beni giuridici da tutelare penalmente, precludendo qualsiasi valutazione discrezionale allo stesso giudice costituzionale²⁴⁸.

In secondo luogo, l'Avvocato generale ribadiva l'importante ruolo dei giudici comuni nella materia penale nel valutare il rapporto tra diritto interno e diritto comunitario, scegliendo l'ordine delle questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia o alla Corte costituzionale. Infatti a partire dalla sentenza *Simmenthal* “*la Corte ha osservato al riguardo che il giudice nazionale deve dare applicazione al diritto comunitario disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore, sia successiva alla norma comunitaria*”; che, quindi, la valutazione sulla compatibilità tra diritto interno e

²⁴⁸ Tale principio è sentito in modo molto rigido dal nostro giudice costituzionale, inducendolo a sviluppare una giurisprudenza fermissima nell'escludere, ma solo per la materia penale, qualsiasi intervento che possa in qualche modo modificare le scelte legislative attraverso decisioni di tipo additive; ciò non ha impedito alla stessa Corte costituzionale, di intervenire in senso riduttivo su alcune fattispecie penali, modificandone la *ratio* e, quindi, il bene giuridico tutelato, come abbiamo detto: si tratta di decisioni sulle quali, però, la dottrina si esprime in modo negativo, affermando che il principio di legalità dei reati e delle pene, contenuto nell'art. 25, comma 2, Cost. sarebbe comunque di ostacolo ad interventi di questo tipo. Sul problema v. CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.

diritto comunitario non può essere sostituita da una valutazione sulla legittimità costituzionale di una norma; che il controllo di costituzionalità sulla medesima norma può avvenire in aggiunta. Tale interpretazione secondo cui la materia penale non farebbe eccezione all'applicazione dei principi comuni sul rapporto tra diritto interno e diritto comunitario, esprime una profonda trasformazione del principio stesso, il quale, sia pure in modo graduale, passerebbe dalle mani del legislatore a quelle dei giudici. Secondo questa impostazione, risulta chiara anche la perdita di sovranità del legislatore nazionale, le cui scelte, rispettate rigorosamente dal giudice costituzionale italiano, potranno comunque essere messe in discussione dai giudici comuni e da quello europeo.

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale, inoltre, si tentava di interpretare in modo innovativo, rispetto all'impostazione tradizionale, sia europea che nazionale, il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole. Si sottolineava la differenza tra i casi *Niselli* e *Berlusconi* ed altri, decisi dalla Corte di Giustizia, nei quali veniva invocata l'impossibilità di introdurre modifiche sfavorevoli al reo: nei casi di specie, gli imputati erano punibili in base ad una disciplina penale, modificata, in un momento successivo, da una disciplina penale incidente sugli elementi della fattispecie di reato che ha *“avuto come effetto l'impunità per fatti per i quali precedentemente era prevista una pena”*; secondo l'Avvocato generale, dunque, *“è decisiva la circostanza che in tutti questi casi i fatti, nel momento in cui sono stati commessi, erano punibili secondo il diritto nazionale”*.

Nella valutazione comunitaria, allora, il principio di legalità della pena non sarebbe stato di ostacolo alla disapplicazione di una disciplina più favorevole agli imputati, dal momento che tale disapplicazione non avrebbe avuto *“l'effetto di introdurre obblighi per gli imputati, ma al massimo conseguenze indirettamente sfavorevoli per gli stessi”*.

Costituendo una deroga al principio di legalità in materia penale, nei casi di rapporto con il diritto comunitario, tale principio *“si giustifica solo se viene garantito il primato del diritto comunitario, quindi se vengono tenuti in conto anche gli obiettivi del legislatore comunitario e se la visione mutata del legislatore nazionale è conforme ai precetti del diritto comunitario”*, affermando

giustamente che “*non è comprensibile perché il singolo debba avvantaggiarsi retroattivamente di una valutazione mutata del legislatore nazionale sulla rilevanza penale del suo comportamento, qualora la sua valutazione contrasti con i precetti comunitari rimasti immutati*”²⁴⁹. Si riteneva dunque che il legislatore nazionale non avesse il potere di violare un principio, quello di legalità penale, trasformando una sua deroga, l’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, in un ingiusto privilegio. Nella visione della *Kokott*, non era ammissibile che una decisione di un legislatore nazionale avesse come conseguenza che “*per un comportamento punibile all’epoca dei fatti venga esclusa la pena retroattivamente in violazione dei precetti del diritto comunitario*”.

La Corte di Giustizia ha seguito questa impostazione soltanto nella sentenza *Niselli*, la quale aderisce alla tesi della *Kokott*.

Infatti, la Corte di Giustizia sembra discostarsi, almeno in parte, dall’impostazione dell’Avvocato generale, nella sentenza sul falso in bilancio.

In questo caso la Corte di Giustizia fonda la propria pronuncia sulla natura della direttiva comunitaria utilizzata come parametro, che “*non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati*”; afferma poi che l’art. 6 della prima direttiva sul diritto societario si applica non solo alla mancata pubblicazione di scritture contabili, ma anche alla pubblicazione di falsi; affida agli Stati la valutazione sull’adeguatezza

²⁴⁹ In quest’ottica, inoltre si distingue tra *fattispecie di reato* (vecchia) ed *atto abrogativo* (nuovo), incompatibile con il diritto comunitario, ritenendo che la disapplicazione del mero atto abrogativo non debba essere considerata come reviviscenza della norma abrogata, con tutti i problemi teorici che tale valutazione comporterebbe: “*il diritto comunitario sarebbe di ostacolo alla modifica di sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive con altre che non lo siano e quindi l’atto abrogativo incompatibile con il diritto comunitario non avrebbe, secondo tale impostazione, la qualità di fonte valida ed efficace*”. Evidentemente, nel ragionamento, la propensione per una concezione sostanzialistica e non formalista delle fonti del diritto e del rapporto tra norma interna e norma comunitaria, concezione che trasformerebbe però profondamente il principio di legalità penale, per il quale gli aspetti formali sarebbero insuperabili e fonderebbero il valore stesso del principio. Infine, l’Avvocato generale, nei casi citati, analizzava anche la natura del principio che impone l’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, sottolineandone l’ampiezza: ritenuto applicabile dal diritto nazionale nella giurisprudenza comunitaria, tale principio è riconosciuto internazionalmente ed è stato richiamato nell’art. 49, n. 1, terza frase, della Carta dei diritti fondamentali; tale giurisprudenza, tuttavia, non avrebbe ancora chiarito se “*leggi penali più favorevoli vadano applicate retroattivamente anche qualora siano in contrasto con il diritto comunitario*”, dovendosi nei casi pendenti approfondire proprio la natura del principio in questione.

delle sanzioni, tornando indietro rispetto ad un suo filone giurisprudenziale²⁵⁰; si pronuncia con enfasi sul principio del *favor rei* come principio fondamentale .

In effetti, la decisione sorprende chi ha in mente l'analogo caso *Niselli*, nel quale la Corte di Giustizia, aderendo all'impostazione dell'Avvocato generale *Kokott*, aveva dichiarato l'incompatibilità comunitaria di una legge italiana in materia di rifiuti, ritenendo che l'eventuale effetto sfavorevole della pronuncia non fosse coperto dal principio del *favor rei*, essendo i fatti di causa stati compiuti nella vigenza di una normativa precedente, più sfavorevole. Vero è che, a differenza di *Niselli*, la direttiva invocata nel caso Berlusconi non avrebbe effetti diretti, e dunque la distinzione tra i due giudizi si baserebbe sulla natura dell'atto invocato a parametro; tuttavia nel caso *Niselli*, la Corte di Giustizia aveva basato il giudizio nel merito sulla constatazione, che i fatti in causa, anteriori all'entrata in vigore della legge nazionale di favore contraria al diritto comunitario, non fossero coperti dalle garanzie del principio del *favor rei*, come riflesso del principio di legalità penale²⁵¹.

La Corte di Giustizia non ritiene di avere gli strumenti per valutare l'adeguatezza delle scelte legislative, facendo eventualmente prevalere la costruzione comunitaria su quella nazionale. La sentenza è rispettosa del ruolo del legislatore nazionale e non si spinge nel valutare in concreto le scelte legislative, come richiesto dai giudici italiani: la Corte di Giustizia affida totalmente agli Stati membri non solo la scelta delle sanzioni, ma anche la valutazione sulla loro adeguatezza, e cioè sulla effettività, proporzionalità e dissuasività delle stesse²⁵².

Sotto questo profilo, l'impostazione del giudice europeo risulta affine a quella della Corte costituzionale italiana che, nella materia penale, affida alla discrezionalità del legislatore qualsiasi valutazione di adeguatezza e meritevolezza della tutela, ritenendo precluso il proprio sindacato²⁵³.

²⁵⁰ V. al riguardo Corte giust., 21 settembre 1989, c. 68/88, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1989, p. 2965 ss.; Corte giust., 13 luglio 2000, c. 46/97, *Repubblica ellenica c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, p. 5719 ss.

²⁵¹ V. Corte giust., 11 novembre 2004, C. 457/02, *Niselli*.

²⁵² Sul problema della diretta applicabilità delle direttive di cui si tratta v., per un quadro specifico, tracciato prima che si pronunciasse la Corte di Giustizia, SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*, 2002, p. 171 ss.

²⁵³ V. Corte cost., 26 maggio 2004, n. 161, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 128 ss.

Ribadendo inoltre il principio che la direttiva, di per sé, non può creare obblighi in materia penale indipendentemente dall'intervento del legislatore nazionale, ma fornendo una precisa interpretazione della direttiva comunitaria, il giudice europeo indebolisce il ruolo dei giudici nazionali: vero è che nella decisione si afferma che il diritto interno incompatibile è disapplicabile, ma, in base alla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, è a quest'ultima, e non ai giudici comuni, che spetta il controllo di compatibilità tra una norma interna e una direttiva comunitaria non *self executing*²⁵⁴.

Riguardo al principio del *favor rei* la Corte di Giustizia afferma che, tale principio impedirebbe la possibilità che “una direttiva possa avere il risultato di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati”; pertanto si ritiene inaccettabile la tesi in base alla quale i fatti commessi anteriormente alla norma penale più favorevole non potrebbero essere coperti dal *favor rei*, anche se questa norma penale fosse ritenuta incompatibile con il diritto comunitario.

6.-La legalità penale tra crisi della riserva di legge parlamentare nazionale e persistente deficit democratico europeo.

La legalità penale come riserva di legge è legata nel nostro ordinamento al principio democratico. Questa garanzia cade in crisi in realtà non solo in presenza del modello di legislazione governativa attualmente dominante a livello comunitario, ma anche nell'ambito degli ordinamenti nazionali di *common law*, nei quali la legalità penale non è affidata alla legge scritta come condizione irrinunciabile. Così si spiega come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nel pronunciarsi sul significato e la portata del principio di legalità in materia penale, si sia vista costretta ad assumere una posizione di mediazione tra le due tradizioni ordinamentali, privilegiando, più che la forma, il nucleo minimo sostanziale del principio in questione; e ritenendo, di conseguenza, che il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza dei fatti penalmente vietati sia sufficientemente garantito dalla loro predeterminazione normativa anche se l'atto normativo non sia una legge parlamentare.

²⁵⁴ V. SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'UE*, cit., p. 1 ss.

Ora, per valutare se prospettazioni di questo tipo siano adatte a risolvere i problemi inerenti al fondamento democratico della legislazione penale, occorre considerare la questione relativa ai diversi possibili modelli di diritto penale e ai corrispondenti criteri di legittimazione. Se il futuro diritto penale europeo dovesse prevalentemente uniformarsi al modello di un diritto penale amministrativizzato, legittimato ad applicare soltanto pene pecuniarie o privative di diritti, eventuali carenze democratiche della sua legittimazione potrebbero apparire anche tollerabili. Se invece i modelli di diritto penale futuri contemplassero anche il ricorso a pene privative della libertà personale o includessero la disciplina di materie eticamente sensibili.

Per la legittimazione della pena detentiva, specie se di lunga durata, è indispensabile il massimo di garanzia democratica: occorre perciò che a deliberare se e quanto carcere debba essere inflitto sia una istanza che rappresenta il popolo nel modo più diretto, e cioè il Parlamento o una istituzione equivalente. Lo stesso vale se si tratta di vagliare in che limiti apprestare tutela penale a questioni così delicate, che necessitano di un confronto aperto tra più posizioni in conflitto, deliberazioni davvero legittime sono soltanto quelle che rispettano i canoni della democrazia.

Ribadire queste garanzie di democraticità non significa solo sottolineare l'indissolubile legame tra diritto penale e sovranità statale, ma ripensare il concetto di sovranità punitiva, proiettandolo in una dimensione sovrastatale e collegandolo al concetto di cittadinanza europea. In questo senso, si tratteggia una sovranità legata ai presupposti della democrazia e a una base costituzionale materiale incentrata sui diritti fondamentali della persona e del cittadino. Ma questa connessione tra sovranità e cittadinanza europea, per legittimare la creazione del diritto penale, necessita di una condizione indispensabile: *“solo mediante il consolidamento istituzionale democratico del Parlamento europeo, al quale attribuire competenze legislative in senso stretto e, concretamente, in materia penale -nell'ambito di una Costituzione- sarebbe possibile parlare di una base minima di legittimazione, necessaria per una legislazione penale europea”*.

Si potrebbe rilevare che l'esaltazione delle garanzie parlamentari sulla materia penale pretende di valorizzare a livello europeo capacità che il Parlamento,

non ha neppure in ambito nazionale a causa del ruolo esercitato dal governo nei processi di legislazione. La sede parlamentare non appare più una di per sé capace di mantenere nei fatti ciò che in teoria dovrebbe promettere: cioè non una legislazione penale purchessia, deliberata con voto maggioritario; bensì una legislazione razionale e ponderata, frutto di una discussione pubblica aperta al confronto dialettico tra maggioranza e opposizione, soggetta al controllo critico della pubblica opinione e altresì sostenuta, nei presupposti empirico-criminologici, dai saperi tecnici degli esperti coinvolti nel processo di deliberazione democratica. Proprio la presa d'atto della crisi del principio di legalità, inteso come riserva di legge democratico- parlamentare, deve sollecitare riflessioni e proposte volte a promuovere una ricomposizione tra la dimensione formale e la dimensione sostanziale del principio di legalità.

7.- Il principio di legalità in materia penale, la cooperazione giudiziaria penale nell'UE e il principio di mutuo riconoscimento.

Una delle più significative implicazioni dedotta dall'individuazione della funzione di cooperazione penale dell'Unione consiste nell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento anche in ambito penale²⁵⁵.

Il mutuo riconoscimento ben si offre, dunque, come banco di prova del rispetto del principio di legalità nell'ordinamento europeo.

La questione si inserisce nella più vasta problematica relativa al valore giuridico che si vuole assegnare al provvedimento di un giudice appartenente alla giurisdizione penale di uno stato negli ordinamenti di altri Stati che, tutti, in quanto membri dell'Ue, concorrono a costruire lo spazio di libertà sicurezza e giustizia.

Questa prospettata pervasività del principio del mutuo riconoscimento nel campo penale non ha mancato di sollevare perplessità e remore sia in campo politico che in campo dottrinale, nonostante la volontà di procedere su questa via sia stata manifestata anzitutto dagli Stati membri, certo spinti dall'emergenza

²⁵⁵ V. D'AMICO M., "Le politiche europee in materia di libertà, sicurezza e giustizia", in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2004, p. 99 ss.

suscitata dai fatti di terrorismo del settembre 2001, ma avviati sicuramente in questa direzione già in tempi precedenti²⁵⁶.

Quanto alle perplessità d'ordine politico esse si radicano nella convinzione che la potestà penale sia tra le manifestazioni più pregnanti della sovranità e non possa, per questo motivo, essere trasferita ad altro ente, pena un'inaccettabile compressione della sovranità stessa²⁵⁷.

Le perplessità di tipo giuridico fanno leva sull'asserita carenza di democraticità dell'ordinamento dell'Unione²⁵⁸: tale situazione impedisce di attribuire all'UE poteri che incidono in materia penale, dovendosi far fronte all'esigenza di garantire gli individui dall'arbitrio di pubbliche autorità la cui legittimazione democratica è per varie ragioni messa in discussione. Di conseguenza non sarebbe compatibile con i principi dello stato di diritto sovvertire il carattere territoriale della potestà statale in materia penale, che invece deve manifestare in modo formale la propria legittimazione democratica.

Per superare tali critiche, l'intervento dell'Unione sul piano del diritto penale dovrebbe radicarsi in un contesto ancorato ai principi dello stato di diritto, dal momento che le misure adottate dalle autorità nazionali su impulso di atti normativi dell'Unione sono suscettibili di mettere in gioco i diritti fondamentali della persona, incidendo sul piano della repressione e della compressione della libertà personale.

L'intera questione dell'applicabilità del principio del mutuo riconoscimento alla materia penale si riassume nell'esigenza che, in relazione a tale applicazione, sia comunque garantito il rispetto del principio di legalità. In un

²⁵⁶ Il carattere di continuità tra atti normativi precedenti all'emergenza determinatesi con i fatti del 2001 e norme successive, quali, per esempio, quelle che dettano la disciplina del MAE, è evidente nel superamento del criterio della doppia incriminabilità, nel progressivo processo di depoliticizzazione del reato politico, nell'irrelevanza del criterio della cittadinanza ai fini dell'accoglimento della richiesta di cooperazione. Il fenomeno è peraltro diffusamente rilevato v. DAMATO A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2005 p. 21 ss.; DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000 p. 3 ss.; SELVAGGI E.-VILLONI O., *Questioni reali e non sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 445 ss.

²⁵⁷ Sul punto specifico v. le considerazioni di PISTOIA E., *Diritti fondamentali e cooperazione penale tra Stati membri dell'Unione europea*, in CELOTTO A. (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino 2004, p. 332 ss.

²⁵⁸ V. in argomento PICOTTI L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano 1999, p. 152 ss.; D'AMICO M., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in LUCARELLI A. e PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli 2004, p. 191 ss.

contesto giuridico democratico esso, infatti, rappresenta un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà²⁵⁹; ed è perciò principio che viene reputato per eccellenza il presidio della dignità e delle libertà personali²⁶⁰.

Si tratta in definitiva di verificare se il principio del mutuo riconoscimento in materia penale come organizzato nell'Unione europea sia in grado di offrire livelli di garanzia sul piano della tutela dei diritti in modo omogeneo a quello assicurato da ciascuno Stato membro.

²⁵⁹ V. GRASSO G., *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998, p. 3 ss.

²⁶⁰ V. GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.

PARTE TERZA
IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

CAPITOLO I

LA DECISIONE QUADRO SUL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO.

1.- Premessa.

Con la decisione quadro del Consiglio n. 584 del 13 giugno 2002²⁶¹, è stato disciplinato il Mandato di arresto europeo (MAE), al fine di rendere più rapide ed agevoli le procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione Europea delle persone ricercate, condannate con sentenza definitiva o in attesa di giudizio, sostituendo così il sistema di estradizione convenzionale²⁶²

Dal punto di vista tecnico il mandato d'arresto europeo è un provvedimento giudiziario redatto su modello unico avente pertanto forma e contenuto tipici fissati dalla decisione quadro, che le autorità giudiziarie dello Stato di emissione trasmettono a quelle dello Stato di esecuzione per ottenere la consegna di una persona da sottoporre a restrizione della libertà personale. Si

²⁶¹ Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, n. 2002/584/GAI, GU L 190, 18 luglio 2002.

²⁶² Occorre ricordare che in materia penale era stata già firmata in seno al Consiglio d'Europa la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957. In ambito comunitario, il Consiglio europeo del 29 ottobre 1993 indicava tra le priorità nel settore della giustizia il potenziamento della cooperazione giudiziaria, particolarmente in materia di estradizione aprendo così la strada alla conclusione della Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'UE del 10 marzo 1995, e della Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'UE, con allegato, aperta alla firma a Dublino il 27 settembre 1996; tali Convenzioni furono elaborate con l'intento di rendere più spedita e semplice l'applicazione della Convenzione del 1957. La seconda, in particolare, attenua il limite della doppia incriminazione, con riferimento ai reati associativi di criminalità organizzata e ai reati di terrorismo; abolisce, inoltre, il divieto di estradizione del cittadino e stabilisce l'irrelevanza della prescrizione maturata secondo la legge dello Stato richiesto. Infine, essa attenua il principio di specialità. Tuttavia, nessuna delle due Convenzioni è entrata in vigore, per carenza del numero sufficiente di ratifiche. Prima di giungere alla Decisione Quadro sul Mandato d'Arresto Europeo (MAE), un esempio molto interessante è rappresentato dal Trattato tra Italia e Spagna che rappresenta il progenitore più diretto del MAE. Questo Trattato bilaterale è stato preso in considerazione quando è venuto il momento di dare alla cooperazione giudiziaria europea uno strumento che, valido in tutta Europa, potesse costituire un utile supporto nella battaglia contro il crimine transnazionale, le organizzazioni criminali ed il terrorismo. Una svolta nel campo della semplificazione delle procedure di estradizione nel territorio dell'UE si è avuta con il Consiglio europeo di *Tampere* che ha indicato il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie come fondamento della cooperazione giudiziaria nell'UE, raccomandando l'abolizione della procedura di estradizione tra gli Stati membri dell'UE per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente e la sua sostituzione con il semplice trasferimento, in conformità all'art. 6 del TUE.

tratta di un atto distinto e autonomo dal provvedimento coercitivo emesso nel procedimento penale interno. Non è, dunque, quest'ultimo provvedimento a dover circolare, ma proprio il MAE in quanto tale, vale a dire il formulario codificato nell'Annesso alla decisione quadro²⁶³.

Con il mandato d'arresto europeo si assiste per la prima volta alla creazione di una dimensione esclusivamente giudiziaria, che oltrepassa la cooperazione intergovernativa, basata sul primato della funzione di governo su quella giudiziaria, dei meccanismi della politica su quelli della tecnica²⁶⁴. Soltanto con il mandato d'arresto europeo, dunque, si afferma una concezione esclusivamente tecnica dei rapporti di cooperazione giudiziaria, basata sul principio di mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di libertà personale, siano essi definitivi o provvisori (*ex art. 1, par. 2, della decisione quadro*)²⁶⁵. Le autorità dello Stato in cui si procede all'arresto mantengono soltanto un controllo in sostanza limitato ai soli vizi di forma ed al rispetto dei principi fondamentali senza poter entrare nel merito del provvedimento. Non si tratta comunque di un'esecuzione automatica del provvedimento giudiziario proveniente dall'autorità giudiziaria straniera, ma di un *iter* che prevede un'esecuzione sottratta al vaglio dell'autorità politica, resa spedita e certa nei suoi tempi pur nel rispetto delle dovute garanzie giurisdizionali e nella quale le cause di rifiuto sono limitate. L'ottavo considerando della decisione quadro sul mandato di arresto, d'altronde, prevede espressamente che “*Le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna*”. Di conseguenza nell'ambito della nuova procedura di consegna, i soggetti non sono più gli Stati, ma le autorità giudiziarie; la stessa nozione di estradizione scompare ed è sostituita dalla nozione di consegna (*surrender* o *remise*); la domanda di estradizione, formulata dalle autorità di

²⁶³ Natura e qualificazione giuridica del reato, descrizione delle circostanze della sua commissione, la pena inflitta, ovvero quella minima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione, le altre conseguenze del reato.

²⁶⁴ V. IUZZOLINO G., voce *Mandato d'arresto europeo (dir. pen.)*, cit., p. 1 ss.; DE AMICIS – IUZZOLINO G., *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., p. 2 ss.

²⁶⁵ V. LATTANZI G., *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo*, in *La Magistratura*, n. 1, 2008, p. 138 ss.

governo attraverso i canali diplomatici o amministrativi, è sostituita da un ordine europeo emesso dall'autorità giudiziaria ed interamente riconducibile agli atti di esercizio del potere giurisdizionale.

Sul piano politico esso si configura come lo sforzo di far coincidere i rapporti tra le autorità giudiziarie degli Stati membri con la realtà dell'appartenenza di questi ultimi ad una Unione fondata “*sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri*”²⁶⁶, venendo dunque a differenziare in maniera sostanziale i rapporti esistenti in materia di estradizione rispetto a quelli in vigore con i Paesi terzi. Nella parte motiva della decisione quadro è sottolineata l'esigenza di superare la complessa e lunga procedura di estradizione, ritenuta ormai inadeguata ad uno spazio senza frontiere caratterizzato da un alto livello di fiducia e di cooperazione reciproca degli Stati dell'Unione europea. Il mandato di arresto europeo costituisce infatti una delle prime applicazioni del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Secondo tale modello, nell'ambito dei Paesi aderenti all'Unione europea, la cooperazione giudiziaria si deve fondare sulla libera circolazione dei provvedimenti giudiziari emanati dall'autorità giudiziaria competente in conformità alla propria legislazione²⁶⁷.

2.- Le varie ipotesi di rifiuto della decisione quadro nell'esecuzione di un mandato.

L'art. 3 della decisione quadro prevede tre sole ipotesi di rifiuto obbligatorio dell'esecuzione di un mandato: l'amnistia, il rispetto del principio del *ne bis in idem* e l'età della persona ricercata. La prima ipotesi è l'amnistia concessa nello Stato di esecuzione, ma solo nel caso in cui quest'ultimo avesse

²⁶⁶ Cfr. art. 6 par. TUE.

²⁶⁷ In generale, sugli effetti dell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito della nuova procedura di consegna e sui suoi rapporti con i profili dell'armonizzazione sostanziale, v. BARGIS M., *Analisi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: aspetti processuali e garanzie fondamentali*, in *Studi di diritto processuale penale, Questioni europee e “ricadute” italiane*, Giappichelli, 2007, p. 217 ss.; DE AMICIS G., *Mandato d'arresto europeo*, in AA. VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO G. e SICURELLA R., Giuffrè, 2007, p. 547 ss.; SALAZAR L., *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle sentenze penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 1041 ss.

anch'esso competenza a perseguire il reato ai sensi della propria legge penale²⁶⁸. La seconda ipotesi mira invece a prevenire le ipotesi di "*ne bis in idem*", ma solo nei casi di sentenza definitiva emessa da uno Stato membro ed a condizione che la pena sia stata eseguita o non possa più esserlo²⁶⁹. La terza ipotesi di rifiuto obbligatorio è infine legata ai casi in cui la persona ricercata, in base alla legge dello Stato membro di esecuzione, non possa ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del MAE.

L'art. 4 contiene poi le fattispecie di non esecuzione facoltativa²⁷⁰. La prima ipotesi di rifiuto facoltativo si riferisce dunque ai reati non inclusi nella lista dei 32 reati di cui al paragrafo 2 dell'art. 2, e per i quali la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d'arresto europeo costituiscano un reato anche ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione. Rivive dunque in tale ipotesi la condizione della c.d. doppia incriminazione, classico presupposto dell'estradizione. Dovrà comunque essere la legge nazionale ad esercitare l'opzione non potendo la stessa essere

²⁶⁸ Dall'analisi effettuata dalla Commissione risulta che 21 Stati membri avrebbero correttamente trasposto tale disposizione. L'Olanda ed il Regno Unito non hanno invece dato attuazione ad essa dal momento che questi due paesi non conoscerebbero l'istituto dell'amnistia; ciò non li porrebbe ovviamente in posizione di contrasto con la fonte dell'Unione. La legge danese da parte sua farebbe riferimento non già al termine "*amnesty*" ma a quello di "*pardon*"; ciò provocherebbe comunque inconvenienti dal punto di vista sostanziale. L'Irlanda invece avrebbe operato riferimento all'amnistia concessa non già dallo Stato di esecuzione ma da quello di emissione; tale situazione, oltre ad essere in aperto contrasto con il testo della decisione quadro, condurrebbe anche alla indesiderata conseguenza di una sistematica richiesta addizionale di informazioni al riguardo da parte irlandese in occasione dell'esecuzione dei mandati.

²⁶⁹ La disposizione si iscrive nelle grandi linee dell'art. 9 della convenzione europea di estradizione del 1957 (che ne limitava però la portata alle sole decisioni rese nello Stato richiesto) ed appare conforme all'art. 54 della Convenzione di applicazione di Schengen.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene in quest'ultimo testo, la norma non imporrebbe in questo caso all'autorità di esecuzione un obbligo di ricercare d'ufficio le informazioni ma soltanto quello di prendere in considerazione gli elementi eventualmente adottati dalla parte interessata. Nell'analisi compiuta dalla Commissione, tutti gli Stati membri risulterebbero aver correttamente trasposto tale disposizione.

²⁷⁰ Passandole in rassegna: il *ne bis in idem* facoltativo in caso di provvedimenti non definitivi; le ipotesi di assenza di doppia incriminazione per tutti i reati non inclusi nella lista dei trentadue reati; la prescrizione; l'esistenza di concorrenti procedimenti per gli stessi fatti nello Stato membro di esecuzione; il caso di una persona ricercata per esecuzione di pena e che sia residente nel territorio dello Stato di esecuzione, purché quest'ultimo si impegni ad eseguire esso stesso la pena, ed infine una "clausola di territorialità" relativa a fatti commessi in tutto od in parte nel territorio dello Stato di esecuzione o commessi al di fuori dello Stato emittente ove la legge dello Stato di esecuzione non consenta l'azione penale in casi analoghi.

rimessa alla discrezionalità del giudice²⁷¹. Per motivi di efficienza delle indagini e di economia processuale la consegna potrà anche essere rifiutata se contro la persona oggetto del mandato d'arresto europeo è già in corso un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo²⁷². In relazione a tale previsione l'attuazione da parte degli Stati membri appare molto diversa: alcuni hanno infatti attuato la stessa in forma obbligatoria mentre per altri tale ipotesi costituisce un motivo di rifiuto opzionale²⁷³. I nn. 3 e 5 dell'art. 4 hanno poi ad oggetto distinti casi di *ne bis in idem*, diversi dall'ipotesi di rifiuto obbligatorio già esaminata. In particolare il n. 3 si riferisce all'ipotesi in cui le autorità giudiziarie dello Stato di esecuzione abbiano già deciso di non esercitare o di chiudere un'azione penale per il reato oggetto del mandato d'arresto europeo, oppure a quella in cui la persona ricercata sia già stata condannata in uno Stato membro con una sentenza definitiva per gli stessi fatti (ma al di fuori dai casi in cui la pena sia già stata scontata o sia in corso di esecuzione o non possa più venire eseguita). L'ipotesi di cui al n. 3 si articola in tre casi diversi: il primo è quello in cui l'autorità giudiziaria di esecuzione abbia deciso di non perseguire il reato per il quale il MAE è richiesto, il secondo, è quello in cui abbia deciso di porre fine all'azione penale ed infine il terzo è quello in cui la persona ricercata è stata condannata in uno Stato membro con una sentenza definitiva per gli stessi fatti, il che osta all'esercizio di ulteriori azioni²⁷⁴. Tale ultimo caso non appare in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *ne bis in idem*²⁷⁵ nella misura in cui, quando uno Stato membro abbia deciso di interrompere il procedimento a seguito dell'avvenuta soddisfazione da parte dell'accusato di alcune obbligazioni di legge, il rifiuto di dar seguito ad un

²⁷¹ Sedici Stati membri in totale risulterebbero aver trasposto tale ipotesi come motivo obbligatorio di rifiuto mentre sette l'avrebbero mantenuta opzionale. Due Stati non avrebbero affatto trasposto tale paragrafo anche se l'Estonia ha dichiarato che l'avrebbe applicata nella pratica

²⁷² Art. 4 n. 2.

²⁷³ L'Irlanda prevederebbe anche un'ipotesi di rifiuto obbligatorio quando l'azione penale sarebbe anche soltanto in corso di valutazione e non ancora decisa, il che, secondo l'avviso della Commissione, risulterebbe più restrittivo di quanto previsto dalla decisione quadro.

²⁷⁴ La prima parte costituirebbe motivo di rifiuto obbligatorio in 6 Stati membri mentre sarebbe facoltativo in quindici altri Stati. La seconda ipotesi sarebbe obbligatoria in sei Stati e facoltativa in quindici Stati. La terza parte sarebbe infine obbligatoria in dieci Stati mentre appare facoltativa in nove Stati.

