

CONVEGNI

DANIELA CHINNICI

Il precario equilibrio dei diritti fondamentali nel Mandato di Arresto Europeo e il ruolo supplente della Corte di Giustizia¹

Il contributo affronta il tema del Mandato d'Arresto Europeo nel prisma del principio di proporzionalità, mettendo in luce le evoluzioni giurisprudenziali, con particolare riferimento ad alcuni fondamentali arresti della Corte di Giustizia. L'analisi consentirà di evidenziare la progressiva valorizzazione del suddetto principio nella prospettiva della gestione dei rapporti giurisdizionali tra Stati, sebbene ancora sussista un evidente vuoto normativo.

The precarious balance of fundamental rights in the European Arrest Warrant and the alternate role of the Court of Justice

The paper deals with the issue of the European Arrest Warrant in the prism of the principle of proportionality, highlighting the jurisprudential developments, with particular reference to some fundamental arrests of the Court of Justice. The analysis will allow to highlight the progressive enhancement of the aforementioned principle in the perspective of the management of jurisdictional relations between states, although there is still an obvious regulatory gap.

SOMMARIO: 1. Il MAE e il principio di proporzionalità. - 2. La lettura della Corte di Giustizia: i casi Radu e Melloni. - 3. Un primo cambio di passo: i casi Aranyosi e Căldăraru. - 3.1. Le questioni e la posizione dell'avvocato generale. - 3.2. La decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia. - 4. Una 'parziale' tappa verso i diritti della persona: la sentenza sul caso Bob-Dogi. - 5. Un ulteriore passo avanti: il caso Dorobantu. 6. La persistente lacuna normativa.

1. *Il MAE e il principio di proporzionalità.* Il rapporto problematico tra MAE, permeato da tensioni repressive, e diritti fondamentali della persona è intrinseco alle finalità dell'atto, rendendosi più complicato, poi, con il trattato di Lisbona, in relazione alle disposizioni della "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione", che, come noto, ai sensi dell'art. 6 § 1 T.V.E., "ha lo stesso giuridico valore dei trattati". In estrema sintesi, si sa che il MAE rappresenta il primo congegno agganciato al reciproco riconoscimento, «principio all'ombra del quale si realizza la circolazione dei prodotti - civili e penali - all'interno dell'area di libertà sicurezza e giustizia, area coincidente con la somma dei

¹ Testo, riveduto e integrato da bibliografia essenziale, della relazione svolta per la Camera Penale "G. Bellavista" di Palermo e per L'*European Court of Human rights cour européenne des droits de l'homme* in data 10 aprile 2021 su "La cooperazione giudiziaria penale e la tutela dei diritti fondamentali nella U.E. (MAE, O.I.E.)".

territori su cui gli Stati membri esercitano la propria giurisdizione². Il principio *de quo* affonda le sue radici nella reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione per i rispettivi sistemi di amministrazione della giustizia, comportando l'obbligo, per ogni Stato, di trattare, al proprio interno, una decisione straniera come nazionale, fatta salva la procedura di suo riconoscimento, da improntare a celerità, snellezza ed eccezionalità dei motivi di rifiuto³. La reciproca fiducia si estende al rispetto dei diritti fondamentali e, per non essere formale, ma effettiva, occorre una relazione simbiotica tra la medesima e i diritti fondamentali⁴, con un limite alla *mutual trust* ogni qual volta sono a rischio i medesimi diritti, ciò comportando, in concreto, che la violazione di un diritto fondamentale possa costituire motivo di diniego per l'esecuzione di un MAE. Proprio la decisione quadro 2002/584/GAI in tema di mandato d'arresto europeo al "Considerando" n. 12 afferma: «la presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. 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», e poi reitera l'affermazione all'art. 1, § 3: «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro».

² MARCOLINI, *Mutuo riconoscimento, efficienza della cooperazione giudiziaria e diritti fondamentali*, in *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, Volume II, a cura di Ruggieri, Torino, 2018, 3.

³ Nel nostro sistema il principio del mutuo riconoscimento in sede penale è consacrato all'art. 696 *bis*, comma 2, c.p.p., secondo cui «le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri possono essere riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato» e coerentemente, dall'altro, l'autorità giudiziaria italiana «può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l'esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni». Tuttavia, al successivo comma *ter* si statuisce un limite al rispetto dei diritti fondamentali della persona imputata o indagata, tanto che lo Stato richiesto (o Stato di esecuzione) potrà non dare corso alla richiesta avanzata dallo Stato richiedente (o Stato di emissione).

⁴ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, 457 s.

La legge di attuazione italiana, n. 69/2005, è andata oltre, indicando all'art. 18, relativo ai motivi di rifiuto della consegna, più casi inerenti all'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali.

Eppure, immediata emerge una contraddizione: la decisione - quadro MAE, nel prevedere ipotesi di consegna condizionata, casi tassativi di rifiuto, casi obbligatori e casi facoltativi di rifiuto, non include tra essi l'inadempienza dei diritti fondamentali. Diventa, quindi, assai arduo individuare se e quando la violazione dei diritti fondamentali possa essere assurgere a motivo (implicito) di rifiuto della consegna della persona⁵, con rischi concreti di compressioni nella prassi applicativa dei presidi soggettivi irrinunciabili⁶.

La intrinseca criticità della relazione tra MAE, istituto, come detto, di indubbia natura repressiva, e rispetto dei diritti fondamentali risulta così esasperata dalla lacuna normativa. Per di più, i motivi di rifiuto non sono stati tradotti nei diversi Stati nello stesso modo⁷, in quanto alcuni hanno previsto come obbligatori dei motivi di rifiuto facoltativi, introducendo ulteriori motivi di rifiuto connessi alla violazione dei diritti fondamentali, con un'evidente disomogeneità in punto di applicazione del MAE tra i vari ordinamenti⁸ e, con la conseguente incrinatura quanto alla mutua fiducia tra gli Stati.

La crisi dei diritti è stata sottolineata anche dal legislatore europeo, laddove, nella Risoluzione del 27 febbraio 2014, ha manifestato preoccupazione quanto alla assenza, nella decisione quadro 2002/584/GAI e negli altri strumenti di riconoscimento reciproco, di un motivo esplicito di non esecuzione quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi dello Stato membro di esecuzione, in conformità all'art. 6 T.U.E. e della Carta. Del resto, l'obiettivo era quello di sostituire il complesso congegno dell'extradizione con un meccanismo più agevole, con un collegamento diretto tra giudice emittente e giudice esecutore, scevro da ogni considerazione di carattere politico-amministrativo⁹. A rafforzare la

⁵ Il problema non si pone invece per l'Ordine Europeo d'Indagine Penale (OEI), essendo espressamente stabilito che l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI quando "sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto d'indagine richiesto sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione", ai sensi dell'Art. 6 T.U.E. e della Carta.

⁶ SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoriz, Milano, III ed., 2017, 325.

⁷ BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 3.

⁸ BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, 517.

⁹ LOMBARDI, *Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative*, in *questa Rivista*, 2021, n. 1, 3.

celerità e la mancanza di ostacoli sono stati previsti 32 reati, individuati nell'art. 2.2 della decisione quadro sul MAE per i quali la consegna della persona ricercata deve avvenire a prescindere da una doppia incriminazione - che prevede che il reato deve integrare una fattispecie incriminatrice ai sensi dello Stato esecutore - sempre che sia stabilita, nello Stato emittente, una pena detentiva di almeno tre anni.

Acuisce la problematicità l'uso eccessivo dello strumento, ché, del resto, non è improntato, come dovrebbe essere, viste le pesanti ricadute sulla libertà del ricercato, al "principio di proporzionalità" nel momento dell'emissione, tanto da avere fatto dire, ad attenta dottrina, che il congegno del MAE può divenire vittima del suo stesso successo¹⁰. Peraltro, lo strumento, oggi, deve tenere conto dell'art. 52 §1 della Carta, secondo cui "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute (nella Carta) devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà", ammettendo la possibilità di limitazioni ai diritti solo se necessaria e rispondente a finalità d'interesse generale, riconosciuta dall'Unione, o all'esigenza di proteggere diritti e libertà di altri.

Andando per sintesi: emerge come punto di crisi della decisione quadro MAE l'assenza di un test di proporzionalità, con la conseguenza che il principio del reciproco riconoscimento tra gli Stati comporta una sorta di automaticità nell'esecuzione del MAE (esclusi i casi tassativi di rifiuto della consegna della persona, invero assai limitati), non essendovi il dovuto margine d'apprezzamento nella valutazione di una richiesta nello Stato di emissione, come in quello di esecuzione, che, invece, il principio di proporzionalità¹¹ richiede, con risvolti assai critici in sede di esecuzione.

Ulteriore ostacolo al principio di proporzionalità è riconducibile al diverso sistema di obbligatorietà o di facoltatività dell'azione penale dei diversi ordinamenti, in quanto, dove vige l'obbligatorietà, il MAE viene considerato uno strumento in un certo senso 'senza limiti', atteso che l'applicazione è agganciata a motivi formali e non a una effettiva valutazione operata caso per caso, sulla base del criterio della proporzionalità¹².

È pure da dire che sono state stabilite delle soglie di pena per l'emissione del MAE, sicché, pur mancando un test di proporzionalità, si è in un certo senso

¹⁰ WEIS, *The European Arrest Warrant - A Victim of Its Own Success*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, vol. 2, issue 2, 124.