²⁷⁵ V. Cause riunite *Gozutok* (C – 187/01) and *Brugge* (C – 385/01) , 11 febbraio 2003 ; *Miraglia* (C- 469/03) , 10 marzo 2005.

mandato di arresto dovrebbe considerarsi obbligatorio. Il n. 5 si riferisce invece a condanne definitive per gli stessi fatti avvenute in un Paese terzo. Ritorna qui la condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del paese della condanna; al contrario di ciò che avviene nel caso di condanne pronunziate negli Stati membri, nessun rifiuto potrà dunque fondarsi sulla semplice esistenza di condanne per le quali la pena non sia stata eseguita. Il carattere facoltativo di tale caso di *ne bis in idem*, si giustifica evidentemente con il fatto che a poter essere potenzialmente prese in considerazione sono le sentenze rese da qualunque giurisdizione, il che lascia evidentemente aperto un maggior ambito di apprezzamento per il giudice di uno Stato membro. La disposizione va in ogni caso più lontano di quanto previsto da Convenzioni del Consiglio d'Europa o dalla Convenzione di Schengen la cui portata è limitata alle sole decisioni rese negli Stati parte alle stesse²⁷⁶. In linea generale dall'esame compiuto sembrerebbe potersi concludere che il principio del *ne bis in idem* non abbia conosciuto alcuna restrizione con l'entrata in vigore del mandato d'arresto europeo e che anzi la situazione complessiva appaia andare al di là di quanto previsto dalle convenzioni anteriori e nel senso di una maggiore garanzia per i diritti dell'accusato.

L'ipotesi di rifiuto di cui al n. 4 dell'art. 5 riguarda invece il caso di prescrizione dell'azione penale o della pena ai sensi della legislazione dello Stato membro di esecuzione, sempre che i fatti possano rientrare nella competenza di tale Stato membro in virtù del suo diritto penale²⁷⁷.

La sesta ipotesi di rifiuto facoltativo costituisce sostanzialmente attuazione di un principio, "*aut dedere aut executare*", nel caso in cui il mandato sia stato emesso per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, qualora la

²⁷⁶ In relazione a tale ipotesi, la stessa risulterebbe essere stato trasposta quale caso di rifiuto obbligatorio da tredici Stati membri ed invece come facoltativo da otto Stati. Il Portogallo sembra aver riferito questa ipotesi di rifiuto facoltativa ad una sentenza non più eseguibile sotto il vigore della legge portoghese laddove il testo della decisione quadro opera riferimento alla legge del paese di condanna.

²⁷⁷ Tale disposizione è stata prevista quale clausola di rifiuto obbligatorio da sedici Stati membri e come facoltativo da nove Stati. La trasposizione in Germania della disposizione ha dato luogo ad un caso di rifiuto che ha attirato l'attenzione della stampa e dell'opinione pubblica (per il fatto di riferirsi ad un sospetto di crimini nazisti, *Søren Kam*) in virtù del fatto consente il rifiuto quando l'azione penale o la pena sono da considerarsi prescritte ai sensi della legge tedesca ed i fatti sarebbero stati perseguibili ai sensi della stessa legge e ciò anche quando la persona ricercata avrebbe potuto ancora essere oggetto di condanna nello Stato di emissione.

persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni ad eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza. Da sottolineare il fatto che la disposizione può trovare applicazione non solo nei confronti di cittadini ma anche di chi sia residente o semplicemente dimori nello Stato di esecuzione; al tempo stesso essa non potrà venire utilizzata che nel caso in cui il diritto dello Stato di esecuzione consenta di eseguire una pena pronunciata da un altro Stato membro ed in presenza di un impegno concreto a far uso di tale possibilità²⁷⁸.

L'ultima ipotesi è infine inerente al principio di territorialità sotto due diverse forme. Nella prima il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio o in un luogo assimilato al suo territorio. La seconda ipotesi riguarda invece il caso di reati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro emittente (e quindi il MAE risulterebbe emesso in forza di una competenza extraterritoriale di tale Stato), nel caso in cui la legge dello Stato membro di esecuzione non consentirebbe, dal canto suo, l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio. La soluzione si ispira essenzialmente all'art.7 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957. Soprattutto in relazione alla seconda ipotesi, quella dell'esercizio di una competenza extraterritoriale da parte dello Stato di emissione, essa conduce

²⁷⁸ La disposizione è stata prevista quale causa di rifiuto obbligatorio in alcuni casi da parte di quattordici Stati membri. Essa è invece facoltativa ai sensi di dodici legislazioni. Il caso della nuova legislazione tedesca, adottata a seguito della sentenza della Corte costituzionale nel caso *Darkazanli* del 18 luglio 2005, appare degna di particolare attenzione. La legge appare infatti distinguere tre differenti tipi di situazione in relazione a cittadini tedeschi residenti in Germania (ipotesi di rifiuto obbligatorio), cittadini stranieri (consegna obbligatoria) ed infine casi "misti" di cittadini tedeschi residenti all'estero e stranieri residenti in Germania che condurrebbero ad un controllo sulla doppia incriminazione ed un giudizio di bilanciamento tra gli interessi contrapposti. Tale situazione discriminatoria appare evidentemente in potenziale contrasto con la decisione quadro. In Irlanda, nonostante che la disposizione in discorso non abbia ricevuto disciplina legislativa, la *High Court* sembra avere comunque la possibilità di rifiutare la consegna su tale base. Repubblica ceca ed Olanda, per i residenti, piuttosto che dare esecuzione alla sentenza appaiono piuttosto convertire la stessa ai sensi della convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei condannati. La Repubblica ceca sembra inoltre applicare la reciprocità quanto alla consegna dei propri cittadini. La Lettonia non appare infine disporre nella propria legislazione di attuazione, accanto all'ipotesi di rifiuto obbligatoria, delle previsioni necessaria a procedere all'esecuzione della sentenza.

infatti, nella sostanza, a mantenere pressoché intatto il controllo sulla doppia incriminazione da parte dello Stato di esecuzione²⁷⁹.

L'art. 5 della decisione quadro, sotto il titolo "*Garanzie che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari*" finisce in realtà per disciplinare una serie di altre ipotesi nelle quali l'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione può essere subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione ad una delle condizioni previste dallo stesso articolo. Va sottolineato il fatto che deve essere la legge nazionale di attuazione della decisione quadro a prevedere l'apposizione della condizione, che non appare pertanto poter venire legittimamente inserita dall'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione in assenza di una disposizione fondante nel proprio ordinamento giuridico. La prima ipotesi presa in considerazione dall'art. 5 è quella di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "*in absentia*"²⁸⁰. La seconda condizione si riferisce all'esecuzione della pena della reclusione a vita. E' stato previsto che se il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena privativa della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata – su richiesta o al più tardi dopo 20 anni – oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite. La terza ed ultima situazione prevista dall'art. 5 è quella che

²⁷⁹ La prima ipotesi è stata recepita in termini di motivo obbligatorio di rifiuto da parte di 9 Stati membri ed invece quale motivo facoltativo da parte di 13 Stati membri. Assai simile la situazione per la seconda ipotesi che è stata recepita quale motivo obbligatorio di rifiuto da 9 Stati membri e quale ipotesi facoltativa da 11 Stati. In Regno Unito la consegna sarà rifiutata nel caso in cui la condotta sia punibile con almeno una pena di 12 mesi ai sensi della legge Britannica il che appare contrario alla decisione quadro.

²⁸⁰ Se l'interessato non risulti essere stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia*, la consegna potrà allora essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alla persona oggetto del mandato la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presente al giudizio. Va rilevato, al riguardo, che il formulario di mandato d'arresto europeo allegato alla decisione quadro, alla sua lett. d), si riferisce esplicitamente ai casi di procedimenti *in absentia* prevedendo che l'autorità emittente dichiari sotto propria responsabilità se l'interessato sia stato o meno "*chiamato a comparire di persona o informato in altro modo della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione in absentia*".

ha permesso di risolvere in maniera piuttosto soddisfacente la questione del divieto di estradizione dei propri cittadini che caratterizza, per espresso divieto costituzionale od applicazione giurisprudenziale, l'ordinamento di numerosi Stati membri²⁸¹. Si prevede così che se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione, la consegna non possa venire rifiutata ma soltanto venire eventualmente subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza eventualmente pronunciata nello Stato membro emittente.

Il considerando n. 12 della decisione quadro sul rispetto dei diritti fondamentali come motivo di rifiuto della consegna recita testualmente come segue: *“La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea²⁸² e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi. 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”*. Il para 3 dell'art.1 del testo a sua volta afferma che *“l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato*

²⁸¹ La rilevanza e la valenza costituzionale del problema per almeno alcuni degli Stati membri, sono dimostrate anche dalla nota sentenza della Corte costituzionale tedesca della Seconda Sezione del *BundesVerfassungsgericht* del 18 luglio 2005 (2236/04) sul mandato d'arresto la quale ha, tra l'altro, censurato la propria legge nazionale di attuazione della decisione quadro in quanto non avrebbe sufficientemente garantito i propri cittadini nei confronti della possibilità di venire consegnati ad un altro Stato membro anche nei casi in cui esistano sufficienti collegamenti della condotta contestata con il territorio tedesco.

²⁸² GU C 364 del 18.12.2000, pag. 1.

sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro". Il combinato di tali disposizioni, inserite per far fronte alle pressanti richieste di alcuni Stati conferma il principio per cui l'istituto del mandato d'arresto resta ovviamente soggetto al pieno rispetto delle garanzie individuali.

A prescindere dall'attuazione offerta dall'Italia, numerosi Stati membri hanno in diversa maniera previsto cause, obbligatorie o facoltative, di rifiuto legate al rispetto dei diritti fondamentali²⁸³.

3.- Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla Decisione quadro n. 2009/299/GAI.

Con la Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio dell'UE²⁸⁴, sono state apportate modifiche alla precedente Decisione quadro sul mandato di arresto europeo²⁸⁵. Nel *considerando* n. 8 della Decisione quadro in oggetto si afferma con chiarezza che l'esercizio del diritto di comparire personalmente al processo presuppone che l'interessato ne sia al corrente: la conoscenza della presenza di un processo in atto, ovviamente, deve esser garantita da ciascuno Stato membro in conformità del rispettivo diritto interno, fermi restando, tuttavia, i requisiti dettati

²⁸³ I giudici danesi saranno ad esempio obbligati rifiutare la consegna sulla base della possibile minaccia di tortura, trattamenti inumani, violazione del giusto processo così come pure se la consegna conducesse a una situazione incompatibile con ragioni umanitarie. Ai sensi della legislazione lituana, il Procuratore generale potrebbe direttamente interrompere il procedimento in presenza di un motivo di rifiuto senza controllo da parte di un giudice. In Portogallo ed in Danimarca la consegna sarà rifiutata ove il mandato sia stato emesso per ragioni legate alla politica. Ai sensi della legge polacca l'esecuzione del mandato non è possibile in una serie di casi legati a ragioni politiche od a legami di territorialità da ritenersi tutti in contrasto con la decisione quadro. L'Olanda prevede, invece, una causa obbligatoria di rifiuto nel caso in il giudice ritenga che non sussistano dubbi che la persona ricercata sia innocente. Nonostante il fatto che le autorità olandesi abbiano dichiarato che tale ipotesi è da considerarsi ristretta a casi del tutto eccezionali, è evidente che tale previsione che la porta al sostanziale controllo sul merito della vicenda cui tale previsione apre la porta. Nel Regno Unito invece il Governo potrà giungere alla reiezione della richiesta nel caso in cui ritenga che il ricercato stava agendo nell'interesse britannico: oltre ad introdurre una causa di rifiuto non prevista tale ipotesi riconduce all'esecutivo una decisione che dovrebbe rimanere esclusivamente circoscritta in ambito giudiziario. Sempre il Regno Unito sembra aver introdotto un'altra causa di rifiuto fondata essenzialmente sul decorso del tempo. Olanda e Regno Unito hanno previsto un'ulteriore serie di ipotesi addizionali di rifiuto non previste né consentite dalla decisione quadro legate ad ipotesi di reati di diserzione o alla convenzione internazionale sulla presa di ostaggi del 18 dicembre 1979.

²⁸⁴ Decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009, pubblicata in G.U.U.E., L. 81/24 s., del 27 marzo 2009.

²⁸⁵ Decisione quadro del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI).

dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo²⁸⁶.

Tali modifiche sono state inserite al fine di stabilire una base normativa comune ed univoca per il riconoscimento delle decisioni pronunciate in un altro Stato membro al termine di un processo contumaciale, nel pieno rispetto dei diritti di difesa dell'interessato. Infatti, la valutazione del grado di sufficienza delle garanzie fornite dalle autorità dello Stato di emissione è rimessa, di volta in volta, all'apprezzamento delle autorità dello Stato d'esecuzione, con la conseguenza che è difficile conoscere con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata (*considerando* n. 3). In linea di massima, i motivi di non riconoscimento sono a carattere facoltativo, ma la discrezionalità degli Stati membri nel recepirli all'interno dei rispettivi ordinamenti è condizionata soprattutto dall'esigenza di rispettare il diritto ad un processo equo, tenendo conto dell'obiettivo di rafforzare le garanzie processuali e, al contempo, di facilitare il raggiungimento degli obiettivi propri della cooperazione giudiziaria in materia penale.

In particolare, viene inserito nel testo della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo un nuovo art. 4-*bis*, secondo cui l'autorità di esecuzione, tra l'altro, può rifiutare un MAE emesso a fini esecutivi se l'interessato non è comparso personalmente al processo, salvo che il mandato indichi che la persona ricercata sia stata, a tempo debito, personalmente citata o ufficialmente informata con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, o abbia conferito un mandato ad un difensore – di fiducia o d'ufficio – che l'abbia in effetti patrocinata in giudizio, ovvero, dopo aver ricevuto la notifica della decisione e l'informativa sul suo diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello, abbia dichiarato di non opporvisi o comunque non abbia esercitato quei diritti entro il termine stabilito. Qualora, infine, non abbia ricevuto personalmente la notifica della decisione, l'interessato dovrà essere subito informato, dopo la consegna, del diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello che consenta di riesaminare il merito della causa. Appare, peraltro, estremamente significativa, in tale ultima ipotesi, la nuova previsione di cui all'art. 4-*bis*, par. 2, che consente all'interessato di chiedere - qualora non sia stato precedentemente informato, in

²⁸⁶ V. Corte eur. Dir. Uomo, 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, §54-56.

modo ufficiale, dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico – che gli sia trasmessa, prima della consegna, copia della sentenza a fini informativi tramite l'autorità di esecuzione. In tal caso, anche se la trasmissione del provvedimento non può ritardare il corso della procedura di consegna, né fa decorrere i termini per la eventuale richiesta di un nuovo processo, le competenti autorità giudiziarie dovrebbero procedere ad una reciproca consultazione “*sulla necessità e sulle possibilità esistenti di fornire all'interessato una traduzione della sentenza, o delle sue parti essenziali, in una lingua da questo compresa*” (secondo ed terzo inciso del *considerando* n. 13).

E' evidente, dunque, che il nostro legislatore dovrà adeguarsi alle specifiche indicazioni dettate dalla fonte normativa di terzo pilastro, recependone fedelmente gli obiettivi attraverso la modifica dell'art. 19, par. 1, lett. a), della L. n. 69/2005 sotto il profilo del tipo e dell'ampiezza delle garanzie che l'autorità giudiziaria italiana può pretendere dallo Stato membro di emissione, nonché attraverso la complessiva revisione della consistenza ed effettività delle garanzie difensive che il sistema processuale è oggi in grado di offrire, per i giudizi contumaciali, alle omologhe autorità di esecuzione dei nostri mandati d'arresto.

La Decisione quadro in esame obbliga comunque i vari sistemi nazionali ad un'opera di armonizzazione di una serie di *standard* minimi di condizioni tendenzialmente uniformi per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze contumaciali, fra le quali spiccano in particolare (i *consideranda* nn. 11 e 14) quelle relative al diritto dell'interessato ad un “*nuovo processo*”, ovvero ad un “*ricorso in appello*” volto a garantire i diritti della difesa sulla base di taluni, irrinunciabili, punti di equilibrio espressamente indicati: 1) il diritto di presenziare al processo; 2) il riesame del merito della causa (ivi compresa la possibilità di nuove prove); 3) la possibilità di riforma della originaria decisione giudiziaria (*ex art. 4-bis, par.1, lett. d), punti i) e ii)*).

Il termine per l'attuazione della Decisione quadro è fissato entro il 28 marzo 2011, ma gli Stati membri possono avvalersi, in caso di seri motivi, di una specifica dichiarazione che consenta loro di ottemperare entro e non oltre il 1° gennaio 2014. Il nostro Paese si è avvalso di tale facoltà, prevista dall'art. 8, par. 3, della Decisione quadro 2009/299/GAI , dichiarando che il predetto strumento

normativo “*si applicherà a decorrere dal 1° gennaio 2014 al più tardi al riconoscimento ed all’esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo che sono emesse dalle autorità italiane competenti*”²⁸⁷.

4.- Gli orientamenti della Corte di Giustizia su alcune disposizioni della decisione quadro sul MAE.

Nell’esercizio della sua competenza pregiudiziale la Corte di Giustizia si è pronunciata in più occasioni su alcune delle disposizioni della decisione quadro sul MAE, contribuendo a definirne sul piano interpretativo i presupposti, le finalità e l’ambito di applicazione:

A) Con sentenza del 3 maggio 2007 la Corte di Giustizia ha deciso le questioni pregiudiziali, proposte ai sensi dell’art. 35 del TUE dall’*Arbitragehof* del Belgio, in relazione ad una causa, avente per oggetto l’annullamento della legge belga 19 dicembre 2003, riguardante il MAE. Sul piano strettamente processuale la questione nasce da un giudizio interno di costituzionalità avente ad oggetto la legge belga di attuazione del MAE, nell’ambito del quale censure di legittimità costituzionale della legge nazionale, finiscono per essere, potremmo dire, trasferite alla decisione quadro: si tratta, in buona sostanza, di un’ipotesi di illegittimità derivata, nella quale la pretesa incostituzionalità della legge discende automaticamente dalla dubbia validità della decisione che si tratta di attuare. Vengono evocati, dinanzi al giudice belga e dinanzi alla Corte di giustizia, parametri di giudizio formalmente diversi, anche se nella sostanza convergenti, con riferimenti ad atti normativi, appartenenti a diversi ordinamenti, ma legati da uno stretto rapporto di strumentalità, essendo la legge chiamata a dare attuazione alla decisione quadro. La ricorrente dinanzi all’*Arbitragehof*, oltre ad eccepire l’invalidità, per violazione del TUE, della decisione quadro, che costituisce il presupposto della legge interna, denunciava l’incostituzionalità della legge medesima per violazione del principio di legalità in materia penale, con conseguente lesione del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione. Ora, fermo restando che la prima questione appartiene alla giurisdizione della

²⁸⁷ V. la Dichiarazione dell’Italia pubblicata in G.U.U.E., L 97/26, del 16 aprile 2009.

Corte di Giustizia, cui spetta in via esclusiva risolvere i dubbi sulla validità del diritto europeo derivato in base all'art. 35 TUE, la seconda è, invece, una questione di stretto diritto costituzionale interno, sia per l'oggetto che per il parametro del giudizio. Accade però che, in forza del noto richiamo ai principi fondamentali dello Stato di diritto, contenuto nell'art. 6, n.2, 2, del TUE, anche la seconda questione, trasformata in una questione di diritto europeo, venga devoluta alla Corte di giustizia, sotto il profilo della validità della decisione quadro: in realtà le censure di incostituzionalità formulate dal ricorrente dinanzi al giudice nazionale, attinenti all'eliminazione del requisito della doppia incriminazione, toccano, a monte, la decisione quadro più che la legge interna di esecuzione. Ne discende, quindi, che la questione di costituzionalità della legge belga, nella parte in cui si deduce la violazione del principio di legalità dei reati, viene convertita in una questione di validità della decisione quadro alla stregua dei principi fondamentali, con l'ulteriore conseguenza di far svolgere alla Corte di giustizia un controllo di costituzionalità che spetterebbe, invece, al giudice costituzionale interno. Nello specifico la prima questione pregiudiziale poneva alla Corte di Giustizia il quesito se la decisione quadro sul MAE, sia compatibile con l'art. 34 b del TUE, secondo il quale le decisioni quadro non possono essere prese se non al fine del ravvicinamento delle legislazioni e delle disposizioni regolamentari degli Stati membri. La seconda questione poneva il quesito se l'art. 2.2. della decisione quadro sul MAE, in quanto soppriime il controllo derivante dall'esigenza della doppia incriminazione, per le infrazioni ivi indicate, sia compatibile con l'art. 6.2 del TUE e più in particolare con i principi di legalità in materia penale e di non discriminazione, che sono garantiti dalla disposizione anzidetta. La Corte ha sciolto i nodi problematici sottesi alle questioni pregiudiziali, facendo leva su principi generali di diretta derivazione comunitaria - come quelli della leale cooperazione e dell'effettività del diritto comunitario e trasponendone le implicazioni sulla contigua base intergovernativa degli atti adottati secondo le procedure del terzo pilastro. In sostanziale accoglimento delle conclusioni svolte dall'Avvocato Generale, la Corte ha altresì operato un significativo richiamo non soltanto ai principi generali del diritto comunitario di cui all'art. 6 TUE, ma anche agli artt. 49, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza il 7

dicembre 2000, riconoscendone, in tal modo, un sicuro valore orientativo nell'ambito dello stesso *iter* motivazionale posto a fondamento della decisione. Con la sentenza citata, la Corte di giustizia ha respinto entrambe le questioni, dichiarando che, dall'esame di esse, non era "*emerso alcun elemento idoneo ad infirmare la validità della decisione quadro sul MAE*". In ordine al profilo della dedotta incongruità del ricorso allo strumento normativo della decisione quadro ex art. 34, par. 2, TUE, il giudice comunitario ha osservato che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri ben può avvenire, attraverso la scelta di quella tipologia di atto di diritto derivato, anche in relazione a settori diversi da quelli esplicitamente previsti nell'art. 31, n. 1, lett. e), TUE ed investire dunque anche la materia processuale del mandato d'arresto europeo. La tipologia dello strumento, cui le istituzioni comunitarie possono fare ricorso per realizzare le finalità di ordine generale indicate dagli artt. 2, par. 1, quarto trattino e 29, par. 1, TUE, non risulta esplicitamente indicata dall'art. 31, n. 1, lett. a) e b) TUE, mentre, a sua volta, la citata disposizione di cui all'art. 34 non stabilisce alcun ordine di priorità tra i possibili modelli di atti al riguardo utilizzabili. Sulla rilevante questione della conformità del mandato d'arresto europeo ai principi di legalità e di eguaglianza, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che l'art. 2, n. 2, della decisione quadro, nella parte in cui sopprime il tradizionale requisito della doppia incriminazione per le trentadue categorie di reato ivi elencate, non determina alcuna violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, atteso che la definizione degli stessi e delle sanzioni applicabili continua a rientrare nella competenza dello Stato membro emittente. Grava infatti su tale Stato l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali ed i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, tra i quali è indubbiamente ricompreso il principio di legalità dei reati e delle pene espressamente previsto, in particolare, dall'art. 7 CEDU e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza. Il giudice comunitario ha escluso, in particolare, che la decisione quadro sul MAE abbia ad oggetto un'attività di armonizzazione sostanziale degli elementi costitutivi dei reati e delle correlative sanzioni ad essi applicabili: pur essendo senz'altro auspicabile, non solo sul piano di una stretta razionalità dell'intervento normativo, il raggiungimento dell'obiettivo di una sostanziale omogeneità dei contenuti e del trattamento

sanzionatorio delle fattispecie penali di interesse comunitario è certo che nessuna disposizione del Titolo VI del TUE condiziona l'applicazione degli strumenti del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie alla preventiva definizione delle attività di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali. All'interno del nuovo assetto normativo, i tradizionali requisiti della reciprocità e della doppia incriminazione si trasformano: essi, infatti, vengono presupposti quando si tratta di determinate condotte criminose – quelle, cioè, direttamente o potenzialmente lesive di beni-interessi ritenuti meritevoli di speciale protezione nell'ambito dello spazio territoriale europeo – per le quali, proprio in quanto tipizzate e gravemente sanzionate nella generalità degli Stati membri oltre che soggette ad una massiccia opera di armonizzazione, la verifica della sussistenza della doppia incriminazione è stata ritenuta superflua dal legislatore europeo. Del resto, la strumentalità delle procedure di arresto e consegna all'esercizio della giurisdizione e all'efficace attivazione del potere punitivo dello Stato cui appartiene l'autorità giudiziaria emittente il mandato persiste anche all'interno del nuovo sistema di cooperazione delineato dalla decisione quadro. Mantenendo distinte le prospettive – pur tra loro strettamente connesse – della cooperazione e degli obblighi di armonizzazione, non sembra porsi, dunque, alcun problema di carenza di tassatività o determinatezza delle fattispecie incriminatrici, sia in quanto la finalità di armonizzazione sostanziale risulta estranea alla *ratio* ispiratrice dell'istituto, sia in quanto l'ambito naturale dell'esecuzione della cattura e del suo controllo da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato richiesto rimane quello del processo, che va mantenuto concettualmente e giuridicamente separato da quello dei suoi presupposti di diritto penale sostanziale, riferibili all'ordinamento dello Stato richiedente cui si presta collaborazione²⁸⁸. Ad avviso del giudice comunitario, inoltre, l'individuazione delle fattispecie di reato elencate nell'art. 2, n. 2, non comporta alcuna violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione, trattandosi di condotte che, per la loro natura e per l'entità della pena comminata, ben possono giustificare l'introduzione di un meccanismo di consegna obbligatoria basato sulla soppressione del requisito della doppia incriminazione.

²⁸⁸ In tal senso si esprime PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in AA. VV., *Mandato d'arresto. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di BARGIS M. e SELVAGGI, p. 45 ss.

B) I concetti di dimora e di residenza, che delimitano la sfera di applicazione del motivo di rifiuto facoltativo previsto dall'art. 4, n. 6, della decisione quadro, hanno costituito l'oggetto di una definizione uniforme da parte del giudice comunitario, che ha provveduto ad individuarla nella misura in cui essi si riferiscono a nozioni autonome del diritto dell'Unione europea. Con una sentenza del 18 luglio 2008 n. , infatti, la Corte di Giustizia - nel pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale proposto ai sensi dell'art. 35 TUE. dalla Corte d'appello regionale di Stoccarda nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso nei confronti di un cittadino polacco dalla competente autorità giudiziaria della Repubblica di Polonia - ha stabilito che *“l'art. 4, punto 6, della Decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo deve interpretarsi nel senso che: a) una persona ricercata “risiede” nello Stato membro di esecuzione qualora essa abbia ivi stabilito la propria residenza effettiva, mentre essa “dimora” in tale Stato qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito legami di intensità simile a quella dei legami di collegamento che si instaurano in caso di residenza; b) per stabilire se tra la persona ricercata e lo Stato membro di esecuzione esistano legami di collegamento che consentano di accertare che tale persona ricade nella fattispecie della dimora di cui al citato art. 4, punto 6, spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione effettuare una valutazione complessiva di una serie di elementi oggettivi che caratterizzano la situazione della persona interessata, tra i quali figurano, nello specifico, la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che la stessa intrattiene con lo Stato membro di esecuzione”*²⁸⁹. Ne consegue che, nelle rispettive norme nazionali di attuazione dell'art. 4, punto 6, gli Stati membri *“non sono legittimati a conferire a tali termini una portata più estesa”* di quella risultante dal modello d'interpretazione uniforme in tal modo fatto proprio dalla Corte di Giustizia.

C) Un'importante delimitazione dell'ambito di operatività della tradizionale regola della specialità (secondo cui una persona non può essere perseguita, punita o privata della libertà per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali è stata

²⁸⁹ V. Corte Giust. CE (Grande Sezione), 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4399 ss.

consegnata) è contenuta in una pronuncia del 1° dicembre 2008 della Corte di Giustizia, che si sofferma sulle specifiche implicazioni di tale fondamentale garanzia – posta a presidio, non solo della sovranità dello Stato richiesto, ma anche, dei diritti della persona ricercata - all'interno del nuovo meccanismo di consegna regolato dal mandato d'arresto europeo²⁹⁰. Secondo la Corte, in particolare, al fine di stabilire se il reato considerato sia o meno un reato diverso da quello che ha determinato la consegna, ai sensi dell'art. 27, n. 2, della Decisione quadro relativa al MAE, è necessario verificare se gli *elementi costitutivi del reato*, in base alla descrizione fatta dallo Stato membro emittente, siano quelli per i quali la persona è stata consegnata e se vi sia una *sufficiente corrispondenza* tra i dati contenuti nel MAE e quelli menzionati nel successivo atto processuale²⁹¹. In tal senso, eventuali mutamenti nelle circostanze di tempo e di luogo sono consentiti, a condizione che: a) derivino dagli elementi raccolti nel corso del procedimento instaurato nello Stato membro emittente in relazione ai comportamenti descritti nel MAE; b) non vi sia alterazione della natura del reato; c) non emergano motivi di rifiuto ai sensi degli artt. 3 e 4 della Decisione quadro. Spetta ovviamente al giudice nazionale competente procedere al bilanciamento tra gli elementi descrittivi dell'atto d'accusa e quelli contenuti nel mandato d'arresto europeo, sulla base del presupposto che la nozione di reato diverso da quello che ha determinato la consegna deve essere valutata tenendo conto degli sviluppi legati alle diverse fasi del procedimento ed alla stregua di ciascun atto processuale idoneo a modificare la qualificazione giuridica del reato²⁹². Quel che è certo, ad avviso della Corte, è che *“esigere l'assenso dello Stato membro di esecuzione per qualsiasi mutamento nella descrizione dei fatti andrebbe al di là delle implicazioni della regola della specialità e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito, enunciato nella decisione quadro, di accelerare e semplificare la*

²⁹⁰ V. Corte Giust. CE, Sez. III, 1° dicembre 2008, *Leymann e Pustovaron*, C-3888/08, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1287 ss.

²⁹¹ Nella nostra giurisprudenza, per un'analogia soluzione, v. Cass., sez. VI, 15 febbraio 1992, Annunziata, in *Giur. It.*, 1993, II, c. 130.

²⁹² E' infatti possibile, che nel corso del procedimento, sulla base di nuove acquisizioni probatorie, gli elementi costitutivi del reato siano ulteriormente precisati, o addirittura modificati, con la conseguenza che la descrizione del fatto emergente dalla sua iniziale configurazione al momento dell'emissione del mandato d'arresto potrebbe essere nel frattempo mutata in misura tale da porre in pericolo il rispetto del principio di specialità.

cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri". Un'ulteriore rilevante statuizione del giudice comunitario ha riguardato poi la portata dell'eccezione alla regola della specialità contenuta nell'art. 27, n. 3, lett. c), della Decisione quadro, in relazione all'ipotesi in cui il procedimento penale non dia luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale. In questi casi le autorità giudiziarie si trovano dinanzi a situazioni in cui sono chiamate a conoscere di un reato diverso da quello che ha determinato la consegna, poiché le varie eccezioni al principio di specialità si applicano unicamente in tali evenienze. L'eccezione sopra indicata deve essere interpretata, secondo la Corte, nel senso che, in presenza di un reato diverso da quello che ha dato luogo alla consegna, la procedura di assenso contemplata dall'art. 27, n. 4, della Decisione quadro va azionata (con la conseguenza che l'assenso deve essere richiesto ed ottenuto), se occorre far eseguire una pena o una misura privativa della libertà, mentre la persona consegnata può essere anche incriminata e condannata, prima che l'assenso sia stato ottenuto per il diverso reato, purché nessuna misura restrittiva della libertà personale venga applicata durante la fase di esercizio dell'azione penale, ovvero in quella del giudizio per tale reato. Ne discende che, se all'esito del giudizio la persona consegnata viene condannata ad una pena o misura restrittiva della libertà, è necessario che lo Stato richiedente ottenga l'assenso perché tale pena possa essere eseguita. Tuttavia, l'eccezione prevista dall'art. 27, n. 3, lett. c), non impedisce che la persona venga sottoposta ad una misura restrittiva della libertà prima che l'assenso sia stato ottenuto, *“qualora tale misura sia legalmente giustificata da altri capi d'imputazione figuranti nel mandato di arresto europeo”*. In conclusione, si è di fronte ad orientamenti che incidono in profondità sulla disciplina e sull'ambito di applicazione del nuovo meccanismo di consegna, ponendone in luce aspetti e profili di centrale rilevanza, la cui valutazione in sede processuale non può prescindere dall'esigenza di un'interpretazione uniforme da parte delle autorità giudiziarie dei vari Stati membri dell'UE.

D) Riguardo alle condanne in contumacia la Corte di Giustizia si è pronunciata²⁹³ sulla Decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e

²⁹³ V. sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 21 ottobre 2010 (C-306/09)

alle procedure di consegna tra Stati membri, stabilendo che gli artt. 4, punto 6, e 5, punto 3, devono essere interpretati nel senso che, quando lo Stato membro di esecuzione interessato abbia attuato nel proprio ordinamento l'art. 5, punti 1 e 3, della predetta Decisione quadro (rispettivamente inerenti alle garanzie speciali che lo Stato emittente deve fornire quando il MAE è stato emesso in relazione ad una decisione pronunciata "*in absentia*", ovvero in relazione ad un cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione), l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena pronunciata in contumacia ai sensi del citato art. 5, punto 1, può essere subordinata alla condizione che la persona interessata, cittadina o residente dello Stato membro di esecuzione, sia rinviata in quest'ultimo per scontarvi, eventualmente, la pena che sia pronunciata nei suoi confronti all'esito del un nuovo procedimento giudiziario svolto in sua presenza nello Stato membro emittente. In motivazione, il Giudice comunitario ha preso le mosse dal rilievo per cui la situazione di una persona condannata in contumacia, e che dispone ancora della possibilità di richiedere un nuovo processo, è paragonabile a quella di una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale, per concludere nel senso che nessuna ragione oggettiva osta a che un'autorità giudiziaria dell'esecuzione che ha applicato l'art. 5, punto 1, della predetta Decisione quadro applichi anche la condizione di cui all'art. 5, punto 3, della stessa.

Per quel che riguarda i limiti nell'esecuzione del mandato di arresto europeo nei casi di contumacia lo Stato membro di esecuzione ha diritto di condizionare la consegna di un condannato in attuazione del mandato di arresto europeo alla condizione che l'individuo sia riconsegnato dopo la celebrazione di un nuovo processo nello Stato emittente se la consegna riguarda una condanna frutto di una pronuncia resa in contumacia.

Prima di tutto, la Corte Ue ha chiarito che la presentazione di una richiesta di concessione dello status di rifugiato nello Stato di esecuzione non è un motivo rilevante, ai fini della decisione quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo, per rifiutare l'esecuzione del provvedimento. Tuttavia, tenendo conto che la decisione non fissa un obbligo assoluto di esecuzione del MAE è possibile, per le

autorità dello Stato di esecuzione, al fine di consentire il reinserimento sociale delle persone, condizionare la consegna alla riconsegna dopo la celebrazione del nuovo processo nello Stato emittente in presenza del condannato *in absentia*.

Nel caso di specie, un cittadino rumeno residente in Belgio era stato richiesto in consegna dal suo Stato di origine in vista dell'esecuzione di una sentenza emessa *in absentia*, ma opponibile dal condannato, secondo il diritto rumeno. I giudici belgi si sono interrogati sull'applicabilità alla fattispecie della disposizione della decisione-quadro che consente di condizionare la consegna ad un eventuale rientro dell'interessato nel territorio dello Stato di esecuzione del MAE affinché possa scontarvi la condanna. Poiché tale tipologia di consegna è prevista solo per il mandato di arresto europeo "*processuale*", si trattava di stabilire se tale possa essere considerato il mandato finalizzato all'esecuzione di una sentenza definitiva, ma ancora opponibile.

L'avvocato generale, nelle sue conclusioni²⁹⁴, ha ritenuto che un siffatto mandato possa rientrare in entrambe le categorie, in funzione del momento e del comportamento della persona interessata. In altri termini, il mandato è "*esecutivo*" allorché è emesso dalle autorità giudiziarie, ma può trasformarsi *de facto* (nel momento in cui la persona interessata chiede di essere giudicata nuovamente) in un mandato diretto all'esercizio di un'azione penale e tale mutamento non può comportare la perdita di nessuna delle garanzie previste dalla decisione quadro per tutte le persone che siano oggetto di un mandato d'arresto. Di conseguenza, l'avvocato generale ha proposto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 5, n. 3, della decisione quadro nel senso che, qualora sussistano le circostanze di cui all'art. 5, n. 1, della decisione medesima, permette ad uno Stato membro di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, alla condizione che lo Stato emittente garantisca che l'interessato, qualora sia cittadino o residente dello Stato di esecuzione, sia rinvio in quest'ultimo Stato membro per scontarvi la pena o la misura di sicurezza che eventualmente siano state pronunciate nei suoi confronti.

²⁹⁴ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte CEE Pedro Cruz Villalon presentate il 6 luglio 2010.

E) Sul motivo di rifiuto legato al principio del *ne bis in idem* la Corte di Giustizia si è pronunciata su due questioni pregiudiziali²⁹⁵ poste alla sua attenzione dalla Corte d'appello regionale di Stoccarda in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 3, n. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI (in forza del quale un mandato d'arresto europeo non deve essere eseguito se la persona ricercata è già stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti e tale sentenza, in caso di condanna, è stata eseguita, è in fase di esecuzione o non può più essere eseguita): a) con la prima di tali questioni si chiedeva di stabilire se la nozione di “*stessi fatti*” di cui all'art. 3, n. 2, della decisione quadro debba essere interpretata nel senso che la stessa fa riferimento al diritto dello Stato membro emittente o a quello dello Stato membro di esecuzione o, ancora, se essa debba costituire oggetto di un'interpretazione autonoma; b) con la seconda questione, la predetta autorità ha chiesto inoltre di verificare se tale nozione si applichi alla fattispecie in cui le autorità inquirenti, al momento della pronuncia della condanna della persona ricercata per un singolo episodio di detenzione di stupefacenti, disponevano già della prova della sua partecipazione ad un traffico più ampio, ma avevano deciso, per motivi legati a scelte strategiche nella conduzione delle indagini, di non promuovere l'azione penale nei suoi confronti con riferimento a tale partecipazione²⁹⁶. L'Avvocato Generale ha concluso²⁹⁷ suggerendo alla Corte di dichiarare: a) che la nozione di “*stessi fatti*” deve costituire l'oggetto di un'interpretazione uniforme in seno all'Unione europea, sulla stregua del parametro contenuto nell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; b) che, alla luce della giurisprudenza relativa all'interpretazione del su citato art. 54, la circostanza che – al momento della pronuncia della sentenza di

²⁹⁵ V. Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 16 novembre 2010 (C-261/09, *Mantello*).

²⁹⁶ Nell'ambito del procedimento - che ha tratto origine da un MAE emesso dall'autorità giudiziaria italiana nei confronti di un cittadino italiano residente in Germania, ed accusato di aver partecipato ad un traffico di cocaina organizzato tra la Germania e l'Italia - il presupposto della domanda di pronuncia pregiudiziale poggiava, da un lato, sul fatto che il ricercato era stato condannato da un giudice italiano per il reato di detenzione illecita di cocaina, e, dall'altro, sul fatto che le autorità inquirenti italiane sembravano disporre già, al momento di tale condanna, di informazioni sufficienti per incriminarlo per il reato di partecipazione al traffico di stupefacenti oggetto del mandato d'arresto europeo.

²⁹⁷ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte CEE *Yves Bot* presentate il 7 settembre 2010.

condanna della persona ricercata per un singolo episodio di detenzione illecita di stupefacenti – le autorità inquirenti disponessero di prove sull'implicazione della stessa in un più ampio traffico di stupefacenti è irrilevante ai fini della valutazione della nozione di “*stessi fatti*”.

La Corte ha stabilito, a tale riguardo: 1) che la nozione di “*stessi fatti*”, di cui all'art. 3, n. 2, della decisione quadro sopra citata costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione; 2) che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria emittente, rispondendo ad una richiesta di informazioni formulata dall'autorità giudiziaria di esecuzione, abbia espressamente rilevato, in applicazione della propria legge nazionale e nel rispetto delle esigenze derivanti dalla nozione di “*stessi fatti*” consacrata nell'art. 3, n. 2, della decisione quadro, che la precedente decisione pronunciata nel proprio ordinamento giuridico non costituisce una sentenza definitiva riguardante gli stessi fatti oggetto del proprio mandato di arresto e non osta quindi al perseguimento dei reati ivi indicati, l'autorità giudiziaria di esecuzione non ha alcun motivo per applicare, in relazione a quella pronuncia, il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3, n. 2, della menzionata decisione quadro. Ad avviso della Corte, in particolare, la natura “*definitiva*” di una sentenza va stabilita secondo il diritto dello Stato membro in cui tale sentenza è stata pronunciata. Conseguentemente, una decisione che, secondo l'ordinamento dello Stato membro che ha avviato un procedimento penale, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale per taluni fatti, non può costituire un ostacolo all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, in un altro Stato membro dell'Unione. Non è un ostacolo all'esecuzione di un mandato di arresto europeo l'adozione di una sentenza che non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale. In questi casi, infatti, non può essere applicata l'eccezione del *ne bis in idem*.

F) Sul consenso del soggetto per la consegna la Corte di Cassazione rumena²⁹⁸ ha sottoposto un'interessante questione alla Corte di giustizia, concernente il mandato di arresto europeo. Si è chiesto se il regime di consegna previsto dall'art. 5, punto 3, della decisione quadro (consegna del residente o cittadino dello Stato di esecuzione, ai fini di un'azione penale, condizionato al suo

²⁹⁸ V. Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Înalta Curte de Casație și Justiție* (Romania) il 28 maggio 2010 (Causa C-264/10)

ritrasferimento, una volta condannato) sia vincolato o meno al consenso della persona. Se dunque l'art. 5, punto 3, della decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 13 giugno 2002, 2002/584/GAI 1, debba essere interpretato nel senso che il ritorno (trasferimento) della persona condannata, precedentemente consegnata in forza di un mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale, nello Stato di cui ha la cittadinanza, ha luogo automaticamente anche in mancanza del suo consenso, consenso che è una condizione imposta dalla Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate. La questione è stata già affrontata dalla nostra Suprema Corte che ha stabilito il principio che la condizione del rinvio prevista dall'art. 19 lett. c) L. n. 69 del 2005 costituisce un requisito di legittimità della decisione di consegna, ogniqualvolta *“non vi sia una espressa diversa richiesta dell'interessato”*²⁹⁹.

5.- La decisione quadro e il rispetto delle garanzie fondamentali.

Diversi sono i limiti di questa decisione quadro dal punto di vista del rispetto dei diritti fondamentali³⁰⁰. Tutto ha origine in una sorta di mancanza originaria: la decisione quadro non è dotata di un valido quadro costituzionale. Senza una lista dettagliata delle garanzie e delle libertà fondamentali tutelate, senza un previo inquadramento delle competenze penali e l'istituzione di una giurisdizione suprema incaricata dell'uniforme interpretazione del diritto così creato, senza la specificazione della natura e degli effetti giuridici degli istituti del terzo pilastro, il solo principio del mutuo riconoscimento appare essere una base troppo fragile di un edificio che è ormai imponente. Tale mancanza d'un adeguato quadro costituzionale europeo non fa che aumentare il grado di refrattarietà dei sistemi giuridici nazionali. L'enigma originale del sistema giuridico comunitario, quello dei limiti concreti del principio del primato di tale diritto sul diritto interno – limiti che sono stati spesso identificati nel nocciolo duro delle libertà e dei diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali – si ripropone in maniera amplificata in questo delicato settore. Il mandato d'arresto non è che una delle espressioni più rappresentative di questo conflitto. La cooperazione di cui al

²⁹⁹ Cass. Sez. VI, n. 7108, 12/02/2009 - 18/02/2009, Rv. 243077.

³⁰⁰ V. per esempio LUGATO M., *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, n. 1, p. 27 ss.

terzo pilastro, entro la quale l'istituto del MAE si incardina, opera ancora, essenzialmente, su base intergovernativa, cosicché il deficit democratico che mina alla radice la legittimità delle istituzioni comunitarie vi assume una connotazione di ancora maggior gravità, dato che la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale tocca da vicino la delicata area dei diritti inalienabili degli individui, primo tra tutti il diritto alla libertà personale. In questa situazione, appariva quindi di cruciale importanza che le norme comunitarie sul MAE non si fossero prestate a critiche dal punto di vista del rispetto dei diritti inalienabili della persona umana, come garantiti a livello dei vari sistemi costituzionali degli Stati membri.

Nel capitolo seguente tratterò il caso dell'Italia inquadrandolo in questo contrasto che vede opporsi l'Europa, con il suo impulso d'integrazione, ai sistemi nazionali, con il loro istinto di conservazione. I nostri sistemi giuridici nazionali sono infatti il risultato di stratificazioni plurisecolari, che li rendono poco plasmabili ad opera dei cambiamenti provenienti dall'esterno.

La questione del rispetto dei diritti fondamentali nella fase di emissione del mandato resta, oltretutto, rimessa all'ordinamento interno dell'autorità emittente, senza che le si richiedano specifiche garanzie di assicurare un giusto processo al ricercato. In conclusione, la formulazione della decisione quadro presenta più di un aspetto critico dal punto di vista della conformità a norme costituzionali interne relative a diritti inalienabili dell'individuo, che garantiscono il diritto alla difesa e ad un giusto processo. E' vero che molte norme della decisione quadro fanno riferimento all'applicazione di norme di diritto interno dei vari Stati membri, quasi a contare sul fatto che il richiamo di tali norme, in sede di emanazione dei provvedimenti interni di attuazione della decisione quadro, possa valere a colmare le lacune sopra menzionate. Ma se questa fosse stata la strategia legislativa della norma comunitaria, essa, da un lato, non avrebbe tenuto conto del fatto che la decisione quadro è pur sempre vincolante per tutti gli Stati membri e non lascia loro spazi di autonomia quanto al risultato da ottenere (art. 34 Trattato UE), dall'altro ove tali spazi vi fossero, si darebbe per scontata una diversità di applicazione del MAE da Stato a Stato, stante la diversità delle discipline interne in materia, conseguenza, questa, che pur essendo dannosa dal punto di vista

dell'uniformità di applicazione del diritto comunitario, è quella che si sta puntualmente verificando, come vedremo tra poco.

Nel caso del mandato d'arresto, l'Italia rischia di diventare uno degli esempi più chiari del concretizzarsi di tale fenomeno. L'Italia, oltretutto, possiede una struttura costituzionale con una costituzione rigida, particolarmente minuziosa nella lista delle garanzie procedurali fondamentali, il cui rispetto è sorvegliato da una Corte costituzionale che esercita il suo controllo *ex post* sull'opera del legislatore ordinario. Effettivamente, la legge di attuazione ha tentato di smussare le incompatibilità tra la decisione quadro e la Costituzione, ma i risultati pratici non sono stati soddisfacenti. Si comprende, quindi, come il legislatore ordinario abbia un ruolo obiettivamente difficile, essendo compresso da un lato da termini troppo stringenti ed da una crescente domanda di sicurezza e dall'altro dalla rigidità del sistema interno.

CAPITOLO II

IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

1.- La posizione dell'Italia durante i negoziati.

Al fine di contestualizzare la normativa sul MAE, sarà opportuno analizzare la posizione tenuta dall'Italia durante i negoziati all'interno del Consiglio dell'Unione.

La posizione della politica italiana sul mandato d'arresto europeo è stata fin dalla fase iniziale abbastanza rigida. Infatti l'Italia ha assunto un ruolo di opposizione nei confronti di tale decisione quadro tentando fino alla fine di ottenere un accordo diverso da quello poi ottenuto o comunque di avere uno strumento con un impatto ridotto rispetto a quello prospettato dagli altri Stati. La necessità di una riforma del sistema italiano di giustizia penale e una Costituzione, con norme penali rigide, hanno generato un forte dibattito tra i politici, gli studiosi di diritto e i giudici. Una delle prime ostilità s'era già manifestata in occasione della riunione del Consiglio GAI del 6 e 7 dicembre 2001, quando la delegazione italiana era stata l'unica ad esprimere il proprio dissenso sull'articolo 2 della proposta di compromesso avanzata dalla presidenza belga³⁰¹. L'idea era quella di limitare la lista dei reati prevista dall'articolo 2-2 della futura decisione quadro – cioè quelli su cui viene meno il controllo sulla doppia incriminazione – a sole sei fattispecie, in luogo delle trentadue previste nell'attuale legge italiana³⁰². Venivano esclusi da questa lista di alcuni reati ai quali l'Unione si era già interessata nella prospettiva del ravvicinamento del diritto sostanziale: tra questi figuravano la frode, la corruzione e il riciclaggio³⁰³. Si trattava oltretutto delle sei

³⁰¹ V. SALAZAR L., *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 8, p. 1042 ss.

³⁰² V. CHIAVARIO M., *Giustizia: il mandato di cattura europeo mette a nudo le contraddizioni italiane*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 22 dicembre 2001, p. 11 ss: tale posizione era stata sostenuta dal Ministro della Giustizia Gianfranco Castelli, ma era stata anche smentita dal Presidente del Consiglio; GREVI V., *Il "mandato d'arresto europeo" tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, p. 122 ss.

³⁰³ V. BRUTI LIBERATI E. – PATRONE I. J., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Questione giustizia*, I, 2002, p. 2297 ss.; CALVANESE E. – DE AMICIS G., *Via libera dell'Assemblea di Strasburgo al mandato di cattura formato Europa*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 Ore*, 16 febbraio 2002, p. 104 ss.

tipologie di reato previste già nel Trattato d'extradizione italo-spagnolo³⁰⁴. Il Ministro della Giustizia italiano, di quel periodo, ha mantenuto durante i negoziati un atteggiamento molto duro tanto che sembrava difficile trovare una soluzione di compromesso.

In seguito però alle pressioni esercitate dall'opinione pubblica³⁰⁵, la posizione italiana si era già mitigata al Consiglio europeo di *Laeken*.

Secondo un accordo tra il Primo Ministro belga ed il nostro Presidente del Consiglio, l'Italia avrebbe accettato la proposta di compromesso in cambio dell'inserimento da parte del Consiglio di una dichiarazione di questo tenore: "*Per dare esecuzione 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, e per avvicinare il suo sistema giudiziario ed ordinamentale ai modelli europei, nel rispetto dei principi costituzionali*". Tale dichiarazione però era stata semplicemente iscritta nel processo-verbale del Consiglio e il suo valore giuridico era pressochè nullo. Infatti la dichiarazione verbalizzata su richiesta del Governo, non presente nel

³⁰⁴ Per il testo di tale Trattato, v. *Guida al Diritto – Il Sole 24 ore*, n. 3, 2001, p. 106 ss, con il commento di E. Selvaggi. Esso è stato spesso considerato come l'antecedente storico del mandato d'arresto europeo. Il Primo Ministro spagnolo Aznar ed il suo omologo italiano Amato l'avevano concluso soprattutto allo scopo di risolvere il problema dell'extradizione dalla Spagna verso l'Italia dei cittadini italiani condannati in contumacia per le loro attività legate alla Mafia o ad altre organizzazioni criminali. La sua logica era già quella dell'instaurazione di uno spazio giuridico comune fondantesi sul principio del mutuo riconoscimento, in particolare attraverso l'eliminazione del filtro politico nel procedimento, del controllo sulla doppia incriminazione, del rifiuto dell'extradizione delle persone condannate in contumacia, e attraverso la limitazione del principio di specialità. Ma vi erano tuttavia due differenze fondamentali con il mandato d'arresto europeo: 1) la natura giuridica differente dello strumento: Il Trattato bilaterale Italia-Spagna era infatti uno strumento classico di diritto internazionale, mentre il mandato d'arresto europeo è stato istituito da una decisione quadro. Come vedremo *infra*, para. 14, questa osservazione è molto importante, soprattutto nei confronti dell'articolo 26 della Costituzione italiana; 2) il diverso campo d'applicazione: il Trattato con la Spagna è stato concluso per combattere i crimini più gravi: terrorismo, criminalità organizzata, traffico di stupefacenti, traffico d'armi, tratta di esseri umani, abusi sessuali sui minori, crimini tutti passibili di una pena massima di almeno quattro anni di reclusione. La limitazione del campo d'applicazione può dunque spiegare, senza forse giustificarla, la posizione minimalista tenuta dall'Italia durante i negoziati concernenti il mandato d'arresto. V., per maggiori dettagli, IUZZOLINO G., *Cooperazione internazionale e mandato d'arresto europeo*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, p. 11 ss.; MAPELLI C., *La loi espagnole 3/2003, du 14 mars, sur le mandat d'arrêt européen*, in *ERA-Forum : scripta iuris europaei 2003*, n° 4, p. 47 ss.

³⁰⁵ V. SELVAGGI E.-VILLONI O., *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cassazione penale*, 2002, II, p. 447 ss.

testo della decisione quadro³⁰⁶, non ha alcun effetto né pratico né legale, così come sottolineato anche da più d'una pronuncia della CGCE³⁰⁷. Ma oltretutto non era chiaro neppure quale fosse l'esatto significato di questa dichiarazione. Come avrebbe potuto l'Italia avvicinare il proprio sistema giudiziario ai modelli europei, se un modello europeo d'organizzazione giudiziaria non esiste ancora? Al contrario, esiste in Europa un insieme estremamente eterogeneo di sistemi processuali e di modelli d'organizzazione giudiziaria³⁰⁸.

2.- Possibili profili di incompatibilità costituzionale della decisione quadro sul MAE.

La decisione quadro sul MAE può essere attaccata in ragione della sua incompatibilità rispetto a taluni diritti fondamentali tutelati dalla nostra Costituzione. In Italia, l'introduzione del mandato d'arresto si è scontrata con una tradizione costituzionale gelosa custode delle proprie conquiste nel campo del diritto penale come ad esempio le norme sulla magistratura, sul giusto processo e sulle garanzie giurisdizionali. L'ampio dibattito apertosi, non solo in sede parlamentare, ma anche nella dottrina, in occasione dei lavori che hanno preceduto il completamento e l'entrata in vigore della L. n. 69/2005, è stato fortemente condizionato da una serie di preoccupazioni legate a possibili contrasti tra il MAE ed alcuni principi costituzionali. Invero, i rilievi formulati riguardavano soprattutto: a) l'eventuale natura politica del reato ai fini della consegna, in relazione agli artt. 10 e 26 della Costituzione; b) l'esigenza di evitare che il venir meno della doppia incriminazione si traducesse in una serie di violazioni di principi costituzionali, e nello specifico di quelli di eguaglianza, di

³⁰⁶ Mentre per l'Austria, come per Gibilterra, una clausola speciale è stata però inserita nella versione finale della Decisione Quadro all'art. 33, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, niente con riguardo all'Italia è rinvenibile nella versione ufficiale e definitiva.

³⁰⁷ V. CGCE 30 gennaio 1985, *Commissione c/ Danimarca*, aff. 143/83, Rec. p. 423 ; CGCE 26 febbraio 1991, *The Queen c/Immigration Appeal tribunal, ex parte Antonissen*, aff. 292/89, Rec. p.I-745, e CGCE 19 marzo 1996, *Commission c/ Consiglio*, aff. 25/94, Rec. p. I-1469. V. SELVAGGI E., *Il mandato d'arresto europeo alla prova dei fatti*, in *Cassazione penale*, 2002, 10, p. 2979 ss.

³⁰⁸ Vi sono per esempio dei Paesi nei quali il pubblico ministero dipende dal Ministro della Giustizia, ed altri – tra i quali l'Italia – in cui il principio è al contrario quello dell'indipendenza delle procure rispetto a qualsivoglia influenza esercitata dagli esecutivi. Per non parlare della diversità esistente tra i Paesi che aderiscono al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale rispetto a quelli che aderiscono all'opposto principio dell'opportunità.

legalità e di difesa (artt. 3, 24 e 25 Cost.); c) l'esigenza di evitare che un eventuale allargamento dell'area di applicazione del MAE non si ponesse in contrasto con la riserva di legge costituzionale in materia penale (art. 25 Cost.).

Su tale dibattito italiano ha notevolmente influito un autorevole parere³⁰⁹ reso da Vincenzo Caianiello e Giuliano Vassalli, su richiesta dal Governo come *parere pro veritate*. In tale sede si è giunti alla conclusione che la proposta di decisione quadro presentava possibili profili di incostituzionalità e nello specifico: la proposta viola il principio di tassatività della norma penale e la richiesta di riserva di legge per le norme penali, in quanto è basata su una lista che non rispecchia tali principi e costituisce semplicemente una sommaria enunciazione; la proposta viola i principi costituzionali sulla libertà personale come stabiliti dall'articolo 13, in accordo con gli articoli 104 e 111 della Costituzione³¹⁰, permettendo una deroga alle leggi nazionali in materia di emanazione ed esecuzione di ordini di custodia, leggi che nel nostro sistema sono strettamente legate a previsioni costituzionali e costantemente vagliate dalla Corte costituzionale. La proposta viola altresì i principi costituzionali in materia di estradizione, articoli 10 e 26 della Costituzione italiana: tale violazione riguarda norme attinenti alla protezione e promozione dei diritti fondamentali il cui primato deve essere confermato su tutte le norme e leggi, incluse quelle internazionali (pattizie o consuetudinarie); la proposta viola inoltre, le limitazioni previste dagli articoli 31 e 34 del Trattato sull'Unione Europea, la lista dei crimini, infatti, eccede le indicazioni incluse nell'articolo 31 lett. e) e non rispetta l'articolo 34 comma 2, let. d), violando le competenze delle autorità nazionali con riguardo alla scelta delle forme e degli strumenti.

2.1.- L'inviolabilità della libertà personale e il principio di tassatività.

L'articolo 13, primo comma, della Costituzione stabilisce che “*la libertà personale è inviolabile*”. Il secondo comma precisa che “*non è ammessa forma*

³⁰⁹ V. CAIANELLO–VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 462 ss.

³¹⁰ Competenza ad emettere un ordine di custodia, riserva di legge riguardo le forme e le possibilità di tali ordini, organizzazione delineata in Costituzione del sistema giudiziario, motivazione obbligatoria per tutte le misure che dispongono misure restrittive della libertà, e possibilità di ricorrere in Cassazione per una violazione di legge.

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". La dottrina afferma che in materia vige una riserva assoluta di legge. In altri termini, le limitazioni della libertà personale sono affidate alla competenza esclusiva della magistratura, che a sua volta è sottoposta alla legge. Quest'ultima è la legge in senso formale, ovvero la legge emanata dal Parlamento, che regola tutte le fasi dell'esercizio del potere di limitazione della libertà personale. Ora, poiché la decisione quadro è stata trasposta nel sistema giuridico nazionale con una legge in senso formale, il problema del rispetto del principio di legalità e della riserva di legge non si pone.

Ma nel sistema giuridico italiano, uno dei corollari del principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) è il principio di *tassatività* o *tipicità* delle fattispecie incriminatrici. Si tratta di un principio d'origine giurisprudenziale e dottrinale, secondo cui è necessario che la norma sia formulata, nell'indicazione di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del fatto incriminato³¹¹, con un grado di esattezza di natura tale da consentire al giudice l'individuazione del tipo di fatto definito³¹². Tale principio si fonda principalmente sull'articolo 25 della Costituzione, interpretato alla luce degli articoli 112 e 24, secondo comma, della Costituzione stessa³¹³.

Vi è una differenza fondamentale tra il principio di legalità e il principio di tassatività³¹⁴. Il primo, inerente alla gerarchia delle fonti normative, è volto alla tutela degli individui da eventuali abusi da parte del potere esecutivo, mentre il secondo, attinente alla tecnica di formulazione della norma, è volto a salvaguardare gli individui dagli eventuali abusi del potere giudiziario. Nonostante la sua dimensione sostanziale, il campo d'applicazione del principio

³¹¹ V. BARTONE N., *Mandato d'arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 65 ss.

³¹² Il principio di tassatività è formulato in modo più rigoroso dalla giurisprudenza nazionale rispetto all'analogo principio di prevedibilità che si ritrova nella giurisprudenza della Corte EDU: v. aff. *Cantoni c. France*, sentenza del 15 novembre 1996, *Rec. arr. déc.* 1996-V, para. 29-35.

³¹³ L'articolo 25 della Costituzione stabilisce che "*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*". L'articolo 24, comma secondo, garantisce il diritto alla difesa quale "*diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*", mentre l'articolo 112 stabilisce il principio secondo il quale il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

³¹⁴ V. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale*, III ed., Zanichelli, 2002, p. 65 ss.

di tassatività si estende altresì, per mezzo dell'articolo 13 della Costituzione, alle norme procedurali incidenti sulla libertà delle persone.

Vassalli e Caianello avevano trovato diversi profili di contrasto tra i suddetti principi costituzionali e la lista delle 32 tipologie di reato contenuta nell'articolo 2-2 della decisione quadro. Tali reati sono quelle per i quali non sarà più richiesto il controllo sulla doppia incriminazione, se nello Stato membro di emissione *“il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni”*. La mancanza di precisione di tale lista avrebbe minacciato il principio di tassatività. Ma una lacuna del genere avrebbe anche irrimediabilmente leso e il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (articolo 112), perché avrebbe introdotto dei criteri imprecisi, tali da non permettere di verificare il rispetto dell'obbligo di perseguire e del diritto di difesa (articolo 24), impedendo all'imputato di potersi confrontare con un capo d'imputazione e un fatto preciso. Una parte della dottrina³¹⁵ aveva provveduto a svolgere un'analisi comparativa delle definizioni dei reati di frode, truffa, criminalità informatica, furto, riciclaggio, corruzione, ed associazione criminale in Italia, Francia, Germania e Spagna, arrivando alla conclusione che, in ragione delle differenze esistenti nei vari ordinamenti giuridici sulla definizione di tali reati, il mandato d'arresto europeo non garantiva il rispetto del principio di tassatività. Una parte della dottrina ha tuttavia considerato eccessiva tale conclusione, dato che la maggior parte dei reati contenuti nella lista sarebbe stata costituita da fattispecie già note al codice penale italiano o già armonizzate o in via di armonizzazione a livello europeo o internazionale. Sarebbe stato comunque più opportuno procedere alla preventiva armonizzazione delle nozioni di reato indicate nella lista dell'articolo 2-2, o escludere temporaneamente da tale lista i crimini non armonizzati.

Un altro problema può sorgere da un'attenta lettura della decisione quadro: la possibilità che alcune legislazioni nazionali prevedano un'ampia possibilità di perseguire anche crimini commessi fuori dal loro territorio, pure da i non cittadini. In questo caso la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo fornisce come garanzia processuale solo la possibilità di una non esecuzione discrezionale del

³¹⁵ V. GALANTINI N., *Prime osservazioni sul mandato d'arresto europeo*, in *Il Foro ambrosiano*, 2002, p. 268 ss.

MAE decisa dal giudice dell'esecuzione. Altre disposizioni per limitare questo possibile abuso del mandato d'arresto europeo possono essere inserite nella legge nazionale di esecuzione.

Allo stesso modo, non sembrano condivisibili i rilievi di incostituzionalità riguardanti l'eliminazione della doppia incriminazione operata dalla decisione quadro dato che le fattispecie indicate nell'art. 2.2 corrispondono a fattispecie penali comuni agli Stati membri. E' da considerarsi, infatti, che l'elenco dell'art. 2.2 comprende fattispecie che per larga parte erano state armonizzate nell'ambito dell'Unione europea o in sede internazionale. Oltretutto il tradizionale requisito della doppia incriminazione, non viene veramente eliminato, ma è invece valorizzato *ex ante*, poiché le varie fattispecie elencate nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, costituiscono ipotesi criminose in ciascuno degli ordinamenti degli Stati membri.

Inoltre, nessuno dei trentadue reati per i quali l'art. 2 della decisione quadro stabilisce la nuova regola dell'automaticità nella consegna del ricercato, può essere considerato politico. Nella stessa prospettiva, la clausola di non discriminazione al considerando n. 12 della decisione quadro è stata ritenuta sufficiente per evitare eventuali rischi di strumentalizzazione o manipolazione politica del mandato d'arresto europeo, consentendo di rifiutare la consegna qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che sia stato emesso al fine di perseguire penalmente una persona a causa delle sue opinioni politiche. Infatti la scelta effettuata dalla decisione quadro è coerente con un contesto, quale è quello europeo, caratterizzato da una progressiva evoluzione nel senso della limitazione dell'opponibilità di tale reato come motivo di rifiuto dell'extradizione che, preso l'avvio con le convenzioni del Consiglio d'Europa, ha trovato il suo naturale sviluppo nell'ambito dell'Unione europea che persegue obiettivi di realizzazione di uno spazio giudiziario comune tra gli Stati membri. Ciò nonostante, ancora una volta, l'Italia non ha provveduto a formulare riserve sul punto, né si è pensato ad una modifica della Costituzione³¹⁶.

³¹⁶ In Italia, la questione d'incostituzionalità concernente l'esclusione dei reati politici tra i motivi di rifiuto del mandato d'arresto si è posta, ma non negli stessi termini che in Francia, dove si è arrivati a modificare la Costituzione. V. *Loi constitutionnelle* n° 2003-267 del 25 marzo 2003, seguita dalla legge d'implementazione n. 2004-204 del 9 marzo 2004, detta legge "*Perben II*", *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, pubblicata nel JORF del 10

2.2.- Il giudice naturale precostituito per legge, la magistratura e il “giusto processo”.

Un'altra critica rivolta alla decisione quadro sul MAE è che i suoi atti di esecuzione possono violare il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge.

La decisione quadro non incide, a prima vista, sulle regole nazionali attinenti alla giurisdizione rispettando pertanto il principio di sussidiarietà e la libertà degli Stati membri di darsi delle proprie regole procedurali. In realtà, l'eventualità che dei conflitti di giurisdizione estremamente difficili da risolvere possano insorgere è reale. Il semplice utilizzo del principio del mutuo riconoscimento non sembra sufficiente: i codici penali o di procedura penale nazionali possono accogliere contenere dei criteri che superano il principio di territorialità, estendendo la giurisdizione nazionale al di là delle frontiere statali. La stessa nozione di territorialità non è univoca: essa può cambiare da Stato a Stato. Oltretutto il principio è inadeguato per alcune tipologie di reato, come ad esempio la criminalità informatica, è per sua natura a-territoriale.

Il problema riguardante l'Italia, la cui Costituzione all'articolo 25 stabilisce esplicitamente che “nessuno può essere distolto dal giudice nazionale precostituito per legge” riguarda anche tutti gli altri Stati membri. Infatti, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea garantisce all'articolo 47, secondo comma, che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge”. Affinché il principio sia rispettato, secondo la giurisprudenza e la dottrina dominante, è necessario che nel momento in cui si ha un fatto da giudicare, si conosca già il giudice competente, senza alcun margine di discrezionalità in modo da evitare che ognuno possa ricercare il foro più favorevole. L'articolo 4-7 della decisione quadro offre come rimedio quello di permettere all'autorità giudiziaria *ad quem* di rifiutare l'esecuzione di un mandato

marzo 2004, p. 4567 ss. ; PRADEL J., *Le mandat d'arrêt européen – Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition (1)*, in *Le Dalloz*, 20 maggio 2004, n. 20, *Chroniques*, p. 1392 ss. ; MABAKA P., *Remarques sur la loi constitutionnelle relative au mandat d'arrêt européen*, in *Les Petites affiches* 2003, 392, n. 147, p. 6 ss. Nel nostro Paese, invece, la questione è stata risolta reintroducendo il rifiuto dell'extradizione per i reati politici.

d'arresto europeo riguardante reati “a) che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in un luogo assimilato al suo territorio; oppure b) che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro emittente, se la legge dello Stato membro di esecuzione non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio”. Ma si tratta di una soluzione insufficiente, poiché la definizione di reati commessi al di fuori del territorio è lasciata agli Stati ed è pertanto variabile³¹⁷. Senza l'istituzione d'un sistema europeo di assegnazione delle competenze penali il fenomeno del *forum shopping* rischierebbe d'assumere delle proporzioni incontrollate³¹⁸. Al contrario, l'introduzione di regole rigide di attribuzione della giurisdizione comporterebbe una rottura nello spazio giudiziario europeo. Tali regole dovrebbero essere essenzialmente fondate sul principio di territorialità, in modo che un fatto sia punibile unicamente secondo la legge del Paese nel quale è stato commesso. Così facendo, i principi della responsabilità penale personale, della certezza del diritto, di legalità, del mutuo riconoscimento³¹⁹ e di sovranità nazionale ne uscirebbero rafforzati.

Secondo il primo comma dell'articolo 104 della Costituzione italiana, “la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”. Vassalli e Caianello avevano ritenuto che l'eliminazione di qualsiasi tipo di

³¹⁷ La Comunicazione *reconnaissance mutuelle* del 26 luglio 2000, cit., § 13, esprimeva la coscienza di tale difficoltà: “...Le problème devient particulièrement aigu dans les cas où une compétence universelle...est d'application...il n'est pas inhabituel que plusieurs États membres soient compétents. Il n'y a pas de règle de litispendance ni de hiérarchie des niveaux juridictionnels, mais seulement une incitation, parfois, à coordonner et, dans la mesure du possible, à centraliser les poursuites ».

³¹⁸ V. Comunicazione *reconnaissance mutuelle* del 26 luglio 2000, cit., § 13.1: «Un autre argument en faveur d'une série de règles de compétences clairement définies est la nécessité d'éviter la recherche du tribunal le plus favorable. Il faudrait rendre la chose impossible quelle que soit la partie à la procédure qui tente d'agir de la sorte, qu'il s'agisse de l'accusation ou de la défense. Dans la plupart des cas, les autorités compétentes des États membres (éventuellement) concernées pourraient déterminer seules, en interprétant les règles de compétence, si c'est dans leur État membre qu'il convient ou non d'engager des poursuites dans une affaire».

³¹⁹ V. Comunicazione *reconnaissance mutuelle* del 26 luglio 2000, cit., § 13.2: «... Si des règles communément établies prévoient explicitement que les autorités d'un (seul) État membre sont compétentes pour juger une affaire donnée, les autres États membres reconnaîtront et accepteront cette décision plus facilement que si leurs propres autorités étaient également compétentes pour décider. Cela s'applique à la fois aux différences en matière de droit pénal substantiel et de droit procédural pénal. En effet, même lorsqu'il n'y a pas double incrimination, l'État membre invité à exécuter une décision concernant un acte qui n'est pas constitutif d'un délit au regard de sa propre législation devrait l'accepter plus facilement, étant donné que cette décision repose sur des normes communément admises fixant les responsabilités pour une affaire donnée».

controllo preliminare sul merito e sulla legalità degli atti provenienti da una autorità giudiziaria straniera – e, dunque, diversa dall'autorità di cui parla l'articolo 104 – avrebbe potuto generare una violazione delle garanzie del giusto processo *ex* articolo 111 della Costituzione come ad esempio il principio della motivazione dell'atto e quello secondo il quale tutte le sentenze e gli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria riguardanti la libertà personale sono suscettibili di ricorso in Cassazione.

2.3.- I principi costituzionali in tema di estradizione: gli articoli 10-4 e 26 della Costituzione.

Con l'introduzione nel nostro ordinamento del MAE si è realizzata la sostituzione dell'extradizione tra gli Stati membri con un sistema di consegne dirette tra autorità giudiziarie straniere. E' venuta meno, così, una delle più antiche forme di protezione del cittadino di cui all'art. 26 della Costituzione.. Il compito del legislatore nell'attuazione del MAE, è stato quello di predisporre una normativa che conciliasse le esigenze di semplificazione delle procedure di consegna tra Stati diversi con il suddetto principio costituzionale. Oltretutto, il nuovo istituto comportava una perdita rilevante di sovranità dell'Italia. Non si è trattato di una mancanza di fiducia nel sistema di cooperazione giudiziaria europea, ma della consapevolezza che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia avrebbe presupposto un'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri. Al fine di evitare una diminuzione delle garanzie costituzionali si è posta l'attenzione non solo ai benefici interni derivanti da una semplificazione delle procedure, ma anche al costo e ai rischi di una riduzione delle garanzie, che avrebbe potuto comportare un'attuazione della decisione quadro che si fosse tradotta in un mero e passivo recepimento della stessa nell'ordinamento interno. La legge n. 69/2005 ha così cercato di dare una soluzione alle numerose questioni di diritto costituzionale derivanti dal venir meno dell'extradizione. Tuttavia, si è ritenuto, che l'attuazione della decisione quadro sul MAE non richiedesse una specifica modifica costituzionale. Ai sensi dell'articolo 26, primo comma, della Costituzione, *«L'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni*

internazionali». Ai sensi del comma successivo, essa «*non può in alcun caso essere ammessa per reati politici*». Il medesimo principio, è sancito per gli stranieri all'articolo 10, quarto comma, in virtù del quale «*non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici*». Si è sostenuto che il MAE non sarebbe conforme ai suddetti articoli della Costituzione. Cominciando dal preteso contrasto tra la disciplina del MAE che, come si è visto non esclude in principio la consegna dei cittadini dello Stato di esecuzione, e il dettato costituzionale relativo all'estradizione di tali persone, tale preteso contrasto va escluso proprio in ragione della formulazione dell'art. 26, 1° comma della Costituzione. La circostanza che la norma non sancisce un divieto assoluto di estradizione del cittadino, ammettendola su base convenzionale, denota che nella nostra Costituzione non vi è una preclusione di principio in ordine alla possibilità di estradizione dei cittadini italiani, escludendo così che sia ipotizzabile sotto questo profilo una questione di costituzionalità della decisione quadro. Né sembra che in contrario possa addursi che nel caso del MAE la consegna del cittadino sia stabilita non da una convenzione, bensì da un atto normativo dell'Unione europea. I dubbi più forti hanno riguardato, proprio la natura giuridica dello strumento adottato per l'istituzione del mandato d'arresto europeo, poiché una decisione quadro non è assimilabile ad una convenzione internazionale. Questa questione delicata è stata estremamente dibattuta. Alcuni autori trovavano la soluzione del problema nel fatto che l'estradizione in senso classico si differenziasse dalla semplice consegna istituita dalla decisione quadro, o nel fatto che le basi di quest'ultima fossero da ritrovare nel Trattato sull'Unione europea (articoli 31 e 34), che è una convenzione internazionale. Ciò non incide sulla scelta di principio effettuata dal Costituente che, se si applica alle convenzioni internazionali, vale altresì per un atto previsto dal TUE, la cui efficacia nel nostro ordinamento trova fondamento nell'art. 11 della Costituzione.

3.- L'esitazione del Governo e le proposte di legge presentate dal Parlamento.

Anche dopo aver fornito la propria approvazione, l'Esecutivo italiano non ha mai avuto un approccio entusiasta nei confronti del mandato d'arresto. Un decreto del Ministro della Giustizia del 19 marzo 2003 aveva istituito una

“Commissione per la predisposizione di uno schema di disegno di legge per l’attuazione della decisione quadro relativa al mandato d’arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, previo accertamento dell’ambito di adeguamento della normativa interna e di eventuali profili di compatibilità con i principi ordinamentali e costituzionali”. Tale Commissione, composta da esperti provenienti dal mondo accademico e professionale, aveva effettivamente presentato le proprie conclusioni entro il termine prestabilito del 30 giugno 2003. Il Governo, tuttavia, non ha mai tradotto lo schema proposto in un’iniziativa ufficiale, malgrado gli impegni presi dal Ministro della Giustizia durante il semestre di Presidenza italiana del Consiglio dell’Unione. Quindi il Governo non ha mai provveduto a presentare un disegno di legge, lasciando l’iniziativa al Parlamento.

Una proposta di legge e due proposte di delega legislativa erano state sottoposte all’esame del Parlamento da partiti facenti capo all’opposizione. La prima era la cosiddetta proposta «Kessler»³²⁰, dal nome del suo primo firmatario, redatta dal gruppo parlamentare dei Democratici di Sinistra³²¹. Tale proposta, si ispirava al principio del mutuo riconoscimento. Essa non diceva nulla sulle eventuali condizioni che un mandato d’arresto di provenienza da un altro Paese membro UE avrebbe dovuto soddisfare e sul problema della lista dei reati contenuta nell’articolo 2-2 della decisione quadro. Questa proposta è stata profondamente modificata ad opera dei deputati della maggioranza in occasione della discussione alla Commissione Giustizia della Camera, a tal punto che l’onorevole Kessler ne ha rinnegato la paternità³²². Il nuovo testo è stato indicato come «proposta Pecorella»³²³, dal nome del presidente della Commissione Giustizia. Esso ha di fatto riunito le tre proposte precedenti in un solo testo sottoposto all’esame dell’Assemblea. In base a questa proposta, il giudice dell’esecuzione avrebbe avuto non soltanto il compito di procedere ad un

³²⁰ *Proposta di legge* n. 4246, presentata il 30 luglio 2003.

³²¹ A questa avevano fatto seguito la proposta di delega legislativa “*Buemi*”, presentata dai Socialisti democratici italiani, dall’Udeur e dai Verdi, e la “*proposta-fotocopia*” “*Pisapia*”, presentata dai deputati di Rifondazione Comunista.

³²² *Proposta* n. 4246-A. Essendo stato definitivamente deliberato il testo della Commissione Giustizia il 17 marzo, l’onorevole Kessler aveva proposto un testo alternativo di minoranza, il n. 4246-bis.

³²³ V. la dichiarazione dell’onorevole Pecorella nel corso della seduta del 19 aprile 2004 alla Camera.

sostanziale controllo sul merito della richiesta, ma anche quello di verificare che il mandato d'arresto fosse stato firmato da un giudice indipendente poiché l'Italia avrebbe eseguito soltanto i mandati provenienti da Stati che rispettassero «*i principi e le disposizioni contenuti nella Costituzione, ivi compresi quelli relativi alla magistratura come ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*».

Il compito di dare attuazione ad una decisione quadro, avente come oggetto la libertà della persona ed i rapporti tra magistrati di Paesi con tradizioni giuridiche e culturali differenti, è apparso subito, al Parlamento particolarmente arduo. Infatti con la legge di attuazione il Parlamento italiano doveva in primo luogo assicurare che la creazione di un'area penale comune non portasse con sé una perdita dei valori e delle garanzie del nostro ordinamento. La legge di trasposizione per raggiungere questo obiettivo ha utilizzato alcune soluzioni originali spesso in contrasto con la decisione quadro.

4.- La L. 22 aprile 2005, n. 69, sul recepimento del mandato d'arresto europeo.

La legge n. 69 del 22 aprile 2005³²⁴ ha dato attuazione -ben al di là dei limiti temporali massimi e per ultimo tra i Paesi *Schengen*- nell'ordinamento italiano alla decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo con l'introduzione nella legislazione nazionale delle disposizioni di natura processuale necessarie per regolamentare l'istituto.

La legge italiana per prima cosa sviluppa e traduce in norme concrete i generici riferimenti ai diritti fondamentali che, nella decisione quadro, figuravano solo nei *consideranda* e nell'art. 1, n. 3. Si potrebbe pensare che, con queste disposizioni, il legislatore italiano si sia mantenuto entro i limiti del suo obbligo di rispettare la decisione quadro quanto al risultato da ottenere (art. 34, n. 2, lett. b, Trattato UE), in quanto, queste aggiunte potrebbero essere riconducibili al

³²⁴ Legge n. 69 del 22 aprile 2005, *Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 98 del 29 aprile 2005 ed entrata in vigore il 14 maggio 2005, allo scadere dei classici 15 giorni di *vacatio legis* previsti dall'articolo 10 delle disposizioni preliminari al Codice civile. Cfr. l'Addendum del Segretariato Generale del Consiglio 8519/05 ADD 1 del 3 maggio 2005.

contenuto del preambolo della decisione quadro e dell'art. 1, n. 3. In verità tali aggiunte vanno al di là di una semplice specificazione di conseguenze già implicite nel provvedimento comunitario, in quanto minano alla base l'impianto comunitario del MAE. Esse, infatti, non possono non implicare una qualche valutazione sul merito del provvedimento, che il legislatore comunitario, invece, voleva decisamente escludere, prevedendo un procedimento di consegna che, anche se non completamente automatico, si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri. Qui vale piuttosto la considerazione che avrebbe dovuto essere la decisione quadro stessa a contenere queste specificazioni e che il legislatore italiano si è trovato costretto a rimediare a tali mancanze. In altri termini, dato che il provvedimento comunitario aveva profili di contrasto con norme costituzionali sui diritti inalienabili della persona, il legislatore italiano ha, per così dire, spostato a livello legislativo il principio dei contro limiti che era stato affermato dalla Corte costituzionale e, negando che il primato del diritto comunitario possa intendersi in senso assoluto, ha ribadito la necessità che tale diritto sia invece conforme alle suddette norme costituzionali e lo ha fatto introducendo nella legge di attuazione adeguate modifiche all'impianto della decisione quadro.

Cosa significa tutto ciò sul piano del diritto comunitario? Le divergenze tra la legge italiana e la decisione quadro sono tali da rendere impraticabile ogni possibilità di interpretazione conforme, quale configurata dalla Corte di Giustizia a proposito delle direttive. D'altra parte la possibilità di una procedura di infrazione contro uno Stato inadempiente non è prevista per le norme del Terzo pilastro. E' inoltre, esclusa qualsiasi ipotesi di efficacia diretta della decisione quadro, sia per espressa previsione dell'art. 34, n. 2, lett. b, Trattato UE che per il suo carattere di norma non *self-executing*. La legge italiana potrebbe in astratto essere interpretata come contrastante con il diritto comunitario dalla Corte di Giustizia, nei limiti in cui la Corte stessa ha competenza pregiudiziale relativamente al terzo pilastro ai sensi dell'art. 35 Trattato UE. Sempre in teoria, sulla base dell'accertamento di un preteso conflitto con il diritto comunitario, il giudice interno *a quo*, che si fosse rivolto alla Corte per l'interpretazione pregiudiziale, non potrebbe disapplicare la norma interna, dato che norme interne non possono essere disapplicate a favore di norme comunitarie non *self-executing*.

La parola tornerebbe, quindi al legislatore italiano. Siamo, in definitiva, di fronte ad un problema di esatta delimitazione dei confini tra diritto comunitario e diritto interno.

Queste considerazioni sono state rafforzate dall'osservazione di quanto sta accadendo negli altri Stati membri. Alcuni paesi, di fronte allo stesso contrasto tra decisioni quadro e norme costituzionali interne cui si era trovato di fronte il legislatore italiano, hanno preferito eliminare alla radice tale contrasto modificando la propria costituzione prima di dare attuazione alla decisione quadro, considerando tali modifiche possibili nei limiti dei principi ritenuti fondamentali ed irrinunciabili. Pertanto sembra evidente che il legislatore comunitario avrebbe potuto evitare tutto ciò risolvendo in via preventiva i problemi tra il MAE e le norme costituzionali a tutela dei diritti fondamentali degli individui. Sembra opportuno sottolineare che è stato proprio il legislatore italiano, in sede di attuazione della decisione quadro, quello che ha indicato nella maniera più precisa quelle garanzie costituzionali che costituiscono limiti invalicabili per qualsiasi norma comunitaria.

In conclusione nella legge di attuazione sono state introdotte, numerose disposizioni normative che hanno fatto venir meno gli aspetti di novità legati alla corretta attuazione del mandato d'arresto europeo come primo strumento applicativo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Il legislatore italiano, oltretutto, rispetto alla decisione quadro, ha inteso predisporre un sistema di preclusione alla consegna rigoroso, mediante una generale obbligatorietà delle varie condizioni ostative. Si tratta di una scelta che si pone in contrasto con lo spirito della decisione quadro, non solo perché viene ad escludere, di fatto, qualsiasi potere discrezionale dell'autorità giudiziaria, ma anche perché le ipotesi di rifiuto tassativamente previste dovrebbero considerarsi del tutto eccezionali, e comunque suscettibili, in prospettiva, di un'ulteriore diminuzione, ai sensi dell'art. 31, par. 2, della decisione quadro. Nell'ambito di un sistema connotato dal mutuo riconoscimento, le condizioni ostative alla consegna dovrebbero essere a numero chiuso, senza possibilità di interpretazioni estensive o di interventi ampliativi.

4.1.-L'ampliamento del catalogo dei motivi di rifiuto.

Il titolo primo della legge mira a fissare il principio secondo cui il mandato d'arresto è inserito nel nostro sistema tenendo in considerazione il limite del rispetto della Costituzione e dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. L'articolo 1, primo comma, stabilisce che la legge *“attua”* le disposizioni della decisione quadro, *“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”*. Il comma 2, riprendendo la definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro, descrive il MAE come *“una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto o della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà”*. Un mandato d'arresto sarà eseguito in Italia *“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”*.

La scelta operata dal legislatore, oltre a non trovare alcun diretto fondamento nella decisione quadro, che stabilisce unicamente che il mandato d'arresto europeo provenga da un'autorità giudiziaria, sembra eccedere anche le garanzie dell'art. 13, comma 2, Cost., che conferisce all'autorità giudiziaria, e non solo a quella giurisdizionale, il potere di limitare la libertà personale. Del resto, il provvedimento restrittivo della libertà personale, motivato e sottoscritto da un giudice, non deve propriamente essere individuato in quello emesso dall'autorità straniera –presupposto per l'attivazione della procedura di emissione del mandato d'arresto europeo – ma nel provvedimento interno, il quale deve essere disposto dalla Corte d'appello con ordinanza motivata, in caso di applicazione di misure cautelari, ovvero con sentenza, in caso di accoglimento della richiesta di consegna straniera.

Nel caso di misure preventive, ci si può pertanto chiedere quale sarà la sorte dei mandati d'arresto che si fondino su una misura non sottoscritta da un

giudice, ma, per esempio, da un pubblico ministero³²⁵. Quanto alle decisioni di condanna, l'esecutorietà di un mandato d'arresto sarà legata all'irrevocabilità delle decisioni stesse e bisogna allora domandarsi che cosa accadrà ai mandati basati su una sentenza non irrevocabile ma dotata di forza esecutiva, provenienti per esempio da un paese nel quale le decisioni di primo grado sono immediatamente esecutive. Introducendo queste due condizioni non previste dalla decisione quadro, il legislatore italiano ha voluto utilizzare il suo sistema processuale penale, nel quale le misure preventive private della libertà personale sono decise dal giudice che procede e l'esecutorietà di una sentenza è subordinata al fatto che essa sia divenuta irrevocabile ed abbia acquisito l'autorità della cosa giudicata.

L'articolo 2, che si riallaccia ai punti 10 e 12 dei *consideranda* della decisione quadro, introduce una clausola di rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie costituzionali: *“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; 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”*. La concreta verifica giudiziale di tali profili potrebbe rendere necessaria, secondo l'art. 2, comma 2, della legge sopra citata, una richiesta di idonee garanzie allo Stato membro di emissione. Nonostante l'importanza di tali affermazioni di principio e la fondamentale *ratio* garantistica che ne è alla base, tuttavia quelle disposizioni normative, così come formulate, non sembrano tenere conto del fatto che gli ordinamenti degli Stati membri sono ormai parte di uno spazio giudiziario comune, basato sul rispetto dei diritti fondamentali sanciti nella CEDU e delle libertà fondamentali, che penetrano nel tessuto del diritto dell'Unione europea

³²⁵ In Danimarca, per esempio, la partecipazione di un giudice in questa fase sembra essere soltanto eventuale. Così dice il Rapporto della Commissione, cit. nota 28, che non manca di rilevare l'anomalia della legislazione danese sul punto.

attraverso l'art. 6, par. 2, TUE. L'art. 2, comma 3, afferma che “*l'Italia rifiuterà la consegna dell'imputato o del condannato di fronte alla constatazione, ad opera del Consiglio dell'Unione Europea, di grave e persistente violazione da parte dello Stato richiedente dei principi stabiliti dalle norme europee di tutela dei diritti fondamentali*”. Tale norma, pur trovandosi sostanzialmente in linea con il *considerando* n. 10 della decisione quadro, enuclea, come si è osservato nella dottrina³²⁶, una “regola-monito”, poiché è da presumere che se quell'eventualità si verifici, dovranno essere gli stessi organi competenti dell'UE ad adottare provvedimenti di sospensione delle procedure di cooperazione giudiziaria con lo Stato responsabile.

Le cose si complicano ulteriormente alla lettura dell'articolo 18 della legge di recepimento italiana, che aggiunge ben altre venti cause obbligatorie di rifiuto della consegna³²⁷. Alcune tra queste sono già presenti nella decisione quadro. Si

³²⁶ V. CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, Utet, 2007, p. 667 ss.

³²⁷ Come è noto i casi previsti sono i seguenti: a) 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; b) se il diritto è stato leso con il consenso di chi, secondo la legge italiana, può validamente disporre. Questo motivo corrisponde al «consenso dell'avente diritto», causa di giustificazione del reato prevista dall'articolo 50 del codice penale: se la vittima poteva disporre validamente del suo diritto secondo la legge italiana, il giudice *ad quem* dovrà rifiutare l'esecuzione del mandato; c) se per la legge italiana il fatto costituisce esercizio di un diritto, adempimento di un dovere ovvero è stato determinato da caso fortuito o forza maggiore. Dall'articolo 51 c.p. proviene la causa d'esclusione dell'esercizio di un diritto o se la persona ha agito compiendo il proprio dovere. Dall'articolo 45 c.p. deriva la causa giustificatrice della forza maggiore; d) se il fatto è manifestazione della libertà di associazione, della libertà di stampa o di altri mezzi di comunicazione; e) se la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva; f) se il mandato d'arresto europeo ha per oggetto un reato politico, fatte salve le esclusioni previste dall'articolo 11 della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 15 dicembre 1997, resa esecutiva dalla legge 14 febbraio 2003, n. 34; dall'articolo 1 della Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1977, resa esecutiva dalla legge 26 novembre 1985, n. 719; dall'articolo unico della legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1; g) se dagli atti risulta che la sentenza irrevocabile, oggetto del mandato d'arresto europeo, non sia la conseguenza di un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'articolo 6 della 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, e dall'articolo 2 del Protocollo n. 7 a detta Convenzione, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, reso esecutivo dalla legge 9 aprile 1990, n. 98, statuente il diritto ad un doppio grado di giurisdizione in materia penale; h) se sussiste un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti; i) se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 14 al momento della commissione del reato, ovvero se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo era minore di anni 18 quando il reato per cui si procede è punito con una pena inferiore nel massimo a nove anni,

tratta dei sette motivi di non esecuzione facoltativa previsti dall'articolo 4 della decisione quadro, e resi obbligatori dalla legge italiana³²⁸. A questi si aggiunge un

o quando la restrizione della libertà personale risulta incompatibile con i processi educativi in atto, o quando l'ordinamento dello Stato membro di emissione non prevede differenze di trattamento carcerario tra il minore di anni 18 e il soggetto maggiorenne o quando, effettuati i necessari accertamenti, il soggetto risulti comunque non imputabile o, infine, quando nell'ordinamento dello Stato membro di emissione non è previsto l'accertamento della effettiva capacità di intendere e di volere³²⁷; l) se il reato contestato nel mandato d'arresto europeo è estinto per amnistia ai sensi della legge italiana, ove vi sia la giurisdizione dello Stato italiano sul fatto; m) se risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza irrevocabile per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro che ha emesso la condanna; n) se i fatti per i quali il mandato d'arresto europeo è stato emesso potevano essere giudicati in Italia e si sia già verificata la prescrizione del reato o della pena; o) se per lo stesso fatto, che è alla base del mandato d'arresto europeo, nei confronti della persona ricercata è in corso un procedimento penale in Italia, esclusa l'ipotesi in cui il mandato d'arresto europeo concerne l'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna emessa in uno Stato membro dell'Unione europea; p) se il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla legge italiana sono considerati reati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in luogo assimilato al suo territorio; ovvero reati che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro di emissione, se la legge italiana non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio; q) se è stata pronunciata, in Italia, sentenza di non luogo a procedere, salvo che sussistano i presupposti di cui all'articolo 434 del codice di procedura penale per la revoca della sentenza; r) se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno; s) se la persona richiesta in consegna è una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, salvo che, trattandosi di mandato d'arresto europeo emesso nel corso di un procedimento, le esigenze cautelari poste a base del provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria emittente risultino di eccezionale gravità; t) se il provvedimento cautelare in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso risulta mancante di motivazione. Si tratta di un principio generale del diritto garantito non solo nell'ordinamento giuridico interno dall'articolo 13, secondo comma, della Costituzione italiana, ma anche nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di cui la decisione quadro sembra a torto non tener conto, poiché essa non prevede l'obbligo di motivazione che per le decisioni di rifiuto. Una clausola generale di chiusura prevede infine in modo esplicito il rifiuto dell'esecuzione *«se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata la consegna contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano»*. Ci si può forse domandare se ed in quale misura questa norma sia giustificata dal considerando 12, secondo comma, della decisione quadro, il quale precisa che quest'ultima *«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»*; u) se la persona richiesta in consegna beneficia per la legge italiana di immunità che limitano l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale; v) se la sentenza per la cui esecuzione è stata domandata la consegna contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

³²⁸ L'Italia non è il solo Stato membro ad aver comunque interpretato l'articolo 4 della decisione quadro nel senso che quest'ultimo lascerebbe agli Stati membri (e non ai loro giudici) la possibilità di scegliere se avvalersi o meno di uno dei 7 motivi di rifiuto enumerati da tale articolo. Secondo l'Allegato al Rapporto della Commissione, cit. nota 28, para. 4, diversi Stati membri avrebbero fatto altrettanto, rendendo obbligatorie per i loro giudici taluni di questi motivi di non esecuzione facoltativa. L'Italia non è il solo Paese ad avere introdotto dei motivi di rifiuto non previsti dalla decisione quadro. Questa pratica è stata definita «inquietante» dalla Commissione, che ha disapprovato – salvo che per i motivi di rifiuto che si fondano sul rispetto del *ne bis in idem* nei confronti della Corte penale internazionale e più in generale sul rispetto dei diritti fondamentali,

serie di cause di giustificazione o di esclusione della responsabilità mutuate dal nostro codice penale. L'art. 19 individua le garanzie che deve fornire lo Stato membro di emissione affinché l'autorità italiana possa dare esecuzione al mandato. Si tratta di una serie di condizioni, previste già dall'art. 5 della decisione quadro.³²⁹

Il nostro legislatore, dunque, si è avvalso di ogni possibilità di rifiuto offerta dalla decisione quadro, rendendo per di più il detto rifiuto sempre obbligatorio, ed ha inoltre aggiunto tutta una serie di altri casi non previsti nella stessa. Così facendo, il legislatore italiano subordina l'efficacia di un mandato d'arresto europeo al rispetto del diritto interno e il giudice italiano dovrà procedere ad un apprezzamento nel merito.

4.2- Il contenuto del MAE.

Il primo paragrafo dell'articolo 6 riproduce l'articolo 8 della decisione quadro sul contenuto del mandato d'arresto nella procedura passiva di consegna. Si tratta di una serie di informazioni, previste come condizione di ricevibilità del MAE, che servono all'autorità italiana per verificare se sussistono o meno tutti i presupposti necessari per dare esecuzione al mandato. Se il mandato d'arresto non contiene una delle informazioni previste³³⁰, il giudice italiano direttamente o tramite il Ministro della Giustizia, potrà domandare d'urgenza all'autorità d'emissione tutte le informazioni integrative necessarie. Quest'ultima disposizione è identica all'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro, salvo che per le sue conseguenze. Se l'autorità d'emissione non provvede

che ben due terzi degli Stati membri hanno deciso di introdurre espressamente, mentre gli altri Paesi hanno stimato che una tale clausola fosse inutile in quanto implicita – la previsione di nuovi motivi di rifiuto in particolare da parte di Danimarca, Malta, Olanda, Portogallo e Regno Unito, quali motivi politici, di sicurezza nazionale o implicanti un controllo nel merito del caso.

³²⁹ Relative alle ipotesi in cui il MAE sia stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena comminata in un procedimento celebrato *in absentia* nello Stato di emissione, ovvero il reato in base al quale il MAE è stato emesso è punibile con la pena dell'ergastolo o infine la persona oggetto del mandato sia cittadino italiano o residente in Italia.

³³⁰ Salvo le informazioni previste dall'articolo 8-1, lettera b), della decisione quadro: il nome, l'indirizzo, il numero di telefono e di fax e l'indirizzo di posta elettronica dell'autorità giudiziaria d'emissione.

all'integrazione nel termine fissato dal giudice italiano, che in ogni caso non può essere superiore a 30 giorni, quest'ultimo giudice dovrà rifiutare la richiesta³³¹.

I mandati d'arresto dovranno pervenire in Italia in lingua italiana.

Vanno inoltre considerati i problemi che possono sorgere dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 6, commi 3 e 4, della legge sopra citata, in riferimento alle diverse allegazioni documentali³³² previste quale condizione necessaria per l'esame della richiesta di esecuzione da parte della corte d'appello. Si tratta di una serie di integrazioni di carattere documentale a corredo della richiesta, che non sono considerate come necessarie nella decisione quadro: il mancato inoltro, eventualmente sollecitato dal Ministro della Giustizia su richiesta della competente autorità giudiziaria, è tuttavia sanzionato con il rigetto della richiesta di consegna (*ex art. 6, comma 6, della L. n. 69/2005*). Non si tiene quindi in considerazione il fatto che il meccanismo del MAE presupponga il riconoscimento a monte di tutti i provvedimenti emessi dalle autorità giudiziarie degli Stati membri, con la conseguente loro esecuzione sulla base della mera menzione nel mandato di arresto³³³.

³³¹ Il procedimento seguirà il medesimo percorso, se il giudice italiano riterrà necessario ottenere ulteriori elementi allo scopo di verificare se sussista una delle cause di rifiuto previste dall'articolo 18. Lo stesso vale per le cause di rifiuto previste dall'articolo 19, che tuttavia si limita a rendere obbligatorie le garanzie accordate dall'articolo 5 della decisione quadro per ciò che concerne le decisioni *in absentia*, la pena della reclusione a vita, l'esecuzione della pena nello Stato nel quale la persona è residente o del quale essa ha la cittadinanza.

³³² I paragrafi 3 e 4 obbligano l'autorità d'emissione ad allegare al mandato d'arresto una copia della decisione sulla quale il mandato si fonda; 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*»; il testo delle disposizioni legislative applicabili, con l'indicazione del tipo e della durata della pena; i dati segnaletici ed ogni altra informazione atta a determinare l'identità e la nazionalità della persona la cui consegna è domandata. Se lo Stato d'emissione non soddisfa tale obbligo imposto dalla legge italiana, il presidente della corte d'appello o un magistrato da questi delegato richiederà al Ministro della Giustizia l'acquisizione dei relativi documenti, informando l'autorità d'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*». Se l'autorità d'emissione non dà seguito alla domanda del Ministro, «*la corte di appello respinge la richiesta*» (ovvero, il mandato d'arresto). E' appena il caso di ricordare che tali disposizioni sui documenti allegati, e soprattutto quelle relative alle conseguenze della loro assenza, non si trovano nel testo della decisione quadro, anche se questa all'articolo 12 stabilisce genericamente che «*in qualsiasi momento è possibile la rimessa in libertà provvisoria, conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione, a condizione che l'autorità competente di tale Stato membro adotti le misure ritenute necessarie ad evitare che il ricercato si dia alla fuga*».

³³³ Per una complessiva analisi dei vari profili critici della disciplina dettata dalla L. 69/2005, SELVAGGI E.-DE AMICIS G., *La Legge sul MAE tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1814 ss.

E' agevole rilevare, la tendenza del legislatore italiano a trasferire all'interno della nuova procedura di consegna gli istituti giuridici propri dell'ordinamento interno, la cui applicazione comporta un'attività di verifica che il giudice italiano è chiamato a fare sul fatto-reato commesso nell'ambito territoriale europeo. Il risultato di questo modo di operare è un allargamento dei poteri di filtro giurisdizionale sul provvedimento presupposto.

4.3.- La valutazione dei “gravi indizi di colpevolezza”.

Analoghe considerazioni possono farsi, in ordine alla scelta di subordinare la consegna alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (*ex art. 17, comma 4, della l. n. 69/2005*); tale condizione non contenuta nella decisione quadro, costituisce di per sé una rilevante deviazione dai principi di semplificazione e snellimento procedurale della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Il quarto paragrafo dell'articolo 17 afferma che: in assenza di cause ostative, la Corte d'appello pronuncerà “*sentenza con cui dispone la consegna della persona ricercata se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna*”. Si è pertanto introdotto l'obbligo, per il giudice dell'esecuzione, di verificare la sussistenza di tali gravi indizi di colpevolezza. In stretta applicazione del principio del mutuo riconoscimento, una siffatta valutazione dovrebbe spettare soltanto all'autorità d'emissione. Si tratta, ancora una volta, di una norma che il legislatore italiano ha voluto introdurre preoccupandosi di tutelare un diritto fondamentale dell'ordinamento giuridico interno³³⁴. Questo tipo di accertamento potrebbe realizzare un'invasione nella valutazione del merito dell'imputazione, riservata invece al giudice competente per il fatto-reato, ossia all'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento in un altro Stato. Ciò violerebbe quel principio generale di reciproca fiducia tra gli Stati membri del quale il nuovo sistema di consegna è la prima concretizzazione normativa.

In questo caso, però, sembra esservi un errore di prospettiva dato che nel sistema giuridico interno, il pubblico ministero domanda la misura, ed il giudice la dispone. Ma non si può estendere tale schema processuale al sistema del mandato

³³⁴ V. l'articolo 273-1 del codice di procedura penale italiano, secondo il quale “*nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza*”.

d'arresto europeo. In questo contesto, l'autorità giudiziaria d'emissione non è assimilabile al pubblico ministero italiano, poiché essa è portatrice di un atto – il mandato d'arresto – che si è giuridicamente perfezionato già secondo il proprio ordinamento giuridico di provenienza, e non di una semplice richiesta.

La possibilità di effettuare un sindacato di merito sul contenuto del provvedimento cautelare posto a fondamento del mandato d'arresto europeo determina, pertanto, un oggettivo contrasto tra la normativa europea e la disciplina interna di attuazione. Tale contrasto è ancor più evidente, ove si consideri che nella procedura attiva di consegna il legislatore ha escluso che l'autorità giudiziaria straniera possa esercitare un analogo controllo sui gravi indizi di colpevolezza a carico della persona di cui viene domandata la consegna³³⁵.

4.4.-La “reviviscenza” della doppia incriminabilità.

L'art. 8 prevede i casi in cui si fa luogo alla consegna indipendentemente dalla doppia incriminazione. Si tratta di una serie di fatti che, nella decisione quadro sono individuati al comma 2 dell'art. 2. Secondo l'art. 8, comma 2, in particolare, *“l'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1”*.

Forti perplessità ha destato questa scelta del legislatore di reintrodurre sostanzialmente, nell'art. 8, commi 1 e 2, della L. n. 69/2005, il principio della doppia incriminabilità attraverso un'operazione di unilaterale descrizione e rielaborazione delle trentadue fattispecie incriminatrici incluse nel catalogo che l'art. 2, par. 2 della decisione quadro aveva inteso, invece, sottrarre al meccanismo del controllo della doppia incriminazione³³⁶.

La formulazione dell'articolo 8 è uno dei punti cruciali della legge italiana di trasposizione, che la rende unica tra le 25 legislazioni nazionali d'implementazione³³⁷. Attraverso quest'articolo, il legislatore italiano ha voluto

³³⁵ V. SELVAGGI E.- DE AMICIS G., *La Legge sul MAE tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1814 ss.

³³⁶ Sul tema, v. i rilievi di CALVANESE E.- DE AMICIS G., *Riaffermata la doppia incriminabilità*, in *Guida dir.*, 2005, n. 19, p. 79 ss.

³³⁷ Questo nuovo fenomeno sembra essere un tratto distintivo della legislazione italiana.

proteggere il principio costituzionale di legalità e di tassatività della fattispecie penale (art. 25 Cost.) e dello stesso diritto di difesa (art. 24 Cost.), evitando il possibile rischio per l'imputato di confrontarsi con un'imputazione imprecisa. Per di più, in alcuni casi, la tipologia enunciata dalla decisione quadro era talmente ampia da consentire qualsivoglia concretizzazione, a seconda degli interessi e della sensibilità di ogni Stato membro. Il Parlamento, perciò, si è trovato dinanzi ad una scelta: o prevedere una deroga al principio contenuto nella decisione quadro secondo cui, nei casi indicati, la consegna è obbligatoria a prescindere dalla doppia incriminazione; o sopperire alla carenza di determinatezza descrivendo le fattispecie nelle quali consentire tale deroga. Nel primo caso, sarebbe stata risolta positivamente la questione della corrispondenza del testo al dettato costituzionale, ma si sarebbero creati altri problemi, poiché non sarebbe stata attuata una delle disposizioni più importanti della decisione quadro. Per evitare tale lacuna è stata scelta la seconda ipotesi e si è proceduto a descrivere dettagliatamente i 32 casi in cui è possibile derogare al principio di doppia incriminabilità. Per effettuare tale operazione, si sono utilizzate formulazioni di fattispecie di reato previste dalla legislazione nazionale o che hanno la loro fonte nella normativa comunitaria.

Oltretutto, sono state fornite delle definizioni e dettagliate per ciascun tipo di reato, in alcuni casi, addirittura più dettagliate delle definizioni contenute nel nostro codice penale. Nel domandare al giudice dell'esecuzione di verificare la corrispondenza tra la fattispecie incriminatrice prevista dallo Stato d'emissione e la definizione di volta in volta data dall'articolo 8, il legislatore italiano sembra aver reintrodotta un vero e proprio controllo sulla doppia incriminabilità come in passato.

In tutti questi casi, il giudice italiano dovrà cimentarsi in uno sforzo di comparazione tra le due definizioni svuotando così del suo significato il principio del mutuo riconoscimento.

E' evidente che l'ampiezza dell'accertamento di competenza delle autorità giudiziarie italiane sulla sostanziale corrispondenza tra le fattispecie così tipizzate e i modelli definatori dei reati, per i quali è richiesta la consegna secondo la legge dello Stato membro di emissione, rischia di produrre incongruenze applicative,

ove si consideri che la ricostruzione delle ipotesi delittuose elencate nel catalogo formato nell'art. 8, comma 1, innesta di fatto nell'ordinamento italiano un doppio circuito di valutazioni sullo stesso asse della cooperazione giudiziaria: quello incentrato sui paradigmi di riferimento previsti dal codice penale, ed applicabili nei rapporti di estradizione non regolati dal mandato d'arresto europeo, e quello dettato invece dalla legge interna d'attuazione, valido per il più ristretto ambito di applicabilità territoriale del nuovo sistema di consegna delineato dalla decisione quadro.

In questa sede, è sufficiente porre in rilievo che una tecnica di trasposizione di questo tipo non solo non è prevista dalla decisione quadro – il cui art. 2, par. 2, si riferisce esclusivamente al modello definitorio delle fattispecie tracciato nella legislazione dello Stato membro emittente – ed appare quanto meno inadeguata sul piano della conformità agli strumenti internazionali di cui l'Italia è parte, ma addirittura rischia, sotto un'altra prospettiva, di inserire definitivamente nell'ordinamento europeo aspetti di natura sostanzial-penalistica strettamente interni, staccando il sistema dai contenuti e dalle finalità della complessa attività di progressiva armonizzazione delle fattispecie penali dell'Unione Europea.

4.5.- Il principio dell'*ignorantia legis excusat*.

La legge ha affrontato anche il problema della scusabilità dell'ignoranza della legge penale nei casi di deroga al principio della doppia incriminazione. In tale ipotesi la consegna avrebbe potuto conseguire alla mera presunta commissione del fatto: nessuna rilevanza avrebbe avuto qualsivoglia indagine in ordine alla consapevolezza del disvalore della propria azione da parte del soggetto destinatario del MAE. Sarebbe stata del tutto ininfluyente, perciò la scusabilità dell'ignoranza con riguardo alla rilevanza penale del fatto commesso. Si sarebbe verificata, in sostanza, una situazione del tutto analoga a quella esistente nel nostro ordinamento prima della sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale³³⁸. La legge di attuazione ha posto rimedio a tale problema

³³⁸ V. Corte cost. del 23 marzo 1988, in *Il Foro italiano*, 1988, I, p. 1385 ss. Tale giurisprudenza ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5 del codice penale (per contrasto con gli artt.

introducendo al comma 3 dell'art. 8 una disposizione secondo la quale il giudice italiano dovrà rifiutare la consegna del cittadino italiano, qualora il fatto incriminato non sia previsto come reato dalla legge italiana, e se risulta che la persona ricercata «*non era a conoscenza, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione in base alla quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo*». Si tratta della codificazione del principio dell'ignoranza scusabile della legge penale, enunciato dalla Corte costituzionale nella suddetta sentenza, fondato sul principio della responsabilità penale personale sancito dall'articolo 27, primo comma, della Costituzione italiana. Tuttavia, ancora una volta, il legislatore italiano ha introdotto un motivo di rifiuto relativo alla protezione di una garanzia fondamentale propria dell'ordinamento costituzionale interno, che non esiste nel sistema della decisione quadro. La discriminazione in favore dei cittadini italiani, inoltre, non pare giustificata. Potrebbe ben accadere, per esempio, che un non cittadino italiano, residente in Italia, che si venga a trovare in una condizione d'*ignorantia legis* scusabile rispetto alla legislazione di un Paese membro diverso dal proprio. Una discriminazione del genere pone dei problemi non soltanto relativi al rispetto dei principi generali del diritto comunitario, ma anche della stessa Costituzione italiana, dal momento che l'articolo 27 non si limita a tutelare i cittadini ma tutti coloro i quali abbiano a che fare con la giustizia: ciò appare evidente dalla lettura congiunta di questo articolo e dell'articolo 24, primo comma, della Costituzione, il quale prevede che «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*», senza limitarsi ai cittadini italiani.

27, 2, 3, 25 e 73 della Costituzione) nella parte in cui non prevedeva l'ignoranza "*inevitabile*" della legge quale eccezione al principio generale *ignorantia legis non excusat*.

CAPITOLO III

I PRINCIPALI ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SUL MAE

1.- I principali orientamenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale italiana e della Corte di Cassazione sul MAE.

Si è già accennato, nel capitolo precedente, ai numerosi profili di difformità tra la decisione quadro 2002/584/GAI e la legislazione italiana di recepimento. In diverse occasioni, questi punti critici della normativa di attuazione sono stati sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, che ne hanno proposto un'interpretazione correttiva degli effetti distorsivi rispetto al contenuto ed alle finalità dello strumento³³⁹.

Ciò è avvenuto non solo con percorsi interpretativi conformi al quadro dei principi generali del nuovo istituto, ma anche attraverso la valorizzazione del principio del reciproco riconoscimento ed degli obiettivi fissati nella decisione quadro. Nello specifico è opportuno ricordare il *considerando* n. 5 della decisione quadro, che collega l'obiettivo dell'Unione Europea di creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia alla soppressione della tradizionale procedura di estradizione fra gli Stati membri, sostituendola con un nuovo sistema più efficace di consegna tra le autorità giudiziarie.

In altre occasioni, poi, è stata fornita un'interpretazione logico-sistematica volta a comparare le conseguenze negative della disciplina interna, rispetto alla tradizionale procedura di estradizione, cercando di individuare una soluzione ragionevole ed adeguata alle caratteristiche del nuovo istituto. L'applicazione concreta offerta dai giudici italiani alla legge del 2005 appare rispondere essenzialmente alla preoccupazione di assicurarne un'applicazione per quanto possibile rispondente allo spirito ed alla lettera della decisione quadro. Pertanto, il giudice nazionale deve prendere in considerazione il diritto interno nel suo complesso per valutare se la norma considerata possa essere interpretata in senso conforme al risultato perseguito dalla decisione-quadro, con l'unico limite

³³⁹ Al riguardo, per un quadro ricostruttivo dei primi filoni giurisprudenziali, v. APRILE E., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia di MAE*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale* a cura di SGUBBI F. e MANES V., 2007, p. 135 ss.

dell'impossibilità della interpretazione *contra legem* del diritto interno, nei casi di accertata incompatibilità tra questo e la decisione-quadro.

2.- Il rilievo delle garanzie del “giusto processo”.

Tra i principi di matrice costituzionale posti a presidio dei diritti del ricercato nello Stato di emissione, alla cui osservanza la legge attuativa italiana, per il tramite del giudice competente a decidere, si impegna ai fini dell'esecuzione della richiesta di arresto e di consegna, l'art. 2 comma 1 lett. b) prevede quelli attinenti al giusto processo, alla tutela della libertà personale, al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali.

Sulla portata precettiva del principio del giusto processo nella procedura di esecuzione del MAE, ed in particolare, sull'ampiezza del sindacato del Giudice nazionale circa il livello di osservanza di dette garanzie nell'ordinamento dello Stato richiedente, la Corte di Cassazione ha stabilito che *“non rilevano, ai fini della decisione sulla consegna, l'entità del trattamento sanzionatorio³⁴⁰, ovvero il fatto che l'ordinamento dello Stato emittente presenti garanzie che possano apparire meno soddisfacenti di quelle dell'ordinamento italiano, ma il contenuto delle specifiche norme che si ispirano ai principi della oralità e del contraddittorio³⁴¹. Né possono dedursi questioni attinenti a vizi relativi al procedimento esperito dinanzi all'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione, fatta eccezione per le violazioni di diritti minimi dell'accusato, come contemplati dall'art. 6 della CEDU”³⁴².*

La Corte ha delimitato l'incidenza delle clausole di salvaguardia dei principi costituzionali nazionali, contenute nella legge attuativa, ai soli principi comuni di cui all'art. 6 TUE, che sono del resto quelli cui si riferisce l'art. 111 Cost. In tale prospettiva, si è chiarito che ciò che conta, è che siano rispettati i canoni del giusto processo come definiti dalle Carte sovranazionali, ed in particolare quelli racchiusi nell'art. 6 della CEDU. Ne consegue che l'art. 2,

³⁴⁰ V. Cass., sez. VI, 23 aprile 2009, n. 17722, *Husaj*, secondo cui il rischio che il ricercato possa vedersi comminata la pena dell'ergastolo costituisce un'evenienza che non comporta alcuna possibilità di rifiuto della consegna.

³⁴¹ V. Cass., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17632, *Melina* in *Cass. pen.*, 2008, p. 2929 ss.

³⁴² V. Cass., sez. VI, 10 dicembre 2007, n. 46845, *Pano*.

comma 1, lett. b), della l. n. 69/2005 obbliga il giudice nazionale di verificare che i diritti fondamentali e i principi in materia di giusto processo siano stati rispettati nello Stato di emissione, ma allo stesso tempo (arg. *ex art.* 18, lett. g), della legge su citata) ne delimita la sfera di cognizione alla luce della considerazione per cui gli ordinamenti degli Stati membri sono ormai parte di uno spazio giudiziario comune³⁴³.

Estremamente significativo appare, il passaggio argomentativo operato dalla Corte, quando afferma che occorre considerare, che la realtà istituzionale dell'Unione europea non è più assimilabile ad un ordinamento straniero, di conseguenza non solo la normativa comunitaria, ma anche il diritto interno degli Stati membri - almeno nella parte dedicata ai diritti fondamentali (*ex art.* 6, n. 2, del vigente Trattato UE), – vanno qualificati come disciplina normativa che il giudice italiano deve conoscere in base al principio *iura novit curia*³⁴⁴.

In applicazione dei principi enunciati, la Corte disattendeva il ricorso, per violazione dell'art. 2 comma I lett. b) legge n. 69/2005, avverso la consegna di un cittadino italiano disposto dalla Corte territoriale ai fini dell'esecuzione di una condanna definitiva per il delitto di cessione di stupefacenti, pronunciata dalla Corte di appello tedesca sulla base della testimonianza *de relato* resa in dibattimento da un agente di polizia giudiziaria, relativamente alle accuse raccolte nella fase investigativa da persona successivamente avvalsasi della facoltà di non rispondere.

Secondo l'impostazione delineata dalla Corte, infatti, le modalità di acquisizione della prova e i limiti di utilizzo previsti nell'ordinamento dello Stato richiedente non possono essere oggetto di sindacato ai fini della valutazione della sussistenza delle condizioni richieste per la consegna nell'ambito della specifica procedura del mandato d'arresto europeo, sempre che non si tratti di accertamenti lesivi di diritti fondamentali della persona. Fatto salvo il rispetto di tale limite inderogabile, dunque, una diversa soluzione porterebbe inevitabilmente ad sindacato interno sul merito della prova raccolta nell'ordinamento dello Stato di emissione. Ne consegue che la disciplina processuale propria di un altro Stato membro, relativa all'acquisizione e all'utilizzo di prove che non siano in contrasto

³⁴³ V. Cass., sez. VI, 10 dicembre 2007, n. 46845, *Pano*.

³⁴⁴ V. Cass., sez. F., 21 agosto 2008, n. 34295, *Zanotti*.

con il principio fondamentale del divieto di influire sulla libertà di autodeterminazione e sulla libertà morale della persona, non integra la lesione di diritti fondamentali³⁴⁵.

3.- Il contenuto del MAE.

In merito ai termini e alle modalità per l'acquisizione della documentazione integrativa, ad avviso della S.C., l'eventuale ritardo nella trasmissione dei dati integrativi e nella disponibilità degli stessi a seguito di rituale proroga del termine da parte della Corte d'appello non costituisce causa ostativa alla valutazione della pervenuta documentazione informativa ed alla consegna. Né, d'altra parte, costituisce causa ostativa alla consegna, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, l'assenza della relazione sui fatti addebitati prevista dall'art. 6, comma 4, lett. a), della legge di attuazione, qualora siano sufficienti ai fini della valutazione del requisito previsto dall'art. 17, comma 4 (sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza) le indicazioni contenute nel mandato di arresto europeo. In tal senso, non ogni minima lacuna del MAE determina necessariamente il rifiuto della consegna: spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione stabilire se, in considerazione della concreta fattispecie penale e di ogni altra informazione trasmessa, la lacuna possa considerarsi effettivamente ostativa alla consegna. E' comunque necessario che l'oggetto della domanda sia certo e che lo Stato di emissione abbia offerto all'a.g. italiana tutti gli elementi utili per esercitare il suo controllo³⁴⁶.

In tema di autenticità della richiesta di consegna, nonché degli atti e dei documenti accessori ad essa, la Corte di Cassazione ha escluso, quale presupposto di ammissibilità della pronuncia positiva alla consegna, l'acquisizione del documento in copia autentica. Una diversa conclusione risulterebbe, ha precisato la Corte, in contrasto con il nuovo sistema improntato al mutuo riconoscimento e alla libera circolazione delle decisioni giudiziarie tra le autorità giudiziarie del Paesi dell'UE, che si è voluto liberare da ogni inutile appesantimento burocratico,

³⁴⁵ V. Cass., sez. F, 21 agosto 2008, n. 34294, *Cassano*, in *Cass. pen.* 2009, n. 4.

³⁴⁶ V. Cass., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 27717, *Nalbaru*; Cass., sez. VI, 31 marzo 2008, n. 13463, *Lubas Arnoldas*; Cass., sez. VI, 23 aprile 2008, n. 16942, *Ruocco*; Cass., sez. F., 28 agosto 2007, n. 33633, *Bilan*; Cass., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 25829, *Bairam*.

tipico delle comunicazioni ufficiali a mezzo dei rispettivi apparati ministeriali della giustizia o degli esteri, senza ovviamente nulla sacrificare alle garanzie delle persone ed alla certezza del traffico giuridico³⁴⁷.

Va considerata, infine, la particolare rilevanza dell'indirizzo non formalistico al riguardo fatto proprio dalla Corte di Cassazione, secondo cui non ogni irregolarità del MAE e dell'allegata documentazione porta necessariamente a configurare un'ipotesi di nullità, qualora il vizio si presenti come innocuo, irrilevante, o comunque inidoneo a ripercuotersi sulla validità degli atti processuali successivi³⁴⁸.

4.- I gravi indizi di colpevolezza.

La previsione dei gravi indizi di colpevolezza, quale presupposto della sentenza di consegna all'autorità dello Stato richiedente, ha sollevato, in sede applicativa, una questione di compatibilità con la *ratio* della decisione quadro. Infatti, veniva dedotta dinanzi alla Corte di Cassazione la questione relativa all'esistenza di un potere di controllo in capo alla Corte di appello circa la sussistenza di detto requisito e di quali meccanismi valutativi fossero azionabili. Deve, sul punto, premettersi che il requisito del *fumus commissi delicti* corrisponde, formalmente, al presupposto richiesto dall'art. 705 c.p.p. in materia di estradizione passiva, nei casi in cui non esiste convenzione, o questa, non dispone diversamente, mentre da esso prescinde la Convenzione europea di estradizione del 1957³⁴⁹, circostanza sottesa al consolidato orientamento giurisprudenziale che permette tra gli Stati firmatari appartenenti tutti al Consiglio d'Europa l'extradizione, sulla sola base dei documenti allegati alla domanda³⁵⁰. E' stato, tuttavia, rilevato che la mancata previsione, non svincola la custodia cautelare dal requisito in oggetto, ma intende semplicemente presumerne la sussistenza, in ragione del comune substrato di civiltà giuridica esistente tra gli Stati membri del

³⁴⁷ V. Cass. pen., sez. un., 30 gennaio- 5 febbraio 2007, n. 4614, *Ramoci*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, fasc. n. 3, p. 334 ss.

³⁴⁸ V. Cass. sez. VI, 23 gennaio 2008, n. 4054, *Vasilii*; Cass. sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 46298, *Cavallo*; Cass. sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 46294, *Banys*; Cass., sez. F., 11 settembre 2008, n. 35288, *Filippa*.

³⁴⁹ Firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificata dall'Italia con legge n. 300 del 1963

³⁵⁰ V. Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 2000, *Odige Obeide*; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 1997, *Chatzis*.

Consiglio di Europa, salvo che i fatti allegati siano incompatibili con tale presunzione. La discrasia tra decisione quadro, relativa al MAE, allineata sul modello convenzionale, e la legge di attuazione n. 65/2005 che alla previsione dei gravi indizi di colpevolezza subordina la decisione positiva di consegna, ha suscitato problemi interpretativi sul significato da attribuire alla previsione additiva ultimamente introdotta dal legislatore italiano. La Corte di Cassazione, sul presupposto che *“la nuova legge, proprio perché dichiaratamente attuativa della citata decisione quadro, non può essere interpretata nel senso che abbia inteso prescrivere un controllo da parte dell’ autorità richiesta più penetrante rispetto a quello previsto dalla Convenzione europea di estradizione, se non nei limiti eventualmente ricavabili da espresse previsioni della decisione quadro; una delle espresse finalità della decisione quadro è quella di dare attuazione alle conclusioni del Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, nel senso di accelerare le procedure di estradizione per quanto riguarda le persone sospettate di aver commesso un reato, ed anzi realizzare nell’ambito dell’UE la soppressione dell’extradizione tra gli Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie; la decisione quadro contiene la prima concretizzazione, nel settore del diritto penale, del principio di riconoscimento reciproco che il Consiglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria sulla base dell’elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, salva la sottoposizione ad un controllo sufficiente del MAE da parte dell’ autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione”*, ha statuito che *“è sufficiente, pertanto, un controllo limitato alla verifica che il mandato d’arresto emesso all’estero, per il suo intrinseco contenuto o per gli altri elementi raccolti in sede investigativa o processuale, sia fondato su un compendio indiziario ritenuto dall’ autorità giudiziaria emittente seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si richiede la consegna”*³⁵¹.

In altri termini, il MAE deve necessariamente fondarsi su gravi indizi di colpevolezza, che devono essere tuttavia soltanto riconoscibili dall’ autorità

³⁵¹ V. Cass. pen., sez. VI, 23-26 settembre 2005, n. 34355, *Ilie Petre*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 761 ss.; Cass. pen., sez. IV, 8-15 maggio 2006, n. 16542, *Cusini*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. 10, p. 3149; Cass. pen. Sez. VI, 3-7 marzo 2006, n. 7915, *Napoletano*, in CED, Rv. 233706; Cass. pen., sez. VI, 13-14 settembre 2005, n. 33642, *Hussain Osman*, in *Cass. pen.*, 2005, fasc. 12, p. 3766 ss.

giudiziaria italiana, spettando invece all'autorità emittente ogni tipo di valutazione sulla loro consistenza e forza probatoria³⁵².

Ciò non toglie, tuttavia, che debba ritenersi in ogni caso necessaria una specificazione delle fonti di prova, dovendosi ritenere ostativa alla consegna, ai sensi dell'art. 17 comma 4, l'assenza – sia nella documentazione trasmessa dallo Stato emittente, sia in quella eventualmente inoltrata a seguito di formale richiesta formulata dall'a.g. italiana – di ogni indicazione sulle specifiche fonti di prova relative all'attività criminosa ed al coinvolgimento della persona oggetto della richiesta³⁵³.

E' opportuno rilevare, come sulla stessa linea interpretativa tracciata dalla Corte di Cassazione si sia sostanzialmente collocata la giurisprudenza della *House of Lords*, che in una successiva decisione ha affrontato la questione dei limiti della verifica del materiale probatorio posto alla base del MAE, stabilendo che il principio del mutuo riconoscimento ha reso inappropriata e non necessaria “*any inquiry*” da parte dello Stato richiesto sul merito del procedimento penale in corso nello Stato richiedente: la valutazione dell'*evidence*, dunque, non costituisce materia di competenza delle autorità giudiziarie dello Stato richiesto³⁵⁴.

5.- I motivi di rifiuto della consegna: giurisprudenza della Corte Costituzionale.

A) Con l'ordinanza n. 109 del 14 aprile 2008³⁵⁵ la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 18, comma 1, lettera e) della legge 22 aprile 2005, n. 69 (“Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri”), sollevata -in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, primo comma, della Costituzione- dalla Corte d'appello di Venezia³⁵⁶. La questione si incentra sulla formulazione dell'art. 18 comma 1, lettera e), della legge 22

³⁵² V. Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2007, n. 4614, *Ramoci*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911 ss.; Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16362, *Mandaglio*.

³⁵³ V. Cass., sez. VI, 17 luglio 2008, n. 30439, *Frunza*.

³⁵⁴ In tal senso v. *House of Lords*, 30 gennaio 2008, *Hilali*.

³⁵⁵ V. Corte cost., 14 aprile-18 aprile 2008, n. 109, in *Giur. Cost.* 2008, p. 1363 ss.

³⁵⁶ Ordinanza del 25 ottobre 2006, Pres. Zampetti, Est. Citterio.

aprile 2005, n. 69, nella parte in cui impedisce la consegna del soggetto destinatario di MAE qualora nella legislazione dello Stato membro di emissione non siano previsti limiti massimi della carcerazione preventiva. Infatti, il giudice *a quo*, investito in relazione a un mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria della Repubblica federale tedesca, ha rilevato che il sistema processuale penale di tale Paese prevede limiti temporali di custodia cautelare determinati esclusivamente fino alla sentenza di primo grado.

La Corte d'Appello nondimeno richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto conformi alle garanzie prescritte dall'art. 5 terzo comma della CEDU i sistemi processuali basati sul controllo periodico ravvicinato della custodia cautelare, anche in assenza di previsioni legislative di limiti temporali. Il giudice *a quo* osserva però che un'interpretazione sistematica e razionalizzatrice, ispirata a tale orientamento della Corte di Strasburgo, non sarebbe applicabile alla norma censurata. E infatti, l'art. 18 comma 1 lettera e), impone chiaramente il rifiuto della consegna e, quindi, della richiesta di misura cautelare propedeutica, se la legislazione dello Stato richiedente non stabilisce limiti massimi di carcerazione preventiva; né sarebbe possibile eliminare tale condizione ostativa in forza del principio di interpretazione conforme al diritto comunitario, poiché quest'ultimo non potrebbe comunque servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale.

Il giudice *a quo*, pertanto, si chiede se la norma dell'art. 18 comma 1 lettera e) della legge 22 aprile 2005, n. 69 risponda ad un principio generale indefettibile dell'ordinamento giuridico interno, idoneo a superare i principi e le norme comunitarie di diverso contenuto. Al contempo, viene prospettato il contrasto fra la norma impugnata e gli artt. 3, 11 e 117, primo comma, Cost. Invero, introducendo il requisito della previsione dei limiti massimi di custodia cautelare, il legislatore nazionale avrebbe inserito una condizione non prevista nella decisione quadro. Ciò si risolverebbe, di fatto, in un insormontabile ostacolo alla consegna per le richieste provenienti dalla maggior parte degli Stati dell'Unione europea.

Pertanto, risulterebbe violato l'art. 3 della Costituzione, poiché è irragionevole ritenere la nostra soluzione nazionale dei limiti massimi come parametro non solo interno, ma da imporre agli Stati esteri. Sarebbero altresì lesi anche gli artt. 11 e 117 primo comma della Costituzione, poiché la negazione della consegna a Stati aventi una disciplina cautelare compatibile con i principi giuridici europei, comporterebbe una sostanziale vanificazione della disciplina europea.

La Corte costituzionale nell'ordinanza n. 109 del 2008 ha però dichiarato l'inammissibilità della questione, poiché il giudice *a quo* avrebbe dovuto preliminarmente verificare se la regola della previsione di termini massimi di carcerazione preventiva, che la norma denunciata riprende dall'art. 13 Cost., sia o meno cedevole di fronte all'obbligo di rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario sancito a carico del legislatore nazionale dall'art. 117 Cost. In altre parole, la valutazione sulla cedevolezza della norma interna si configura come un momento preliminare nella formulazione della questione di legittimità costituzionale.

La pronuncia in commento evidenzia l'esistenza di una zona d'ombra, nella quale il giudice *a quo*, pur ravvisando una possibile violazione del diritto comunitario, non può disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto dell'UE ma deve necessariamente sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117 Cost³⁵⁷. Si tratta delle ipotesi in cui viene in rilievo una normativa europea priva di efficacia diretta come le decisioni quadro.

Il settore processualpenalistico risente in maniera particolarmente incisiva del ruolo attribuito all'interpretazione conforme rispetto alle fonti UE e CE; in tale ambito emerge la necessità di tutelare i diritti dei soggetti soprattutto per ciò che concerne le garanzie³⁵⁸ che trovano sede nel processo penale. A tale prima

³⁵⁷ La soluzione, secondo la quale l'adozione del nuovo art. 117 Cost. avrebbe come conseguenza quella di riportare la questione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno nell'alveo del giudizio di costituzionalità, rinunciando *tout court* al rimedio della immediata disapplicazione della norma interna incompatibile, non è però accettabile, poiché porrebbe il nostro ordinamento in palese conflitto con il sistema di composizione delle antinomie prefigurato nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

³⁵⁸ Sull'incidenza del mandato d'arresto europeo sui diritti fondamentali dei ricercati v. DAMATO A., *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano in Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2005, p. 225-229.

considerazione si accompagna anche una più generale esigenza di certezza e, quindi, una particolare necessità di verificare concretamente il risultato della richiesta di interpretazione conforme.

Per la normativa priva di efficacia diretta, peraltro, la Corte costituzionale ha elaborato la tesi della priorità del rinvio pregiudiziale rispetto alla questione di legittimità costituzionale. Di conseguenza, il giudice, che si trovi di fronte a una norma interna, che richieda una preliminare interpretazione del diritto comunitario o dell'UE e ponga contemporaneamente dubbi di legittimità costituzionale, dovrebbe prima interpellare in via pregiudiziale la Corte di Lussemburgo; soltanto dopo la statuizione della Corte, si potrebbe decidere di sollevare questione di legittimità costituzionale. Se non viene rispettata tale priorità, la Corte costituzionale tende a dichiarare l'inammissibilità della questione o a restituire gli atti al giudice *a quo*.

La tesi in oggetto, che apparentemente cerca di salvaguardare l'autonomia della Corte costituzionale, facendo ricadere esclusivamente sul giudice del merito l'onere del rinvio pregiudiziale, potrebbe tuttavia non soddisfare le esigenze del giudizio di costituzionalità. E infatti, poiché la Corte di Lussemburgo si limita a rispondere ai quesiti posti dal giudice *a quo*, non vengono esaminati ulteriori profili che potrebbero essere decisivi per risolvere il caso.

Alla luce di tali premesse il giudice di merito -in un caso analogo a quello qui in commento- non potrebbe disapplicare la norma interna, dato che le decisioni quadro -ai sensi dell'art. 34 TUE- sono prive di efficacia diretta. Pertanto, la tesi della priorità del rinvio pregiudiziale può tuttora accogliersi per finalità di semplificazione e di deflazione del lavoro della Corte Costituzionale, ma non può giustificare una irragionevole avversione della Corte verso il rinvio pregiudiziale.

La corretta comprensione degli argomenti coinvolti dalla questione sollevata dalla Corte veneziana, in verità, non può prescindere dall'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali e, nello specifico, dei limiti massimi di carcerazione preventiva. Al riguardo, la Corte ha infatti affermato che la disciplina di taluni Stati, che prevedono controlli officiosi, costanti e obbligatori sull'esigenza della

prosecuzione della custodia, è comunque coerente con i principi giuridici europei e segnatamente con l'art. 5 paragrafo 3 della CEDU. La Corte di Strasburgo, anzi, è giunta a censurare la legislazione di quegli Stati, nei quali il controllo sulla carcerazione preventiva è rimesso ad una disposizione di legge generale ed astratta.

Con riferimento al caso del sistema processuale tedesco, il giudice *a quo*, non avrebbe considerato una serie di norme e di criteri connessi alla proporzionalità e ragionevolezza della stessa proroga; ne risulta, dunque, un sistema che si conforma pienamente tanto all'art. 5 della Convenzione europea, quanto alla interpretazione di essa fornita dalla Corte di Strasburgo. Poiché l'obbligo del giudice italiano è di garantire l'effettività del diritto UE e CE, l'art. 18 lettera e) della legge n. 69 del 2005 potrebbe essere interpretato secondo canoni di razionalizzazione sistematica, sicché il MAE non potrebbe essere rifiutato dall'Italia, quando lo Stato estero richiedente ha una disciplina della custodia cautelare ispirata al principio della durata ragionevole della medesima custodia.

B) Con la sentenza n. 227 del 21 giugno 2010, la Corte costituzionale italiana ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), nella parte in cui prevede il rifiuto obbligatorio di consegna del cittadino italiano, ma non anche del cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea che legittimamente ed effettivamente risiede o dimora nel territorio italiano.

Il giudice a quo dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69, con riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione. La disposizione controversa dà attuazione, all'interno dell'ordinamento italiano, l'art. 4, punto sesto, della decisione quadro sul MAE, in base al quale lo Stato di esecuzione può rifiutare la consegna "se il mandato d'arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimora nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda",

condizione che il medesimo Stato “si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno”. In altre parole, la disposizione citata individua un’ipotesi di rifiuto di esecuzione del mandato “facoltativa”, nel senso che gli Stati membri sono liberi di decidere se prevedere o meno tale ipotesi nella legislazione nazionale di attuazione della decisione sul MAE. La normativa nazionale oggetto del sindacato di legittimità costituzionale ha previsto tale ipotesi di rifiuto, ma solo con riferimento alla situazione in cui la persona richiesta sia un cittadino italiano. Ad avviso del giudice a quo, l’art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69, risulterebbe dunque in contrasto con:

- l’art. 117, primo comma, Cost., in quanto la norma dell’Unione europea che integra il parametro costituzionale - l’art. 4, punto 6, della decisione quadro - attribuisce al legislatore nazionale la facoltà di prevedere che l’autorità giudiziaria rifiuti la consegna del condannato ai fini dell’esecuzione della pena detentiva nello Stato emittente quando si tratti di un cittadino dello Stato dell’esecuzione, ovvero ivi risieda o vi abbia dimora, ma non consentirebbe di limitare il rifiuto al solo cittadino, come viceversa ha disposto la norma censurata della legge italiana di attuazione della decisione quadro;
- il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 18 TFUE, già art. 12 del Trattato CE), avendo escluso in modo assoluto al cittadino di altro Stato membro dell’Unione la possibilità della detenzione in Italia, che ha invece consentito al cittadino italiano;
- l’art. 27, terzo comma, Cost., poiché la possibilità di espiare la pena nello Stato del quale il destinatario del MAE è cittadino o nel quale risiede o dimora è diretta a garantire la “risocializzazione del condannato”, mediante la conservazione dei suoi legami familiari e sociali, allo scopo di facilitarne il corretto reinserimento al termine dell’esecuzione della pena;
- l’art. 3 Cost., poiché sarebbe priva di ragionevole giustificazione la diversità di disciplina stabilita dalla stessa legge per l’ipotesi di MAE finalizzato allo svolgimento del processo penale, che pone sullo stesso piano il cittadino ed il residente nel subordinare la consegna al soddisfacimento di determinate condizioni.

La sentenza ha costituito anche un'occasione per confermare l'orientamento della Corte costituzionale sull'assetto dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello dell'Unione europea, ribadendo, in particolare, la diversa copertura costituzionale assicurata al diritto dell'Unione europea -che deriva direttamente dall'art. 11 della Costituzione- e alla CEDU --che è invece individuata nell'art. 117, comma primo, della Costituzione.

Come anticipato, la Corte costituzionale ha chiarito che il “sicuro fondamento” della copertura costituzionale del diritto dell'Unione è direttamente l'art. 11 della Costituzione. I giudici rimettenti hanno evocato il parametro dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, facendo applicazione, peraltro, dei principi della giurisprudenza costituzionale in ordine al complessivo rapporto tra l'ordinamento giuridico italiano e il diritto dell'Unione europea affermati e ribaditi in forza dell'art. 11 Cost. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la questione di legittimità costituzionale va “scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati, qualora tale atto faccia ad essi chiaro riferimento, sia pure implicito, mediante il richiamo dei principi da questi enunciati” .

La Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il “sicuro fondamento” nell'art. 11 Cost . È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto . È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a

norme costituzionali , individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona .

Quanto all'art. 117, primo comma, Cost., la Corte ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), escluse dalla previsione dell'art. 10, primo comma, Cost . L'art. 117, primo comma, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte nel corso degli ultimi decenni, trova ancora “sicuro fondamento” nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche successivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali , l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona .

L'ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione quadro è riconducibile, pertanto, ai casi nei quali, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, non sussiste il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere–dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., integrati dalla norma conferente dell'Unione, laddove, come nella specie,

sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento.

Nell'accingersi ad esaminare il merito della questione, la Corte ha espressamente affermato la necessità di tenere in considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'interpretazione della decisione quadro, poiché "le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione"(paragrafo 8).

La questione di legittimità costituzionale della suddetta disposizione, che poneva nel merito problemi di carattere costituzional- penalistico (riguardando inoltre il principio di uguaglianza e quello posto dal comma 3 dell'art. 27, che impone al legislatore di favorire il reinserimento sociale del reo 12), coinvolgeva dal punto di vista processuale anche la valutazione circa l'efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia.

La Corte costituzionale infatti in questa occasione è stata chiamata a pronunciarsi su questione analoga a quella sciolta pochi mesi prima in via interpretativa dalla Corte di giustizia con sentenza dell'ottobre 2009 . Nel caso Wolzenburg, sopraggiunto successivamente alle ordinanze di rimessione, ma prima dell'udienza di discussione davanti alla Consulta, il giudice comunitario aveva dichiarato l'azionabilità dell'allora art. 12 TCE (oggi art. 18 del TFUE) nei confronti della normativa nazionale, ma aveva allo stesso tempo negato l'incompatibilità della legge di esecuzione olandese con la decisione quadro sul MAE, poiché essa modulava ragionevolmente (tramite la previsione del requisito della residenza per almeno cinque anni) il trattamento previsto per i cittadini comunitari residenti in Olanda destinatari di un MAE rispetto a quello previsto per i cittadini olandesi. Nella sentenza si chiariva però che un cittadino di uno Stato membro che risieda legittimamente in altro Stato membro ha diritto di avvalersi del divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 12, "nei confronti di una normativa nazionale che stabilisce le condizioni secondo le quali l'autorità giudiziaria competente può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva", concludendo poi come si è detto, per la non incompatibilità tra la legge olandese e la norma Ue .

La Corte costituzionale era stata investita della questione in via incidentale, non avendo la Suprema corte di Cassazione ritenuto di rilevare l'efficacia diretta dell'art. 12, e di disapplicare conseguentemente la norma incriminata della legge italiana poiché contrastante con il divieto comunitario di discriminazione sulla base della nazionalità. Il giudice costituzionale avrebbe potuto quindi dichiarare inammissibile la questione poiché irrilevante, come fa ogni volta che si sollevino dubbi in relazione a disciplina interna contrastante con altra dotata di effetti diretti o posta con atti direttamente applicabili. Questo primo scoglio è stato invece superato con successo ed il giudice costituzionale è sceso ad esaminare il merito della questione.

Oltre alla diretta efficacia dell'art. 12, si sarebbe forse potuto sostenere che venisse in rilievo anche quella della sentenza interpretativa della Corte di giustizia nel frattempo sopraggiunta, che, come si è visto, aveva sciolto un dubbio interpretativo analogo a quello posto al giudice costituzionale nella veste di una questione di legittimità costituzionale. Fare questo però avrebbe indirettamente significato rendere la relativa disposizione (della decisione quadro) direttamente applicabile nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, in base alla dottrina della stessa Corte costituzionale che sin dalla sentenza n. 113 del 1985 ha ritenuto fonti direttamente applicabili le sentenze interpretative .

Pur se nel caso Wolzenburg era stato chiarito il significato della disciplina sul punto in termini piuttosto dirimenti anche in relazione all'odierna questione di costituzionalità, la Corte scioglie ogni nodo pronunciando una sentenza di accoglimento.

Va valutato quindi positivamente il dato per cui il sopraggiungere della sentenza interpretativa dopo il promovimento della questione di costituzionalità non ha indotto la Corte costituzionale alla facile e un po' pilatesca soluzione della restituzione degli atti al giudice a quo, assumendosi essa stessa l'onere di decidere la questione tenendo conto del precedente euro- olandese, nell'ambito di un quadro quanto mai peculiare e problematico come quello della disciplina italiana di esecuzione del MAE, che per molti versi si discosta da una decisione quadro essa stessa di discussa legittimità costituzionale e comunitaria .

Richiamandosi ai principi enunciati dalla Corte di giustizia nelle sentenze Wolzenburg e Kozlowski, la Corte costituzionale è giunta alla conclusione della illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lettera r), della legge 22 aprile 2005, n. 69. Essa ha ritenuto che in base all'art. 4, punto 6, della decisione quadro gli Stati membri hanno la facoltà di rendere operativo nel proprio ordinamento l'ipotesi di rifiuto di consegna di cui all'art. 4, punto 6, della decisione. Tale ipotesi, infatti, non rientra tra quelle di rifiuto obbligatorio, previste invece dall'art. 3. Tuttavia, una volta operata la scelta di prevedere tale ipotesi di rifiuto andava rispettato il divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 18 del TFUE: l'art. 4, punto 6, della decisione fa infatti riferimento non solo al cittadino, ma anche alla persona che dimora o risiede nello Stato richiesto di consegnare. La Corte ha invero sottolineato che il divieto di discriminazione in base alla nazionalità non preclude tout court la possibilità di differenziare il trattamento del cittadino nazionale rispetto a quello del cittadino di un altro Stato membro. Tuttavia, una tale differenza di trattamento sarà compatibile con il diritto dell'Unione solo in presenza di una giustificazione legittima, ragionevole e proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. La diversità di trattamento introdotta dalla normativa italiana consiste nel prevedere, da un lato, l'obbligo di rifiutare la consegna del cittadino italiano – la cui pena verrà, quindi, eseguita in Italia –, escludendo, dall'altro, che lo stesso trattamento possa essere accordato al cittadino di un altro Stato membro che abbia legittimamente ed effettivamente residenza o dimora nel territorio italiano. Ad avviso della Corte, “ciò si traduce in una discriminazione soggettiva, del cittadino di altro Paese dell'Unione in quanto straniero, che, in difetto di una ragionevole giustificazione, non è proporzionata”. La Corte ha infine precisato che le nozioni rilevanti di “residenza” e “dimora” utilizzate dalla decisione quadro e dalla legge italiana di recepimento sono nozioni comunitarie, e pertanto “richiedono una interpretazione autonoma ed uniforme, a ragione della esigenza e della finalità di applicazione uniforme che è alla base della decisione quadro”. A tal proposito, la Corte ha richiamato la sentenza Kozlowsky, in cui la Corte di giustizia ha identificato la nozione di “residenza” con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione, e la nozione di “dimora” con un soggiorno stabile di una certa durata in quello Stato, che consenta di

acquisire con tale Stato legami d'intensità pari "a quelli che si instaurano in caso di residenza" (punto 46 della sentenza della Corte di giustizia). In particolare, il giudice nazionale deve procedere ad una valutazione complessiva degli elementi oggettivi che caratterizzano la situazione del ricercato, come la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che ha stabilito nello Stato dell'esecuzione (punti 48 e 54). Nell'ipotesi che lo straniero risieda o abbia dimora nello Stato dell'esecuzione, il giudice nazionale deve valutare anche l'esistenza di un interesse legittimo del condannato a che la pena sia scontata in quello Stato (punto 44). La Corte di giustizia ha, inoltre, precisato che circostanze quali una dimora non ininterrotta o il mancato rispetto delle norme in materia di ingresso e soggiorno nello Stato dell'esecuzione, pur non essendo di per sé decisive, possono essere valutate ai fini della decisione sulla consegna (punto 50).

Nella sostanza, il risultato cui giunge la Consulta è sicuramente apprezzabile, come pure la sensibile consapevolezza dimostrata per i problemi che vengono emergendo nel contatto tra la materia penale ed il diritto dell'Unione.

5.1.- I motivi di rifiuto della consegna: giurisprudenza della Corte di Cassazione.

A) L'art. 18 lettera e) prevede, tra le cause di rifiuto obbligatorio alla domanda di consegna, la mancata previsione, nella legislazione dello Stato membro di emissione, di limiti massimi di carcerazione preventiva. E' opportuno premettere che tale causa ostativa non trova corrispondenza nella decisione quadro, né nell'ordinaria procedura di estradizione disciplinata dalla Convenzione europea del 1957. I vari ordinamenti europei hanno adottato soluzioni tecniche diverse rispetto alla comune esigenza di contenere la carcerazione preventiva entro ragionevoli limiti temporali. Se l'Italia, ha optato per la predeterminazione di termini massimi di carcerazione, differenziati a seconda della natura del reato e delle diverse fasi del procedimento, il cui superamento determina la scarcerazione automatica dell'imputato (c.d. maximum periods), altri Paesi hanno adottato il modello anglosassone, basato su controlli periodici da parte del giudice, predeterminati a breve e frequente scadenza, senza previsione di automatismi

liberatori connessi al superamento di limiti massimi (continuous review at regular intervals). La scelta di moduli processuali differenziati nel contenimento della custodia cautelare tra i Paesi non ha, in sé, mai rappresentato causa ostativa all'extradizione, salvo il diniego motivato dalla lesione dei diritti fondamentali dell'uomo, positivizzati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, derivante dalla disciplina processuale peggiorativa sulla libertà personale dell'imputato. L'introduzione, dunque, di una espressa causa ostativa alla consegna ad opera della legge n. 69/2005 pone seriamente in discussione il buon fine delle richieste di consegna, e più in generale, del funzionamento stesso dell'istituto del MAE, ogni qualvolta la domanda di consegna provenga da un'autorità giudiziaria di uno Stato allineato sul modello anglosassone di contenimento della carcerazione preventiva. E'opportuno rilevare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in diverse occasioni, manifestato adesione al sistema di matrice inglese, in quanto risulta maggiormente rispettoso delle garanzie fondamentali previste dall'art. 5 comma III della Convenzione, per il quale ogni persona arrestata o detenuta ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole e di essere posta in libertà durante l'istruttoria. Tale sistema produce un effetto responsabilizzante nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali chiamate a vigilare costantemente affinché, negli specifici e concreti casi giudiziari, la durata della detenzione preventiva non superi il limite della ragionevolezza, a prescindere dal rispetto dei limiti massimi di custodia . Nei confronti dell'Italia non è mancata una specifica presa di posizione della Corte europea sulla conformità del relativo sistema processuale in subiecta materia rispetto all'art. 5 comma III CEDU. La Corte di Strasburgo, in particolare, ha rilevato che la persistenza dei forti indizi di colpevolezza, quale condicio sine qua non della liceità della detenzione preventiva, non costituisce, col decorso del tempo, causa legittimante la privazione della libertà personale, in assenza di ulteriori rilevanti motivi .

Un modello di interpretazione logico-sistematica, volto a razionalizzare l'ambito di applicazione della suddetta condizione ostativa, è stato seguito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione . Alla luce dei fondamentali principi richiamati dall'art. 6 TUE, e più volte ribaditi nel corpus della stessa decisione quadro sul

MAE, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, hanno posto tra i valori riconosciuti dagli ordinamenti dei Paesi membri dell'U.E. quello di garantire entro tempi ragionevoli la durata della custodia cautelare, così come definita, oltre che dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dalla Raccomandazione n. 13/2006 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'uso della custodia cautelare del 27 settembre 2006. Con tale raccomandazione, infatti, il Consiglio d'Europa ha chiesto agli Stati parti di dotarsi di sistemi di "continuous reviews" della perdurante necessità della custodia "at regular intervals", indicando l'utilità del suo collegamento a cadenze temporali oggettivamente predeterminate dal legislatore nazionale.

Sulla base di queste premesse argomentative, pertanto, la Corte di Cassazione ha ritenuto compatibili con il dettato normativo della L. n. 69/2005 non soltanto quei sistemi giuridici in cui sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, ma anche quelli in cui siano comunque previsti specifici meccanismi processuali che comportino, secondo cadenze cronologicamente prefissate, un controllo sulla necessità della custodia cautelare, funzionale o al suo prolungamento, o alla sua immediata cessazione.

Sotto questo specifico profilo, l'interpretazione adeguatrice fornita dalla Corte ha stabilito che l'autorità giudiziaria italiana deve verificare se nella legislazione dello Stato membro emittente sia espressamente fissato un termine di durata della misura cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, o, in mancanza, se un limite temporale implicito sia in ogni caso desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale, appunto, alla legittima prosecuzione della custodia o, in alternativa, alla estinzione della stessa.

La successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità mostra di essersi pienamente adeguata ai principi di diritto enucleati dalle Sezioni Unite, non mancando di precisare, peraltro, che la questione non assume alcun rilievo in concreto, allorquando la misura cautelare sia a termine, ossia destinata a cessare decorso un determinato periodo di tempo dall'avvenuta consegna dell'imputato .

A fronte di tale quadro complessivo, la Suprema Corte si è pronunciata sul ricorso di un cittadino belga richiesto in consegna dal proprio paese, la cui doglianza, avverso la decisione positiva della Corte di appello, ha riguardato la violazione della causa ostativa prevista dall'art. 18 lett. e) non prevedendo l'ordinamento belga alcun limite massimo alla carcerazione preventiva. La Corte di Cassazione, accogliendo il ricorso ed annullando senza rinvio la decisione impugnata, ha rilevato che la previsione dell'art. 18 lettera e) "è diretta trasposizione dell'art 13 comma ultimo della Costituzione italiana, che realizza la presunzione di innocenza dell'imputato, principio fondamentale comune ai paesi dell'UE e a quelli che hanno sottoscritto la CEDU". In quanto espressione di una garanzia effettiva dei diritti fondamentali della persona, in ordine a tale espressa previsione non appare legittima un'interpretazione sistematica e razionalizzatrice . L'art. 18 lettera e) dunque rappresenta una causa ostativa di rango costituzionale di stretta interpretazione, e, come tale, insuperabile, sia sotto il profilo ermeneutico, attraverso un'interpretazione conforme della decisione quadro da parte del giudice nazionale, ordinario e costituzionale, sia attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione comunitari. Entrambi, invero, risultano paralizzati dal principio espresso anche dalla Corte europea di Giustizia di Lussemburgo, per la quale l'obbligo per il giudice di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* di diritto nazionale . Nel riconoscere l'esistenza di una causa ostativa automatica alla consegna del cittadino belga, tuttavia, il giudice di legittimità, non ha mancato di esprimere preoccupazione per l'insorgenza di difficoltà nei rapporti tra l'Italia e gli altri Stati membri dell'UE il cui ordinamento non prevede limiti massimi di carcerazione preventiva e, sul piano fattuale, l'individuazione dell'Italia come privilegiato rifugio degli imputati al fine di sottrarsi più agevolmente alle ricerche delle autorità giudiziarie dei predetti Paesi, auspicando, di fatto, l'intervento del legislatore: "rientra nell'esclusiva competenza del legislatore stabilire se quella condizione ostativa,

vincolante ed insuperabile per la giurisdizione non debba essere rimeditata, valutando se, nel processo di progressiva formazione dell'UE e nel rispetto dell'equilibrato bilanciamento dei principi stabiliti dagli artt. 10, 11, 13, 26, 27 della Costituzione italiana, non possano ritenersi equipollenti alla previsione legislativa italiana di limiti massimi di carcerazione preventiva, i meccanismi di controllo periodico sopra indicati, che in altri ordinamenti europei assicurano concretamente la ragionevole durata della detenzione”.

Successivamente nella sentenza n. 24705 del 12/07/2006 la Corte di Cassazione ha escluso che, in relazione ad un MAE dall'autorità giudiziaria francese ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 18 della legge n. 69 del 2005, poiché il codice di procedura penale francese prevede una serie di limiti massimi alla detenzione provvisoria.

In materia, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite con la sentenza n. 4614 del 30/01/2007, nella quale si afferma che, per quanto attiene al mandato di arresto europeo, deve escludersi che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 18 lett. e) della legge 22 aprile 2005 n. 69, che impone il rifiuto della consegna qualora la legislazione dello Stato membro di emissione non preveda limiti massimi della carcerazione preventiva, in relazione ad un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria della Repubblica federale di Germania; e invero, l'ordinamento processuale di tale Stato prevede un limite massimo di custodia cautelare (sei mesi) e assicura, pur nella eventualità di proroga di detto termine, la sottoposizione a controlli ex officio, cronologicamente cadenzati, cui è condizionata la necessità di mantenere l'imputato nello status custodiale, imponendo, in mancanza di tali controlli, un automatico effetto liberatorio.

Una conclusione analoga a quella prospettata dalle Sezioni Unite potrebbe valere per quelle legislazioni (ad es., Belgio, Svezia, Finlandia), che, pur non contemplando direttamente un limite massimo di durata della custodia, prevedono specifici meccanismi processuali che comportano un controllo sulla necessità della custodia, sempre che, ove il controllo non sia effettuato o conduca ad un risultato negativo, si determini l'automatica liberazione dell'imputato. La possibilità di proroga della durata della custodia non è dunque incompatibile con il concetto di limite massimo, mentre con essa sembrano incompatibili quei

meccanismi processuali dai quali derivi che, alle scadenze temporali, pur in mancanza di un provvedimento del giudice, lo stato custodiale non debba integralmente cessare.

La decisione appare di notevole rilievo per la soluzione offerta ed il percorso ermeneutico prescelto, di cui si rassegnano sinteticamente, i principali snodi argomentativi:

1. la decisione quadro, collocandosi nell'ambito del c.d. Terzo pilastro relativo alla cooperazione nel settore della giustizia penale, introduce, in sostituzione della procedura di estradizione ed in vista della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà, un sistema semplificato di consegna, basato su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, attraverso un rapporto diretto tra le autorità giudiziarie degli Stati membri, relegando il ruolo delle autorità centrali alla mera assistenza pratica e amministrativa;

2. la causa ostativa in oggetto, formalmente estranea a quelle che la decisione quadro 2002/584/GAI sul MAE prevede tra i motivi di non esecuzione obbligatoria ovvero facoltativa alla richiesta di consegna indubitabilmente riecheggia quella dell'art. 13 comma V Cost., a tenore della quale, la legge stabilisce i limiti massimi di carcerazione preventiva;

3. il tema delle condizioni entro cui una persona può essere sottoposta a detenzione preventiva e della durata di questa rientrano, invero, a pieno titolo nella materia dei diritti fondamentali garantiti in ogni ordinamento democratico e, in particolare, di quelli riconosciuti unanimemente dagli ordinamenti dei Paesi dell'UE, attraverso trattati internazionali e le rispettive Carte fondamentali, a presidio dei quali il combinato disposto degli art. 1 e 2 della n. 69 (c.d. clausola di salvaguardia) e la regola comunitaria dell'interpretazione conforme condizionano l'applicazione della decisione quadro;

4. il caso di rifiuto alla consegna che dipenda dalla mancata previsione, nella legislazione dello Stato richiedente, di verificabili limiti al protrarsi della custodia preventiva ante iudicium, pur non essendo esplicitamente indicato dalla decisione quadro, risulta, oltre che conforme all'autorizzazione ivi prevista ad ampliare il

catalogo delle ipotesi di rifiuto applicative dei principi del giusto processo, con essa coerente, sia in forza della comune ispirazione alle garanzie fondamentali del processo, sia alla sempre maggiore sensibilizzazione al tema mostrato dalla più recente giurisprudenza e dall'orientamento delle istituzioni europee;

5. la disposizione dell'art. 18 implicherebbe l'esigenza di verificare se l'ordinamento processuale dello Stato di emissione offra, riguardo alla durata della custodia preventiva, in ragione delle norme che lo regolano e delle prassi applicative, garanzie equivalenti a quelle derivanti dal nostro sistema di durata massima della custodia;

6. rivolgendosi la norma ad una moltitudine di Paesi con sistemi processuali grandemente differenti, con riferimento, sia alle fasi del processo, sia al momento di esecutività della sentenza di condanna e al regime delle impugnazioni, un'interpretazione della disposizione che ne espandesse la portata a tutto il processo, fino alla sentenza irrevocabile, renderebbe di fatto senza ragione inesigibile il suo rispetto per un grande numero di Stati dell'UE, il tutto in contrasto, non solo con l'idea ispiratrice della decisione quadro del MAE, ma anche, con la nozione di custodia preventiva recepita dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo;

7. in un contesto di cooperazione giudiziaria europea sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della legalità della richiesta di consegna, in particolare ove tali preclusioni non trovino corrispondenza nei principi del giusto processo richiamati dalla decisione quadro, e per il suo tramite, nei principi generali del diritto comunitario, così come anche, e a maggior ragione, negli stessi enunciati di principio contenuti nella legge interna, evenienze solo apparentemente problematiche, in considerazione della sostanziale consonanza tra le enunciazioni contenute nella legge n. 69 e nella decisione quadro in tema di rispetto dei diritti fondamentali, da un lato, e tra i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, dalla prima richiamati, ed il patrimonio comune dei valori della civiltà giuridica europea, dall'altro (c.d. sistema multilivello);

8. donde appare plausibile un'interpretazione flessibile della norma che la renda adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, modellati ora sulla previsione di

termini temporalmente definitivi di custodia preventiva secondo le fasi del processo o stabiliti per la sola fase ante iudicium, ora su meccanismi processuali nei quali i limiti temporali sono impliciti in forza di un controllo sulla necessità della custodia funzionale o sul suo protrarsi o sulla sua immediata cessazione.

Sulla stessa scia si pone la sentenza della Corte di Cassazione n. 12405 del 20/03/2007, ove si è affermata l'insussistenza di ragioni ostative in relazione ad un mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria austriaca, poiché il codice di procedura penale austriaco prevede limiti massimi per la custodia cautelare per la fase delle indagini preliminari e, una volta iniziato il dibattimento, un sistema di periodica verifica da parte del giudice della sussistenza delle ragioni giustificatrici del permanere della custodia.

Nella sentenza n. 17810 del 24/04/07, la Corte di Cassazione ha stabilito che, nel caso in cui sia lo stesso mandato di arresto a prevedere un termine di durata della custodia cautelare, è irrilevante la dimostrazione della mancanza nella legislazione dello Stato di emissione di limiti massimi per la carcerazione preventiva (fattispecie relativa alla Polonia).

La giurisprudenza più recente della Suprema Corte sembra dunque orientarsi per un accertamento in concreto della compatibilità fra la disciplina straniera e l'art. 18 della L. 69/2005 per il tramite della giurisprudenza della CEDU.

Nel 2008, la Corte di Cassazione si è occupata della legislazione portoghese, di quella spagnola, di quella greca, di quella lituana e non ha rintracciato alcun motivo ostativo all'esecuzione del mandato di arresto. La valutazione della Corte, che si è svolta in concreto, anche alla luce della giurisprudenza CEDU, tuttavia è stata facilitata dal fatto che tali legislazioni prevedono termini massimi e di fase della custodia, sebbene con modalità differenti rispetto alla normativa italiana.

B) In tema di mandato di arresto europeo, sussiste il motivo ostativo alla consegna di cui all'art. 18, comma primo, lett. o), della L. n. 69/2005, quando nei confronti della persona ricercata dall'autorità giudiziaria estera sia in corso un procedimento penale in Italia per lo stesso fatto, salva l'ipotesi in cui il mandato di arresto europeo riguardi l'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna emessa in uno Stato membro dell'UE.

Il MAE non può essere eseguito quando nei confronti della persona ricercata dall'autorità giudiziaria estera sia in corso un procedimento penale in Italia per lo stesso fatto. E' quanto stabilito dalla Corte di Cassazione Sezione 6 Penale, Sentenza del 23 novembre 2010, n. 41370 , atteso che la previsione della legge 22 aprile 2005, n. 69, articolo 18, comma 1, lettera o), che fa divieto di consegna della persona ricercata se per lo stesso fatto e' in corso in Italia procedimento penale, a meno che il MAE concerna, come nel caso in esame, l'esecuzione di una sentenza definitiva di condanna.

C) In tema di mandato di arresto europeo , quando la richiesta di consegna presentata dall'autorità giudiziaria straniera riguardi fatti commessi in parte nel territorio dello Stato ed in parte in territorio estero, la verifica della sussistenza della condizione ostativa prevista dall'art. 18, comma primo, lett. p), della l. n. 69/2005, deve essere coordinata con la previsione della clausola di salvezza contenuta nell' art. 31 della decisione quadro n. 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, secondo cui “gli Stati membri possono continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della presente decisione quadro nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato” e sempre che gli stessi non pregiudichino le relazioni con gli Stati membri che non sono parte degli stessi. Con tale disposizione sono invero stati fatti salvi gli accordi e le intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento della sua adozione.

Nel caso di specie si trattava di un MAE processuale emesso dall'autorità tedesca per reati concernenti il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in Germania, in cui la S.C. ha rigettato il ricorso, ritenendo applicabile l'art. II dell'Accordo bilaterale italo-tedesco del 24 ottobre 1979, ratificato con l. 11 dicembre 1984, n. 969, con il quale le parti hanno inteso facilitare l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 1957, nell'ipotesi in cui la domanda di consegna riguardi anche altri reati non soggetti alla giurisdizione dello Stato di rifugio e risulti opportuno far giudicare tutti i reati nello Stato richiedente.

Orbene, sottolinea la Cassazione, nei rapporti con la Germania deve ritenersi ancora applicabile l'art. II dell'Accordo bilaterale aggiuntivo, stipulato il 24 ottobre 1979 e ratificato in Italia con la legge 11 dicembre 1984, inteso a facilitare tra le Parti l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 1957, con il quale è stata limitata l'incidenza del motivo di rifiuto di cui all'art. 7 della stessa Convenzione nell'ipotesi in cui la domanda di consegna riguardi anche altri reati non soggetti alla giurisdizione dello Stato di rifugio, qualora risulti opportuno far giudicare tutti i suddetti reati all'autorità giudiziaria dello Stato richiedente.

Questa disposizione, prosegue la Corte, diretta a risolvere i frequenti casi di domande di estradizione per reati caratterizzati da transnazionalità, in considerazione della contiguità territoriale tra i due Paesi, si pone non solo in linea con la clausola di salvezza contenuta nel citato art. 31 della decisione quadro, in quanto obiettivamente diretta a facilitare la consegna della persona ricercata, superando un ostacolo alla cooperazione bilaterale, ma appare anticipare ed ora anche dare puntuale attuazione ai principi contenuti nella recente decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.

Con tale strumento, gli Stati hanno inteso concretizzare uno degli obiettivi espressamente previsti dal trattato dell'Unione Europea (ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ove all'art. 82 comma 1, lett. b) si prevede che le azioni comuni nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale devono "prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri". Scopo della decisione quadro è non solo stabilire un meccanismo di composizione dei conflitti di giurisdizione, qualora risultino pendenti in due o più Stati membri "procedimenti paralleli" ovvero procedimenti penali per gli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona, ma anche soprattutto obbligare gli Stati membri a prevenire l'insorgenza di tali situazioni. In tal senso, il preambolo chiarisce che obiettivo della decisione quadro è evitare procedimenti paralleli superflui, in quanto nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, deve essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto "quando

ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato" (paragrafo 12).

E' di rilievo, si legge ancora nella motivazione della sentenza, che sottesa alla prevenzione e soluzione dei conflitti di giurisdizione non é solo l'esigenza di evitare che per la stessa vicenda vi sia una dispersione di energie processuali dei singoli Stati impegnati in processi che – in un'ottica di reciproca fiducia – potrebbero essere condotti da uno solo di essi, ma anche – come ricorda il preambolo (consideranda nn. 3 e 12) della stessa decisione quadro -la necessità di impedire la violazione del divieto del ne bis in idem, quindi di un principio posto a garanzia dell'individuo – che significativamente é stato elevato dall'art. 50 della Carta di Nizza tra i principi fondamentali dell'Unione europea e che ora, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, é da ritenere direttamente applicabile in tutti i sistemi giuridici nazionali, accanto alle Costituzioni nazionali.

La Corte ha poi fatto riferimento ad un principio più volte enunciato dalla propria giurisprudenza secondo cui per determinare la sussistenza della giurisdizione italiana in presenza di un reato associativo occorre verificare il luogo in cui si é realizzata, in tutto o in parte, l'operatività della struttura organizzativa, mentre va attribuita importanza secondaria al luogo in cui sono stati realizzati i singoli delitti commessi in attuazione del programma criminoso, a meno che questi, per il numero e la consistenza, rivelino il luogo di operatività del disegno (Cass. 993/1999)

D) La Corte ha precisato , in tema di mandato di arresto europeo, che la nozione di "residenza" che viene in considerazione per l'applicazione dei diversi regimi di consegna previsti dalla L. 22 aprile 2005 n. 69, presuppone l'esistenza di un radicamento reale e non estemporaneo dello straniero nello Stato, tra i cui indici necessari, anche se non sufficienti, si pone in primo luogo quello della formale iscrizione o residenza anagrafica nel territorio dello Stato. La formale iscrizione o residenza anagrafica nel territorio dello Stato dello straniero è condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini della configurabilità della nozione di "residenza".

La formale iscrizione o residenza anagrafica nel territorio dello Stato dello straniero è condizione necessaria, ma non sufficiente, ai fini della configurabilità della nozione di “residenza”.

La Corte d'appello di Bologna disponeva la consegna ad autorità giudiziaria romena di un cittadino di quel Paese, in relazione a un mandato di arresto europeo per l'esecuzione di condanna definitiva alla pena di sette anni sei mesi per tentato omicidio.

La difesa ricorreva per cassazione, denunciando, tra l'altro, la violazione dell'art. 18 lett. r), l. 22 aprile 2005, n. 69, in quanto lo straniero era soggetto titolare di un rapporto di lavoro e di affitto di immobile ad uso abitativo, condizioni che attesterebbero il suo effettivo radicamento sul territorio italiano; l'imputato, dunque, pur non ancora residente anagraficamente in Italia, vi dimorava da tre anni, soggiornandovi e lavorandovi regolarmente, e, pertanto, si trovava nelle condizioni per ritenere sussistente un particolare legame con il territorio italiano, ciò che impedirebbe la consegna.

La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso.

Pur dando atto che, con numerose ordinanze, la stessa Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 lett. r), l. 22 aprile 2005, n. 69, nella parte in cui non prevede l'estensione allo straniero residente in Italia la possibilità di rifiuto della consegna nel caso di mae esecutivo - questione che la Corte costituzionale ha dichiarato fondata con la recente sentenza n. 227 depositata lo scorso 24 giugno - la Corte ha però sottolineato che “il presupposto per la rilevanza della questione è che nel singolo procedimento sia afferabile con certezza che sussiste un effettivo radicamento nel territorio”.

La Corte, in particolare, si è soffermata sul concetto di “residenza”, per determinare il quale non è determinante il solo dato formale della residenza anagrafica in Italia, dovendosi far riferimento ad «indici fattuali in grado di dare certa contezza del radicamento per tempo apprezzabile, quel radicamento che, solo, giustifica l'esecuzione in Italia non quale opzione discrezionalmente attivabile dal singolo interessato in relazione ad eventuali migliori condizioni, anche normative, del trattamento penitenziario, bensì ai fini di assicurare al meglio la finalità di risocializzazione propria della pena».

In altri termini, il dato della formale iscrizione anagrafica, secondo le norme dello Stato ospitante, è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della determinazione della “residenza” rilevante ai sensi della l. n. 69 del 2005

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto assorbente la circostanza che l'imputato non era formalmente residente in Italia.

Come si è anticipato, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), l. n. 69 del 2005 “nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno”.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha sottolineato che il giudice ha comunque il dovere di accertare “la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora, legittime ed effettive, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”.

Orbene, la decisione della Cassazione, laddove ha affermato che il requisito della residenza formale è imprescindibile ai fini dell'applicazione della l. n. 69 del 2005, non appare in linea né con la decisione della Corte costituzionale, né con la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui rileva la residenza (non formale ma) effettiva dello straniero, desumibile – ha precisato la Corte costituzionale (sentenza n. 229 del 2010) da “elementi oggettivi che caratterizzano la situazione del ricercato, come la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che ha stabilito nello Stato dell'esecuzione”.

E) In merito al requisito della motivazione del titolo dell'arresto, cui è subordinato l'accoglimento della domanda di consegna, la Suprema Corte ha escluso che esso debba essere strettamente legato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana come esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio, ritenendo sufficiente che

l'autorità giudiziaria di emissione abbia dato ragione del mandato d'arresto, anche solo attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna.

La successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità mostra di essersi adeguata a tale indirizzo, precisando che la disposizione di cui all'art. 18, lett. t), della L. n. 69/2005 non presuppone che il provvedimento cautelare emesso dall'autorità richiedente debba presentare il medesimo impianto motivazionale previsto nel nostro ordinamento processuale: la norma appena menzionata, infatti, pone un principio di garanzia minimo, facendo obbligo al giudice italiano di verificare che i provvedimenti incidenti sullo status libertatis non siano immotivati, con la conseguenza che anche forme di giustificazione delle misure coercitive diverse da quelle conosciute nella nostra esperienza giudiziaria sono da ritenere sufficienti ai fini del rispetto della previsione di cui all'art. 18, lett. t), cit.

6.- La consegna del cittadino italiano.

In ordine alla consegna a fini processuali della persona richiesta, la disposizione di cui all'art. 19, comma 1, lett. c), della L. n. 69/2005 riprende il contenuto precettivo dell'art. 5, par. 3, della decisione quadro, che prevede la consegna condizionata ai fini di un'azione penale del cittadino o del residente dello Stato di esecuzione (*“dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro emittente”*). Peraltro, la traduzione italiana (*“dopo essere stata ascoltata”*) della terminologia inglese *“after having being heard”* con il non corretto utilizzo del termine ascoltata – sia nella versione italiana del testo della decisione quadro che nella legge di attuazione – è stata oggetto di una divergente lettura da parte della giurisprudenza, secondo cui la legge ha inteso riferirsi con quella espressione all'esaurimento del giudizio a carico della persona richiesta, e non alla sua semplice audizione³⁵⁹, ove si consideri il tenore del dato testuale dell'originale inglese, che probabilmente intendeva dire dopo il processo poiché il termine *hearing* sta ad indicare l'udienza.

³⁵⁹ V. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 7108, *Bejan*.

Nell'ipotesi della ricezione di un mandato d'arresto la subordinazione della consegna alla condizione del rinvio della persona richiesta in Italia dopo la conclusione del processo straniero costituisce un vero e proprio requisito di legittimità della stessa decisione di consegna, ogni qual volta non vi sia un'espressa e diversa richiesta da parte dell'interessato³⁶⁰.

La Corte costituzionale torna sul mandato di arresto europeo dichiarando inammissibile, con ordinanza n. 374/2010³⁶¹, depositata il 27 dicembre, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 1, lettera c della legge 22 aprile 2005 n. 69 con la quale è stata attuata in Italia la decisione quadro 2002/584 relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. La questione è stata sollevata dalla Corte di appello di Bari secondo la quale sussisteva una contrarietà dell'articolo 19 della legge n. 69 con l'articolo 3 della Costituzione, e con l'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), perché la norma non consente al cittadino di uno Stato membro, residente in Italia, di chiedere che l'esecuzione della pena avvenga in Italia nei casi in cui un mandato di arresto abbia ad oggetto l'esecuzione della pena. Questa possibilità, infatti, è consentita unicamente «nel solo caso di condanna non ancora pronunciata». La Corte costituzionale, confermando quanto deciso in altra occasione, ha sostenuto che la questione fosse manifestamente inammissibile in quanto l'articolo 19 «concerne soltanto la persona giudicanda, per la quale è in corso l'azione penale, sicché la questione ha ad oggetto una norma che non deve essere applicata nel giudizio principale, nel quale si tratta dell'esecuzione di una sentenza di condanna».

Tra le garanzie richieste allo Stato membro di emissione vi è invero la previsione che, se la persona oggetto del mandato di arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato italiano, la consegna sia subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviaata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione. E' escluso che la medesima facoltà di chiedere

³⁶⁰ V. Cass., sez. F., 4 settembre 2008, n. 34956, *Fuoco*.

³⁶¹ V. Ordinanza n. 374/2010 della Corte Costituzionale del 27 dicembre 2010.

l'esecuzione della pena nello Stato italiano di residenza sia riconosciuta anche al cittadino comunitario non italiano che abbia già riportato una condanna penale per la quale è stata richiesta la consegna con mandato d'arresto europeo dall'autorità dello Stato estero che ha pronunciato la condanna.

Occorre inoltre rilevare che, diversamente da quanto stabilito nella corrispondente disposizione di cui all'art. 18, comma 1, lett. r) – che riguarda il rifiuto della consegna per finalità esecutive del cittadino italiano, sempre che la Corte d'appello disponga l'esecuzione della pena in Italia, conformemente al suo diritto interno – l'art. 19, comma 1, lett. c), non si limita a considerare soltanto il cittadino, ma estende il medesimo trattamento anche al residente in Italia. A sua volta, l'art. 18, comma 1, lett. r), riguarda soltanto la situazione del cittadino e non anche quella di colui che dimori o risieda stabilmente nello Stato italiano, come previsto invece dalla corrispondente disposizione della Decisione quadro (*ex art. 4, n. 6*)³⁶².

La dottrina ha segnalato il difettoso coordinamento tra le due disposizioni normative e la parziale difformità della trasposizione rispetto al contenuto della Decisione quadro, ponendo in evidenza il problematico riferimento al requisito della conformità al diritto interno, che sembra prospettare a sua volta l'applicabilità del quadro normativo delineato dagli artt. 731 ss. c.p.p., inerenti alle condizioni previste dall'ordinamento processuale interno per il riconoscimento delle sentenze penali straniere a norma degli accordi internazionali³⁶³.

Appaiono, dunque, non precisamente determinati i presupposti ed i criteri che dovrebbero guidare la deliberazione della Corte d'appello nel disporre, o meno, l'esecuzione della condanna in Italia³⁶⁴. Ed è parimenti dubbia la questione se debba farsi riferimento al sistema parallelo delineato dalla Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate, ovvero se la decisione quadro rappresenti essa stessa la base giuridica adeguata per la presa in carico, a seconda delle diverse ipotesi su considerate, dell'esecuzione della pena inflitta all'estero o del ritrasferimento del condannato (in caso di consegna processuale). I

³⁶² V. Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16213, *Badilas*.

³⁶³ V. Cass., sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 4303, *Glameanu*.

³⁶⁴ V. Cass., sez. VI, 25 giugno 2008, n. 25879, *Vizitiu*.

problemi, infatti, derivano, da un lato, dalla dubbia applicabilità del meccanismo interno disegnato dall'art. 731 c.p.p. per assicurare tale esecuzione, poiché siffatta disposizione si innesta necessariamente su un accordo internazionale in materia, e, dall'altro, dalla difficoltà di fare ricorso alla Convenzione di Strasburgo del 21 maggio 1983 sul trasferimento delle persone condannate, poiché nell'ipotesi in questione non si tratta di trasferire una esecuzione dall'estero, né è prevista una manifestazione di consenso da parte del condannato. Nel sistema della Decisione quadro, per certi versi, risaltano con chiarezza le ragioni di fondo della scelta operata dal legislatore europeo con le disposizioni sopra menzionate, poiché nel nuovo spazio giudiziario europeo pare difficilmente giustificabile la persistenza di un interesse statale volto al rifiuto della consegna del proprio cittadino, potendo invece rilevare, se del caso, la volontà della persona ricercata - con legami stabili e non occasionali nello Stato di esecuzione - di non essere trasferita nello Stato di emissione per scontarvi la pena. Per altro verso, tuttavia, permangono le difficoltà determinate dall'imperfetto coordinamento tra le due disposizioni, poiché la condizione di dimorante nello Stato di esecuzione legittima il rifiuto della consegna esecutiva, ma non rileva ai fini delle garanzie previste per il mandato processuale. L'asimmetrico recepimento della normativa europea - percepibile nelle citate disposizioni dell'art. 18, lett. r) e dell'art. 19, lett. c) - garantisce pienamente solo la posizione del cittadino (in sede di mandato processuale ed esecutivo) e non del tutto, invece, quella del residente (qualora sia colpito da un mandato esecutivo).

La scelta in tal senso operata dal legislatore italiano, tuttavia, pur sembrando inopportuna e apportatrice di contrasti interpretativi alla luce degli obiettivi perseguiti dalla Decisione quadro, non per questo può definirsi di per sé illegittima, nel momento in cui si pensa alla previsione della facoltatività delle ipotesi di rifiuto o di consegna condizionata delineate nella normativa europea, che non obbliga gli Stati membri ad estendere le garanzie riconosciute ai cittadini anche agli stranieri residenti o solo dimoranti nei rispettivi territori³⁶⁵.

Le lacune della disciplina italiana in merito alle modalità di esecuzione della pena nello Stato hanno dato luogo a divergenti soluzioni interpretative da

³⁶⁵ V. Cass., sez. F, 2 settembre 2008, *Zvenca*.

parte della giurisprudenza, che in un caso³⁶⁶ ha ancorato il potere valutativo della Corte d'appello al rispetto delle norme e delle convenzioni internazionali vigenti, non modificate o abrogate dalla normativa sul MAE – con il conseguente rilievo delle disposizioni attuative della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, che pongono una serie di condizioni per l'operatività del trasferimento da uno Stato membro all'altro. In un altro caso, pur affermando la necessità che l'esecuzione nello Stato sia condizionata al consenso dell'interessato, ha posto in rilievo la peculiarità della regolamentazione dell'esecuzione della sentenza estera nell'ambito della disciplina propria del MAE, che si fonda sul principio generale del mutuo riconoscimento delle decisioni penali³⁶⁷.

All'interno di tale ricostruzione si è precisato, infatti, che l'iniziativa non spetta al Ministro della Giustizia, ma alla Corte d'appello investita della procedura inerente al MAE, né essa è condizionata dall'esistenza di un particolare accordo internazionale che non sia quello costituito dalla stessa decisione quadro: la sentenza estera, dunque, non deve essere formalmente riconosciuta, discendendo la sua esecutività direttamente dalla legge interna di attuazione della decisione quadro, con la conseguente applicazione in via analogica dei criteri generali di determinazione della pena fissati dall'art. 735 c.p.p. in materia di riconoscimento di una sentenza straniera, ai fini della formazione di un valido titolo esecutivo nello Stato.

Al riguardo, tuttavia, va registrata un'ulteriore oscillazione giurisprudenziale della S.C., che, intervenendo nuovamente sulla questione delle modalità di esecuzione della pena nello Stato, ha fatto riferimento all'applicabilità non delle disposizioni dell'art. 735 c.p.p., ma dei principi generali contenuti nella Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate del 21 marzo 1983 (ratificata dall'Italia con L. 25 luglio 1988, 334), nella parte in cui sono disciplinati gli effetti dell'esecuzione nel territorio dello Stato di origine del condannato. Ne consegue che, in ordine alla determinazione del trattamento sanzionatorio, deve applicarsi la procedura della "continuazione" dell'esecuzione della pena di cui all'art. 10, par. 1, della Convenzione, in relazione alla quale il nostro Paese, come è noto, ha espresso a suo tempo l'opzione prevista dall'art. 3,

³⁶⁶ V. Cass., sez. VI, 6 marzo 2007, n. 10544, *Foresta*.

³⁶⁷ V. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 7812, *Tavano*.

par. 3, con riferimento al meccanismo di cui all'art. 9, par. 1, lett. a), della Convenzione³⁶⁸.

Ai fini della valutazione spettante alla Corte d'appello in merito alla domanda di consegna di un cittadino italiano ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. r), la S.C. ha affermato che la regola immediatamente applicabile, salva diversa ed esplicita volontà dell'interessato, è quella che esclude che il cittadino italiano, destinatario di un MAE emesso per finalità esecutive, possa subire l'esecuzione della pena detentiva all'estero, a meno che non esista una sua espressa e specifica richiesta di esecuzione della pena nello stesso Stato estero che ne ha richiesto la consegna. In tal senso, la valutazione riservata alla Corte d'appello sulla esecuzione in Italia della pena straniera – diversamente da quanto in precedenza affermato dalla stessa S.C.³⁶⁹ - si concreta in una decisione di tipo obbligatorio e non discrezionale, che deve necessariamente tener conto della richiesta, eventualmente formulata dal cittadino, di esecuzione della pena nel nostro Paese, poiché la scelta del luogo di esecuzione della pena deve ritenersi plasmata dalle indicazioni provenienti dallo stesso interessato³⁷⁰.

V'è, infine, da osservare che ai fini dell'operatività del disposto di cui all'art. 19, comma 1, lett. c), della l. n. 69/2005, la giurisprudenza ha chiarito il contenuto della nozione di residenza, ritenendo necessaria non solo la prova che l'interessato abbia in Italia la sua dimora abituale, ma anche quella che egli intenda stabilmente permanere nel territorio italiano per un apprezzabile periodo di tempo³⁷¹. In tal senso occorre, pertanto, un radicamento reale e non temporaneo dello straniero nel territorio italiano, ove egli deve aver istituito la sede principale, anche se non esclusiva, dei propri interessi affettivi, professionali od economici.

7.- Il termine per la decisione sulla consegna.

La Corte ha stabilito che il termine perentorio previsto dall'art. 17 della legge 69/2005 entro il quale deve essere emessa la decisione sulla consegna riguarda esclusivamente la decisione della Corte d'appello e non anche quella della Corte di

³⁶⁸ V. Cass., sez. VI, 26 maggio 2008, n.

³⁶⁹ V. Cass., sez. VI, 6 marzo 2007, n. 10544, *Foresta*.

³⁷⁰ V. Cass., sez. VI, 16 luglio 2008, n. 30018, *Zurlo*, in C.E.D., n. 240330.

³⁷¹ V. Cass., sez. VI, 28 aprile 2008, n. 17643, *Chaloppe*.

Cassazione. Secondo la Corte, la mancata previsione di un termine predeterminato assoluto di scadenza della custodia cautelare, successivo alla prima sentenza, non costituisce ragione di irrazionalità del sistema e di irreparabile pregiudizio concreto del richiesto in consegna - rispetto ai parametri propri della disciplina nazionale cautelare generale ed estradizionale - tenuto conto dei tempi comunque ristretti previsti in via generale per la decisione sull'eventuale ricorso e della disciplina per i casi di sospensione e rinvio della consegna. Inoltre, ha aggiunto che quando, come nel caso di specie, il mandato d'arresto europeo si riferisce all'esecuzione di una decisione giurisdizionale definitiva, vi è comunque sempre il parametro costituito dall'entità della pena residua da eseguire.

8.- Il rinvio della consegna.

La facoltà, riconosciuta alla Corte d'Appello dall'art. 24, comma 1, della L. n. 69/2005, di rinvio della consegna per consentire alla persona richiesta di essere sottoposta a procedimento penale in Italia per un reato diverso da quello costituente oggetto del mandato implica, secondo la Corte di Cassazione, una valutazione di opportunità, che deve necessariamente tener conto sia dello stato del procedimento che della gravità dei fatti contestati³⁷².

³⁷² V. Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 2007, n. 39772. La Corte d'Appello può dunque negare il rinvio se l'interessato non abbia fornito la prova certa della attuale pendenza in Italia di procedimenti penali, limitandosi soltanto ad una loro generica indicazione. La facoltà di rinvio, peraltro, può essere esercitata anche successivamente al provvedimento che ha disposto la consegna, purché anteriormente alla sua materiale esecuzione, e solo dopo avere interpellato l'interessato ed il suo difensore. Limiti alla facoltà di rinvio discendono, comunque, dalla natura del procedimento cui la persona richiesta è chiamata a partecipare, non potendo trattarsi di procedimenti diversi da quelli in cui essa assume la veste di imputato o di indagato. Trattandosi di un provvedimento meramente interinale, fondato su una valutazione discrezionale in vista del soddisfacimento di esigenze di giustizia interna cui il consegnando normalmente soggiace, la S.C. esclude ogni titolo di doglianza in ordine alla eventuale mancata adozione di una clausola di rinvio della consegna da parte della Corte d'Appello. In ordine al problema del rapporto tra il rinvio della consegna per le esigenze di giustizia interna e lo stato custodiale che, ai sensi degli artt. 9 o 13 della L. n. 69/2005, può accompagnare l'iter della procedura di consegna, gli indirizzi interpretativi seguiti alla S.C., si sono parzialmente distanziati nel privilegiare, talora, la soluzione incentrata sulla revoca della custodia cautelare, e, talvolta, quella della sospensione dell'esecuzione sino all'esaurimento dei procedimenti in corso. L'effetto prodotto dalle due opzioni decisorie è stato lo stesso, ossia la scarcerazione del ricercato, con l'adozione di un successivo ed autonomo provvedimento di ripristino dello stato custodiale, al fine di renderne materialmente possibile la consegna nei dieci giorni successivi.

Una più precisa linea di *discrimen* è stata tracciata dalla Corte di Cassazione, ponendo specifica attenzione alle peculiarità della fattispecie nazionale che di volta in volta ha reso necessario il rinvio³⁷³.

Nel rigettare il ricorso di un cittadino italiano, detenuto per altra causa nel territorio, avverso la decisione che ne disponeva la consegna, con esecuzione differita alla conclusione dei procedimenti a suo carico pendenti in Italia, la Corte rilevava che “*l’art. 24 della legge 69/2005 riproduce una disposizione simile a quella dell’art. 19 della Convenzione europea di estradizione, attuata con l’art. 709 c.p.p., laddove si prevede che, nel caso di pendenza di altro procedimento in Italia, la consegna è sospesa fino a che non si concludano i procedimenti penali pendenti*”³⁷⁴.

Entro tale prospettiva, la formale revoca della custodia cautelare per fini di consegna si impone con la necessità di un successivo ed autonomo provvedimento di ripristino in tutti i casi in cui ricorrano due condizioni: non sia in atto, per la causa di giustizia interna che ha determinato il rinvio, una misura cautelare, o esecutiva, di tipo custodiale; l’esigenza di giustizia nazionale non sia stata individuata nel fatto materiale della restrizione dello *status libertatis* in sé considerato, quindi indipendentemente dalla definizione del procedimento penale, ovvero dalla completa espiazione della pena.

Non v’è motivo di disporre alcuna revoca nell’ipotesi in cui, di contro, la consegna sia rinviata esclusivamente con riguardo alla detenzione in atto per causa nazionale, con la conseguenza che il venir meno di tale detenzione comporta automaticamente la possibilità di dar seguito alla consegna già decisa in via definitiva. In questi casi, dunque, l’efficacia del titolo custodiale rimane sospesa e la detenzione si protrae esclusivamente in conseguenza del titolo nazionale, ed appena questo, per qualsiasi ragione, venga meno, immediatamente opera il principio secondo cui la consegna deve avvenire entro il termine dei dieci giorni (*ex art. 23*), senza che si renda necessario alcun ulteriore provvedimento da parte della Corte d’Appello fatta salva la tempestiva comunicazione al Ministro della Giustizia affinché venga concordata la data di consegna con la competente autorità dello Stato di emissione.

³⁷³ V. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009-18 febbraio 2009, n. 7107, *Milenkovic*.

³⁷⁴ V. Sez. un. 28 novembre 2006.

Considerazioni conclusive

Trarre qualche conclusione in argomento è assai problematico. Le contingenze politiche -quali principalmente la perdurante minaccia alla sicurezza che proviene dalle forme più gravi di criminalità transnazionale e la crisi di identità che attraversa l'Unione, anche a motivo del rapido e vasto allargamento a nuovi membri- non consentono un'interpretazione univoca dei fenomeni giuridici di cui si è trattato. Sembra di poter tuttavia rilevare alcuni punti fermi. Anzitutto non si ritiene contestabile il fatto che l'idea di Europa abbia dato avvio a un processo epocale che continua a sorprendere per la discontinuità che presenta e per l'originalità delle forme giuridiche che va assumendo. E' un processo che non vive di automatismi, ma è continuamente affidato alla progettualità e alla volontà politica degli Stati di procedere sulla via dell'integrazione individuando, volta a volta, gli strumenti giuridici più idonei. In questo quadro si inserisce il principio del mutuo riconoscimento, al quale si chiede di rispettare congiuntamente una serie di obiettivi diversi, che potrebbero apparire addirittura contraddittori. Vi è infatti -sullo sfondo ma, ma non per questo trascurabile- la questione del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri. Ad essa sembra poter rispondere ottimamente la scelta della decisione quadro e ora, con il Trattato di Lisbona, della direttiva: perseguendo, l'armonizzazione delle normative nazionali e non la loro uniformità, la direttiva è certamente suscettibile di introdurre una tendenziale divaricazione normativa; tuttavia consente di integrare giuridicamente gli ordinamenti nazionali nel rispetto della particolarità di ciascuno di essi, massimamente riflessa nel loro proprio sistema penale. Vi è poi la questione del rispetto dei valori condivisi dagli Stati e, perciò, anche dall'Unione. Ancora una volta la decisione quadro e la citata direttiva sono funzionali al perseguimento di questo obiettivo, per il fatto di essere chiamate ad individuare principi uniformi, al cui rispetto gli Stati sono vincolati nell'attività di esecuzione. La disciplina destinata a raggiungere l'individuo è frutto, dunque, di un inestricabile intreccio tra norma dell'Unione non direttamente applicabile e norma nazionale di esecuzione della stessa. All'intero complesso normativo che così si organizza occorre fare riferimento per individuare se la specifica disciplina attuativa del principio del mutuo riconoscimento sia capace di garantire, insieme all'obiettivo

della cooperazione tra amministrazioni nazionali, anche la tutela di ogni persona coinvolta nel procedimento. Così posta la questione, non sembra potersi considerare eccentrica una certa stringatezza della normativa europea in materia. Non è infatti obiettivo delle norme convenzionali, volte a stabilire forme di cooperazione tra le autorità giudiziarie di Stati diversi, l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali sul fronte della tutela dei diritti della persona. Può aggiungersi ora che esse-quando affrontano quest'ultima questione -operano in due diverse, ma congiunte, direzioni: quanto ai diritti processuali si affidano alla legge dello Stato di esecuzione della richiesta di cooperazione, limitandosi ad individuare uno standard minimo di garanzie; quanto alla tutela sostanziale della persona oggetto del procedimento, questi accordi stabiliscono motivi di rifiuto della collaborazione, consentendo, in aggiunta e ormai diffusamente, l'apposizione di condizioni da parte dello Stato richiesto. Se si guarda poi da questa prospettiva agli strumenti dell'Unione di attuazione del principio del mutuo riconoscimento, non si può non apprezzare la progettualità che è alla base, funzionale alla valorizzazione dei diritti della persona. Se si considera ad esempio la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, con la soppressione della procedura di cooperazione della fase politico-amministrativa (sostituita dalla preesistente presupposta fiducia reciproca tra ordinamenti) si consegue, anzitutto, una miglior tutela dell'imputato o del condannato, poiché vengono ridotti i tempi del procedimento³⁷⁵, contribuendo così all'osservanza di quelle esigenze dell'equo processo -sostanziate, nel caso, dal contenimento della procedura entro un termine ragionevole- al rispetto delle quali l'ordinamento di ciascuno degli Stati membri dell'Unione è tenuto³⁷⁶. Peraltro, a ciò non si accompagna un abbassamento della garanzia giurisdizionale, la quale, stando alla prassi convenzionale alla quale partecipa l'ordinamento italiano, sembra modellata negli atti dell'Unione sugli ormai consolidati strumenti della cooperazione giudiziaria tra autorità penali nazionali, con la consequenziale conclusione che l'apparato delle garanzie è, per esempio, nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, piuttosto scarno,

³⁷⁵ Così si esprime anche la Commissione valutando la prassi riprodottasi negli Stati membri a partire dal 1° gennaio 2004, data di scadenza dell'esecuzione della decisione quadro sul MAE: COM(2005)63, def., p. 4 ss.

³⁷⁶ V. artt. 47-50 Carta di Nizza; art. 6 Cedu; art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

dimostrando una certa parsimonia garantista ³⁷⁷ . Certo, nell'occasione dell'adozione di un atto siffatto -dal titolo così impegnativo e banco di prova del mutuo riconoscimento in campo penale-motivi di opportunità avrebbero consigliato una maggiore prolissità; ma, come detto, la sintesi risponde alla logica dello strumento normativo utilizzato, destinato com'è a riversare sullo Stato la responsabilità di individuare il livello di tutela da applicare all'atto dell'esecuzione del provvedimento. Peraltro, la celerità del procedimento si traduce in un rafforzamento della tutela espressa nei confronti della vittima del reato, la quale- nel rispetto del principio della centralità della persona accolto in via diffusa nel nostro ordinamento³⁷⁸-deve trovare una pronta garanzia per i diritti e le libertà violate. Anche la disciplina europea che manifesta il mutuo riconoscimento tramite l'organizzazione del principio del *ne bis in idem* europeo persegue uno scopo garantistico già codificato nell'art. 50 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali-³⁷⁹, sottraendo la persona a possibili accanimenti repressivi derivanti dalla molteplicità di procedimenti nazionali.

Quanto alla questione della reciproca fiducia, dunque in definitiva della condivisione di valori e principi capaci di fondarla e sostanziarla, una valorizzazione di essa deriva e sempre più potrà derivare dal dialogo che riescono a sviluppare le Corti costituzionali nazionali e le Corti europee. Già sin d'ora la garanzia dell'intangibilità di principi e valori condivisi è offerta dal circolo virtuoso che è venuto a determinarsi tra di esse: si tratta di un fenomeno che consente la circolazione di valori tra i diversi ordinamenti (quelli di ciascuno Stato membro e quello dell'Unione), secondo una dinamica e, contemporaneamente, una prospettiva suscettibile di approfondire la tutela dei diritti dell'uomo.

La più evidente conseguenza di questo modo di procedere in relazione alla questione del rispetto del principio di legalità da parte dell'Unione europea consiste nell'obbligo di interpretare gli atti dell'Unione e le norme interne che ne

³⁷⁷ V. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 75 ss.

³⁷⁸ Mi riferisco all'art. 2 Cost.

³⁷⁹ Il principio era già stato recepito nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 54), nella Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 7), nel suo primo Protocollo (art. 7), nonché nella Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (art. 10).

danno esecuzione in modo armonico con il diritto internazionale generale e con il diritto internazionale pattizio del quale siano parti contraenti gli Stati membri (in quanto esso rappresenta principio comune di questi). Ne deriva l'impossibilità che gli atti a contenuto penale adottati nel quadro dell'Unione e, conseguentemente applicati, in modo difforme da quanto pretendono le disposizioni contenute, per esempio nella Convenzione europea di salvaguardia.

Le considerazioni svolte in punto di mandato d'arresto europeo³⁸⁰, e cioè che il processo di trasposizione del mutuo riconoscimento dal settore del mercato interno al settore della giustizia penale si presenta indiscutibilmente meno agevole di quanto sarebbe stato legittimo sperare. Di fronte a tali difficoltà, tre sembrano le strade percorribili³⁸¹. La prima, decretare il fallimento dell'esperimento, e ritornare così al "vecchio" sistema di cooperazione intergovernativa, sembra l'opzione meno probabile, se non altro perché gli Stati membri, nonostante le difficoltà emerse, non sembrano voler rinnegare le scelte compiute a *Tampere*: nel Programma dell'*Aja* per il quinquennio 2005 – 2010, anzi, i Capi di Stato e di Governo hanno ribadito di voler continuare a considerare il mutuo riconoscimento come la "pietra angolare" della cooperazione in materia penale. L'altra strada, opposta, consisterebbe nel rilanciare la posta in gioco, e quindi non solo devolvere all'Unione ampie competenze legislative giurisdizionali in materia penale, ma anche istituire, un sistema di controlli efficace che consenta di assicurare il pieno rispetto degli obblighi da parte degli Stati membri. È evidente che una soluzione simile implicherebbe un ripensamento dei rapporti tra Unione e Stati membri in senso federale. La terza strada, l'unica che appare realisticamente praticabile, è

³⁸⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) 195, del 19 maggio 2005. Tali difficoltà sono messe bene in evidenza dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Report on the implementation of the hague programme for 2005*, COM (2003) 333, del 28 giugno 2006, la quale evidenzia come tutte le misure previste dal Consiglio europeo dell'*Aja* del 2004, quelle relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale abbiano subito gravi ritardi rispetto a quanto programmato; ciò è vero in particolar modo per l'adozione di due misure di fondamentale importanza, quali le già citate decisioni quadro sul mandato europeo di acquisizione delle prove e sui diritti minimi dell'imputato. Oggetto di critica da parte della Commissione sono altresì da una parte l'insoddisfacente attuazione delle misure di armonizzazione minima previste dalla decisione quadro sul terrorismo e dall'altra le "puntuali difficoltà" legate al mandato di arresto europeo.

³⁸¹ V. A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.

quella che vede il mutuo riconoscimento come protagonista della cooperazione penale in seno all'Unione ancora per molti anni a venire.

Appare, quindi, necessario individuare le debolezze del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, per poi tentare di individuare alcuni spunti per migliorarne il funzionamento. In particolare, non si può prescindere dall'interrogarsi sulle ragioni delle difficoltà che ha incontrato l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento in materia penale. Ci si potrebbe limitare alla semplice osservazione che la cooperazione penale è una materia sensibile, molto legata alla sovranità degli Stati membri, i quali oltretutto non sempre condividono le medesime opinioni quando si tratta di scelte di politica criminale. I membri dell'Unione, in sostanza, non sarebbero pronti ad accettare completamente l'apertura reciproca che il principio del mutuo riconoscimento invece richiederebbe; ad accettare, in altri termini, l'idea di non essere più "*Stati sovrani che possono cooperare in singoli casi, ma membri dell'Unione obbligati ad aiutarsi reciprocamente*³⁸²".

I problemi di attuazione del mandato d'arresto europeo – il primo vero strumento fondato sul mutuo riconoscimento delle decisioni penali – mettono a nudo le contraddizioni che caratterizzano la cooperazione giudiziaria in materia penale pensata prima dal Trattato di Amsterdam oggi dal Trattato di Lisbona: un sistema ancora a metà strada tra quello che non è più (una mera cooperazione intergovernativa) e ciò a cui tende (un sistema fondato su di un modello federale).

Alla luce dell'analisi svolta, non si può dubitare che possa dirsi lo stesso della cooperazione in materia penale, settore in cui l'entusiasmo delle istituzioni si è trovato a fare i conti con il forte attaccamento degli Stati alle proprie convenzioni e tradizioni giuridiche, a volte molto diverse. È agevole intuire come simili considerazioni legittimino la posizione di chi ritiene che il mandato d'arresto europeo sia una "*fuga in avanti*³⁸³". Riesce difficile non concordare con una simile, amara conclusione, ma non tanto perché le decisioni-quadro finora adottate siano strumenti troppo avanzati *di per sé*, quanto per il fatto che

³⁸² Così l'avvocato generale Colomer, Conclusioni relative alla causa C-303/05 del 12 settembre 2006.

³⁸³ V. DE SALVIA M., *Il mandato d'arresto europeo: una fuga in avanti?*, in PEDRAZZI M. (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*.

sembrano mancare i presupposti (*in primis* la fiducia reciproca) per il buon funzionamento del principio del mutuo riconoscimento. Ma nonostante tutte le difficoltà finora incontrate, il mutuo riconoscimento delle decisioni penali sembra destinato a rimanere nel prossimo futuro il funzionamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea, e ciò per i due seguenti motivi. Il primo è che, tramonta l'idea di veder realizzata una profonda riforma istituzionale dell'Unione, si è allontanata anche l'idea di mettere in cantiere le riforme ancora necessarie per ultimare la costruzione di un autentico "*spazio giudiziario europeo*". Detto diversamente, il sistema previsto dall'attuale terzo pilastro – incentrato sul principio del mutuo riconoscimento – sarà quindi verosimilmente ancora per molti anni il quadro politico – istituzionale nel quale si svolgerà la cooperazione tra gli Stati membri in materia penale (così come testimoniano le recenti disposizioni normative previste nel trattato di Lisbona). Il secondo motivo, forse ancora più radicale, è che anche laddove una simile riforma dovesse un giorno realizzarsi, i rapporti con gli Stati membri in materia penale continuerebbero comunque ad essere governati dal principio del mutuo riconoscimento. Ad ogni modo, la prospettiva dovrebbe essere quella di rimeditare i principi stessi della cooperazione giudiziaria. Il mutuo riconoscimento non può reggere il peso di un'Europa allargata e giocoforza sempre più eterogenea.

La situazione potrebbe aggravarsi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che rivoluziona l'intera materia della cooperazione giudiziaria. Agli atti del terzo pilastro sarà infatti esteso il metodo comunitario con il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e l'adozione della maggioranza qualificata come regime ordinario di votazione. Le decisioni-quadro lasceranno spazio alle direttive e ai regolamenti, con evidenti ricadute sul sistema delle fonti interne. La Corte di giustizia dell'Unione europea assumerà competenze più estese, potendo giudicare anche norme di procedura penale finora escluse dal suo sindacato. Sebbene lo stesso Trattato di Lisbona preveda che il principio guida in materia rimanga il reciproco riconoscimento, seguito, in via sussidiaria, da quello del ravvicinamento delle legislazioni penali, non sembra azzardato pronosticare un cortocircuito fra il rafforzamento della normativa europea e il permanere di profonde disarmonie negli ordinamenti nazionali.

Per evitare ciò sarebbe auspicabile almeno una inversione dell'ordine delle priorità, dando per una volta la precedenza all'armonizzazione³⁸⁴.

³⁸⁴ V. MAZZA O., *Il principio del muto riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista del diritto processuale* 2009, p. 393 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. (2001). *Procedure penali d'Europa. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche sotto la direzione di M. Delmas-Marty* (seconda edizione italiana a cura di M. Chiavario), Cedam, 2001.

AA. VV., *Materiali sulle prospettive europee della procedura penale*, Milano, 2001.

AA. VV., *Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere*, 2000 in *Cass. pen.*, n.1, p. 307 ss.

AA.VV. *Commento alla l. 22 aprile 2005, n. 69*, a cura di BRICCHETTI R., DE AMICIS G., DEDOLA R., FRIGO G., FROSINI T., SELVAGGI E., in *Guida dir.*, 2005, n. 19, p. 65 ss.

AA. VV., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di BASSANINI F. e TIBERI G., Il Mulino, 2008, p. 9 ss.

AA. VV., *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di BARUFFI M. C., Cedam, 2008, p. 3 ss.

ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia ed affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Giuffrè, Milano, 1998;

ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Dir. Un.Eur.*, 1994.

ALDECOA LUZZARAGA F., in *Tratado po el que se establece una Constitucion para Europa*. Biblioteca Nueva Real Instituto Elcano, 2004, p. 3 ss..

AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 56 ss.

ANDOLINA E. (2001). *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2898 ss.

APRILE E., SPIEZIA F., *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Ipsoa, 2009.

APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova 2007.

APRILE E., *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incedente probatorio*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 1150.

ARMONE G., *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro?*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 587.

BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p.21.

BARBE, *Mandato d'arresto europeo e l'ostacolo filtro del principio di tipicità nazionale della fattispecie di reato*, in *Révue marché commun et Union eur.*, 2002, p.454 ss.

BARGIS M., *Il mandato d'arresto europeo: quali prospettive?*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2421 ss.

BARGIS M., *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, 2004 in *Politica del diritto*, fasc. 1, pp. 49-150. BARGIS M., *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1, p. 144 ss.

BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 239 ss.

BARTOLONI M.E., *La tutela giurisdizionale nell'ambito del terzo pilastro UE*, in *Quad. cost.*, 2005.

BARTONE N., *Mandato d'arresto europeo e tipicità nazionale del reato*, Giuffré, Milano, 2003, p. 65 ss.

BASSI N., *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale – La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffré, Milano, 2008.

BATTISTA D., *Equo processo normativa italiana ed europea a confronto*, Verona, 2006, p. 13 ss.

BERNARDI A., *I tre volti del diritto penale comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1999, 2, p. 335 e p. 376 ss.

BERNARDI A., *Art. 7. Nessuna pena senza legge*, Bartole S., Conforti B., Raimondi G (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 249 ss.

- BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2002.
- BERNARDI A., *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 743 ss.
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino 2004, p. 7 ss.
- BERNARDI A., *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di CANESTRARI S.E FOFFANI L., Giuffrè, Milano 2005, p. 35 ss.
- BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. RAFARACI, Giuffrè, 2007, p. 193 ss.
- BERNARDI A., *Il ruolo del Terzo Pilastro UE nell'uropeizzazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.* 2007, p. 1157 ss.,
- BILANCIA P., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2004 fasc. 2, pp. 345-365 ss.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P., *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino 2007.
- BINETTI M., *Nuove prospettive per una giustizia penale in Europa*, in *La Rivista del Consiglio*, 2002 fasc. 4, p. 72 ss.
- BRAGANGA DE MATOS R. J., *O princípio do reconhecimento mútuo e o mandado de detenção europeu*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, 2004, 325 ss.
- BRUTI LIBERATI E., PATRONE I. J., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Questione giustizia*, I, 2002, p. 2297 ss.
- CAIANELLO V.-VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, 114.2, p.462 ss.
- CAIANIELLO V.- VASSALLI G., *Ecco perché è incostituzionale il mandato di arresto europeo*, 2002 in *Dir. & Giust.*, 4 giugno 2002 p. 462.

- CALVANESE E.-DE AMICIS G., *La Rete giudiziaria europea: natura, problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 698 ss.
- CALVANESE - DE AMICIS G., *Via libera dell'assemblea di Strasburgo al mandato di cattura formato europa*, 2002 in *Guida al Dir.*, 6, p.104 ss.
- CALVANESE - DE AMICIS G., *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken la lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida dir.*, 2002, n. 5, p. 106 ss.
- CALVANO R., *Il caso Pupino; ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4027 ss..
- CAMALDO L., *Mandato di arresto europeo e principi fondamentali*, 2003 in *La Rivista del Consiglio - Ordine Avvocati di Milano*, fasc. 1, pp. 65-73.
- CARETTI P., *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 375 ss.
- CARTA M., *Deficit democratico e tutela dei diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia della U.E.*, in *Questioni costituzionali del governo europeo*, a cura di GUZZETTA G., Padova, 2003, p. 139 ss.
- CASCONE C., *Diritto penale e Unione europea*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 17, p. 9.
- CASCONE C., *Verso un diritto penale comune*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 18, p. 9;
- CASSESE A., *Il recepimento da parte dell'Italia della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, 2003 in *Dir. pen. e proc.*, 12, p.1565 e ss.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo globale:una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p.331
- CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M.P.,GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2007.
- CATALANO E.M., *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 522.
- CHIAVARIO M., *Linee del sistema processuale penale comunitario*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di PICOTTI L., Milano 1999, p. 197 ss.

- CHIAVARIO M., *Giustizia: il mandato di cattura europeo mette a nudo le contraddizioni italiane*, in *Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore*, 22 dicembre 2001, p. 11 ss.
- CHIAVARIO M., *Sub art. 6*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo*, a cura di Bartole S., Conforti B., Raimondi G., Padova 2001, 297 ss.
- CHIAVARIO M., *Un tema sempre più scottante: il mandato d’arresto europeo*”, in *Leg. pen.*, 2003, p. 609 ss.
- CHITI M.P., *Verso lo spazio giudiziario europeo*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1997, p.787.
- CHITI M.P., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale, I*, Milano, 2007.
- CIAMPI A., *L’ordinamento italiano e le decisioni quadro quale strumento di cooperazione di polizia e giudiziaria*, in AA.VV., *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, a cura di L. FILIPPI, Padova, 2006, p. 77.
- CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma 1990.
- DALIA G., *L’adeguamento della legislazione nazionale alla decisione quadro tra esigenze di cooperazione e rispetto delle garanzie fondamentali*, in KALB (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005.
- DRAETTA U. – PARISI N., *Elementi di diritto dell’Unione europea –parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- DAMATO A., *Il mandato d’arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano* in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2/2005 p. 21 ss.
- D’AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 33 ss.
- D’AMICO M., Art. 49, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna 2001, p. 334 ss.
- D’AMICO M., *“Le politiche europee in materia di libertà, sicurezza e giustizia”*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2004, p. 99 ss.
- D’AMICO M., *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1991, p. 105 ss.

D'AMICO M., *L'introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rass. Dir. Pubbl. eur.*, 2003, p. 119 ss.

D'AMICO M., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in LUCARELLI A. E PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli 2004, p. 191 ss.

DANIELE L., *Trattato di Lisbona: addio all'idea di federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, *ivi*, p. 11. ss.

DA SILVA OCHOA, J.C., "El juez penal europeo en los tiempos del Tratado de Lisboa", in *Noticias de la Unión Europea*, n. 291, abril 2009 p. 110 ss.

DE AMICIS G., *L'attuazione del mandato d'arresto europeo negli altri Stati membri dell'U.E.*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, p. 459 ss.

DE AMICIS G., *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, in *Giur. merito*, 2002, p. 290 ss.

DE AMICIS G.-IUZZOLINO, G., *Lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3067.

DE AMICIS G., *Mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Giuffrè, 2007, p. 537 ss.

DE DOMINGO OSLE R., *Què es el Derecho global?* CGPJ, 2008, p. 9ss.

DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000 p 3 ss.

DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001 p. 20 ss.

DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002 p. 199 ss..

DE KERCHOVE, WEYBERGH (éd.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003 p. ss.

- DE LEO F., *La convenzione sul futuro dell'Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, fasc. 3, p. 377 ss.
- DE SALVIA M., *Il mandato d'arresto europeo: una fuga in avanti?*, in PEDRAZZI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*.
- DESCAMPS M. H., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, in AA. VV. *Actualités de droit pénal*, Bruxelles 2003, in nota 225.
- DINACCI, *La custodia all'estero tra dettato costituzionale e mandato di arresto europeo*, in *Giur. it.*, 2003, p. 326 ss.
- DRAETTA U., *La società europea e il "federalismo strisciante" del diritto comunitario*, in DRAETTA U. e POCAR F. (a cura di), *La società europea. Problemi di diritto societario comunitario*, Milano 2002, p. 1 ss.
- DUCH GUILLOT J., nel "*El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea*", in *Cuadernos Europeos de Deusto*, num. 40/2009, p. 58 ss.
- FABBRICATORE A., *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 640.
- FANEGO C., *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.* 2008, p.303.
- FLORE D., *Le ministère public européen*, relazione tenuta all'ERA in data 12 febbraio 2008.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale*, III ed., Zanichelli, 2002 p. 65 ss.
- FRATTINI F., *Préface*, in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, (a cura di) DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A..
- FUGGETTI G., *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, in *Indice penale*, 1999 fasc.1, pp. 445-455.
- GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Utet, Torino, 2006
- GALANTINI, *Prime osservazioni sul mandato di arresto europeo*, in *Il foro ambrosiano*, 2002, p. 261 ss.
- GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano 1989, p. 5 ss.

GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. Intern. Dir. Uomo*, 1991, p. 617 ss.

GRASSO G., *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano 1998, pp. 3-4.

GREVI, *Il "mandato d'arresto europeo" tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, p. 122 ss.

GUALTIERI P., *Mandato di arresto europeo: davvero superato (e superabile) il principio di doppia incriminazione?*, 2004 in *Dir. pen e proc.*, 1, p.115 ss.

GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, pp. 85 e 86.

GUERINI U., (a cura di), *Il diritto penale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2008, XX ss.

HONORATI C., *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2006.

IUZZOLINO G., *Mandato d'arresto e garanzie costituzionali*, in *Il giusto processo*, 2002, n. 4, p. 173 ss.

IUZZOLINO G., *Cooperazione internazionale e mandato d'arresto europeo*, in *Diritto e Giustizia*, 2003, p. 11 ss.

IUZZOLINO G., *Arriva il mandato europeo di acquisizione delle prove*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 9, 110 ss.

IUZZOLINO G., voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Aggiornamento, 2007, p.1 ss.

IUZZOLINO G., *Mandato di arresto europeo: la scadenza del termine per l'attuazione della decisione quadro e il problema dell'adattamento del diritto italiano*, 2004 in *Il foro italiano*, fasc. 3, pt. 4, pp. 167-170.

JEGOUZO A., *La création d'un mécanisme d'évaluation mutuelle de la justice, corollaire de la reconnaissance mutuelle*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH A. (a cura di), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003.

JIMENA QUESADA L., in "la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos", *Cuadernos Europeos de Deusto*, num. 40/2009 p. 3 ss.

- JMENO BULNES, M., “*La conclusión del Tratado de Lisboa: avances y concesiones en materia de cooperación judicial penal*” in *Diario La Ley*, n. 7023, 30-9-2008, p. 5 ss.
- JUND P., *Les origines du mandat d’arrêt européen*, in *ERA-Forum : scripta iuris europaei 2003*, n. 4, pp. 25-33..
- JURGEN SCHWARZE, “*Le Traité de Lisbonne; quelques remarques d’un observateur allemand*», *Revue du Marchè commun et de l’Union européenne*, n. 518, mai 2008, p. 281 ss.
- LABAYALE H., *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. Trim. Droit. Europ.*, 1997, p. 822 ss.
- LATTANZI G., *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Doc. giust.*, n. 6, 2000, p. 1041 ss.
- LATTANZI G., *Tempi duri in Italia per la cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1528 ss.
- LATTANZI G., *Prospettive di un sistema di giustizia penale europeo*, in *La Magistratura*, n. 1, 2008, p. 138 ss.
- LAUDATI A., *I delitti transnazionali. Nuovi modelli di incriminazione e di procedimento all’interno dell’Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 401.
- LOMBARDO M., *L’erosione della legalità statale per opera della Corte di giustizia CE*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1432.
- LUEDERSSEN K., *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, p. 493 ss.
- LUGATO M., *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* in *Riv. Dir. Int.*, 2001, p. 1009-10012.
- LUGATO M., *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d’arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, n. 1, p. 17 ss.
- MACCORMICK N., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel Commonwealth europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MANACORDA S., *L’armonizzazione dei sistemi penali: una introduzione*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Atti del Convegno di Courmayer 8-10 ottobre 1999, Giuffrè’, 2000, p. 35 ss.

MANACORDA S., *Il mandato di arresto europeo nella prospettiva sostanzial/penalistica, implicazioni teoriche e ricadute politico/criminali*, 2004 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, n. 3, p. 791 ss.

MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in SGUBBI F., MANES V. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, p. 9 ss.

MANES V., *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150.

MANGIAMELI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *Itinerari giuridici*, Milano, 2007, 555 ss.

MANZELLA A., *Costruzione europea: una vera Costruzione?*, in A.A. V.V., *il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura* a cura di ROSSI L. S., Giuffrè, 2004, p. 95 ss.

MANZIONE D., *Il mandato d'arresto europeo*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 975 ss.

MAPELLI C., *La loi espagnole 3/2003, du 14 mars, sur le mandat d'arrêt européen*, in *ERA-Forum : scripta iuris europaei 2003*, n° 4, pp. 47-62.

MARIN L., *Il mandato d'arresto europeo al vaglio delle Corti nazionali: divergenze e convergenze nell'interpretazione di uno strumento transnazionale europeo*, in AA. VV., *Le Corti dell' integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana*, (a cura di ZANON), Napoli 2006, p. ss.

MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, 1, Milano 1999, p. 173 ss.

MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES J., *Estudio preliminar a la versión consolidada del Tratado de la Union Europea y del Tratado de Funcionamento de la Union Europea, tal como resultan del Tratado de Lisboa*, Real Instituto Elcano, Marcial Pons, Madrid 2008, p. 31 ss.

MAZZA O., *Il principio del muto riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *Rivista del diritto processuale* 2009, p. 393.

MEGIE A., *Le 11 septembre: élément accélérateur de la coopération judiciaire européenne?* in *Les Cahiers de la sécurité intérieure* 2003, n. 55, pp. 91-120.

- MILITELLO V., *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, in Aa. Vv., *I diritti fondamentali in Europa*, Milano p. 706 ss.
- MOUSSIS N., *Le Traitè di Lisbonne: une Constitution sans en avoir le titre*, in *Revue du Marchè commun et de l'Union europèenne*, 2008, p. 161 ss.
- MUSACCHIO V., *Il Trattato di Lisbona e le basi per un nuovo diritto penale europeo*, in *Rivista penale*, 2008 n.5.
- NAPOLITANO G., *Democrazia sovranazionale*, in PACIOTTI E. (a cura di), *La Costituzione europea. Luci ed ombre*, Roma 2003, p. 65 ss.
- NASCIMBENE B., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Doc. giustizia*, 2004, p. 3510.
- NASCIMBENE B.-LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il Corriere giuridico*, 2007.
- NEGRELLI A., *Problemi applicativi del mandato di arresto europeo nell'ordinamento italiano*, Giuffrè 2005 in *La Rivista del Consiglio, Ordine degli Avvocati di Milano*, n.1, p. 67 ss.
- NICOLIN S., *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova 2007, p. 87 ss.
- NUVOLONE P., *Problematica dell'unificazione del diritto penale dei paesi europei*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968, p. 286 ss.
- ORDONEZ SOLIS D., *“El Tratado de Lisboa, los nuevos Estatutos de Autonomìa y la protection judicial de los derechos fundamentales”* in *Noticias de la Uniòn Europea* n. 291, abril de 2009, p. 5 ss..
- ORDONEZ SOLIS D., *“Lo que se salvò en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Uniòn Europea”*. *Cuadernos Europeos de Deusto*, num. 40/2009, p. ss.
- PAGANO E., *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di Giustizia*, in CARUSO F. e SICO L. (a cura di), *Le nuove frontiere della disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione europea*, Torino 2003, p. 43 ss.
- PALUMBO F., *Studi di diritto penale comunitario*, Milano 1999, p. 11 ss.

- PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005.
- PARISI N. – RINOLDI D. (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: il terzo pilastro del trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996.
- PARISI N., *Competenze dell'Unione e i principi regolatori*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, a cura di DRAETTA U. – PARISI N., Giuffrè, Milano, 2003.
- PARISI N., *I diritti fondamentali nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, a cura di DRAETTA U., PARISI N., RINOLDI D., Editoriale Scientifica, Napoli 2007.
- PASQUERO A., *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, Giuffrè, Milano, 2007.
- PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 75 ss.
- PIATTOLI B., *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di BARGIS M. e SELVAGGI E., Giappichelli, 2005, Torino.
- PIATTOLI B., *Il programma dell'Aja per il futuro dell'Europa*, in *Dir. e giust.* 2005, p.122.
- PICOTTI L., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano 1999, p. 152 ss.
- PISTOIA E., *Diritti fondamentali e cooperazione penale tra Stati membri dell'Unione europea*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino 2004, p. 332 ss.
- POCAR F., in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, p. 1178 ss.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 484 ss.
- RAFARACI T., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.VV. *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla*

ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, Giuffrè, Milano, 2007.

RAIMONDI G., *Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale*, in AA.VV. *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 185.

RANDAZZO E., *Mandato di arresto europeo: sì all'attuazione, ma senza calpestare la nostra Costituzione*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 45, p. 11 ss.

RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli-Roma, 2006, 295ss.

REMIRO BROTONS A., *“Préteritos futuros y futuro pretérito de la Unión Europea”*, RDCE, n. 29, Madrid, enero/abril 2008, p. 46 ss.

RIDOLA P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea*, a cura di PANUNZIO S.P. e SCISO E., Milano 2002, 85-92.

RINOLDI D., *Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, in U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale.- Il diritto sostanziale*, 2 ed., Milano 2003, p. 257ss.

RINOLDI D., *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, 1999 in *Elementi di diritto dell'Unione Europea – Parte speciale, Il diritto sostanziale*, a cura di DRAETTA U., PARISI N., Milano, p. 297 ss.

RIOJA GARCIA M, in *“El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal”*, *Revista Union Europea Aranzadi*, num. 4, abril, 2009, p. 7 ss.

RIONDATO S., *Competenza penale della comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova 1996, p. 10 ss.

RIZ R., *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova 1986, p. 5 ss.

RUGGIERI F., *Mandato d'arresto europeo. L'attuazione della decisione quadro nei ventiquattro Paesi dell'Unione*, Giuffrè 2005 in *La Rivista del Consiglio, Ordine degli Avvocati di Milano*, n.1, p. 80 ss.

- SALAZAR L., *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*, in Cass. Pen., 1992, p. 1658 ss.
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, 2000 in Cass. pen., n. 12, p. 1118 ss.
- SALAZAR L., *Il mandato d'arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 8 p. 1031 ss.
- SALAZAR L., *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in Cass. Pen., 2004, p. 3510 ss.
- SALAZAR L., *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV. *Mandato d'arresto europeo – Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di BARGIS M. e SELVAGGI E., Giappichelli, 2005, Torino.
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, (a cura di) GRASSO G. –SICURELLA R., Giuffré, Milano, 2007.
- SALVATELLI P., *La Corte di giustizia e la «comunitarizzazione» del «terzo pilastro»*, in *Quaderni costituzionali*, p. 887 ss.
- SCHWARZE J., *«Le Traité de Lisbonne ; quelques remarques d'un observateur allemand»*, *Revue du Marchè commun et de l'Union européenne*, n. 518, mai 2008, p. 10 ss.
- SCHUNEMANN B., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Giuffré, Milano, 2007.
- SELVAGGI E., *Filo diretto tra giudici e Stato straniero per la domanda di consegna dei ricercati* in *Guida Dir.* 2001, p. 109 ss.
- SELVAGGI E., *Il mandato europeo di arresto alla prova dei fatti*, in Cass. pen., 2002, p. 2978 ss.
- SELVAGGI E. – VILLONI O., *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cassazione penale*, 2002 n. 2, p. 445 ss.
- SELVAGGI E., *L'attuazione del mandato europeo tra incomprensioni e pretesti*, ivi, 2003, p. 3651 ss.

SELVAGGI E., *Con l'avvio del mandato di arresto europeo per l'Italia si impone una scelta di qualità*, 2004 in Guida al diritto, n. 1, p. 108 ss.

SIRACUSANO F., *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, 2003 in Riv. it. dir. proc. pen., n. 3, p. 888 ss.

SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'UE: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè 2006, p. 1 ss.

SICURELLA R., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 252 ss.

SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela penale e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in Riv. It. Dir. E proc. Pen., 2002, p. 171 ss.

STARACE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Bari, 1992, p. 90 ss.

STARITA M., *A proposito di effetti diretti delle decisioni quadro in Nuove Autonomie n.1/2006*, p. ss.

TESAURO G., *Diritto comunitario*, III ed., CEDAM, Padova, 2008, p. ss..

TESAURO G., *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, in Guida dir. (suppl. Dir. Com. e int.), 2007, n. 6, p. 8 ss.

TIZZANO A., *Brevi note sul "terzo pilastro" del trattato di Maastricht*, in Dir.Un.Eur., 1996.

TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 111-156 ss.

TIZZANO A., *La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in Dir. Un. Eur., 2005, p. 389 ss.

TONINI P., *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in Diritto penale e processo, 2008, p. 417.

TORCHIA L., *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, 2006.

TRECHSEL, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema penale*, in Riv. Int. Dir. Uomo, 1997, 231-237.

TREVES R., *Considerazioni sullo stato di diritto*, in *Studi Crosa*, Milano 1960, II, p. 1589 ss.

UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea*, Cortina, Milano, 2000.

UBERTIS G., *Sistemi di procedura penale I – Principi generali*, Torino, Utet giuridica, 2007.

VASSALLI G., *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. Giust.*, 2002, 28, p. 9 ss.

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433.

VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, p. 78 ss.

VIOLA F., *Il diritto come scelta*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici – Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) PLAIA A., Giuffrè, Milano, 2007.

VIVIANI-SCHLEIN M.P., *Rigidità costituzionale*, Torino 1997, p. 163 ss.

WEYEMBERGH A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001.

WEYEMBERGH, *Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leur conséquences*, in DE KERCHOVE G., WEYEMBERGH (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002.

WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004.

WEYEMBERGH A., *“Le Traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel sur le droit pénal de l'Union européenne”*, in *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, S. BRAUM et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 227 e ss.

WEISSER M. R., *Criminalità e repressione nell'Europa moderna*, Bologna 1989, p.

7

ss.

ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 353 ss.

ZAGREBELSKY V., *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, relazione al XX Convegno Nazionale Associazione tra gli studiosi del processo penale Gian Domenico Pisapia - Torino 26-27 settembre 2008.

ZILLER J., *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, p. 875 ss.;