¹¹ Tra gli altri, sul principio di proporzionalità nel piano della cooperazione giudiziaria in ambito penale, cfr. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de proportionnalité en coopération judiciaire pénale: principe janssen de l'espace pénal européen*, in www.gdr-elsj.eu, 16 juin 2015.

¹² BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., 4.

cercato di sopperire alla lacuna; ai sensi dell'art. 2 §1, infatti, il MAE può essere emesso solo per fatti puniti dalle leggi dello Stato emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a 12 mesi, oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne di durata non inferiore a mesi 4; limiti generali e astratti di pena che non sono assolutamente paragonabili al controllo di proporzionalità, invece opportunamente previsto per l'OEI, laddove, la Direttiva 2014/41/UE ha stabilito che l'autorità giudiziaria emittente debba sempre controllare che l'emissione dell'atto sia necessaria e proporzionata e che quella di esecuzione possa consultare l'autorità dello Stato emittente, qualora abbia motivo di ritenere che il suddetto controllo non sia stato effettuato, potendo, l'autorità emittente, in seguito, ritirare l'atto.

Come detto, la frizione con i diritti della persona è accentuata dal massivo ricorso allo strumento *de quo*, vista la tendenza all'aumento dei MAE emessi (ma solo in parte eseguiti) e il ricorso all'atto per reati, che, pur previsti dall'art. 2 §1, non appaiono tali da attivare il congegno, tanto che, per porre un freno alla disinvoltura dell'uso, è stato modificato il punto 3 del Manuale europeo sull'emissione del MAE (dicembre 2010) per indirizzare il ricorso allo strumento *in primis* per i reati più gravi.

In sostanza, il punto risolutivo per la tutela dei diritti soggettivi, senza pericolo per un abuso dello strumento repressivo, sarebbe il previo controllo di proporzionalità da parte delle autorità competenti, avendo quali parametri valutativi, tra gli altri, la gravità del reato, la concreta possibilità di arrestare la persona sospettata, la concreta possibilità di applicare la sanzione se il ricercato venisse riconosciuto colpevole e, non ultimo, la necessità di proteggere la collettività e gli interessi delle vittime del reato.

Del resto, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 27 febbraio 2014 (recante Raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato di arresto europeo, 2013/2019 [INL]), già citata, ha sottolineato l'importanza del principio di proporzionalità, sottolineando la necessità dell'inserimento in tempo breve, atteso che la persistente assenza si traduce in un ricorso sproporzionato del MAE per reati minori o per situazioni nelle quali si potrebbe ricorrere a strumenti meno invasivi, con la conseguenza di arresti ingiustificati e inutili attese, anch'esse ingiustificate ed eccessive, in stato di custodia cautelare, con una incrinatura dei diritti fondamentali delle persone imputate, oltre che con risvolti finanziari pesanti per gli Stati coinvolti.

Il Parlamento europeo, in tal senso, ha chiesto alla Commissione di formula-

re proposte di legge che tengano conto del controllo della proporzionalità quando occorre prendere decisioni in materia di reciproco riconoscimento, sulla base di fattori quali: la gravità del reato, lo stato di preparazione del processo, l'impatto sui diritti della persona ricercata, le implicazioni economiche e la disponibilità di eventuali misure meno invasive. Ha, ancora, chiesto di attivare una procedura di consultazione tra le autorità dello Stato di emissione e di quello di esecuzione per scambiarsi informazioni sull'esecuzione delle decisioni e una migliore definizione dei reati per cui è opportuno applicare il MAE, al fine di rendere concreto il principio di proporzionalità¹³.

È, comunque, da sottolineare l'emergere di prassi operative virtuose in alcuni Stati membri, nel senso di un controllo in sede di esecuzione del MAE (tra le altre, la Corte tedesca e inglese) sebbene pesino l'assenza di una base normativa su cui fondare il principio di proporzionalità e la difficoltà di armonizzarlo con quello del reciproco riconoscimento¹⁴.

2. La lettura della Corte di Giustizia: i casi Radu e Melloni. Riguardo al rapporto tra MAE e protezione dei diritti fondamentali in relazione al principio di proporzionalità, un ruolo fondamentale è stato assunto dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, che ha saputo solcare, sebbene in modo assai graduale, itinerari virtuosi nell'interpretazione dell'istituto di cui trattasi.

In origine, l'atteggiamento del Giudice di Lussemburgo ha esaltato il ruolo del principio della mutua fiducia rispetto alla protezione dei diritti fondamentali della persona, come anche del principio di proporzionalità.

Casi emblematici sono le, oramai note, sentenze Radu e Melloni.

In estrema sintesi, nel caso Radu¹⁵ si è stabilito che non è necessario sentire la persona prima della consegna allo Stato emittente, anche se costei aveva chiesto di essere sentita. La mancata audizione della persona, secondo il Giudice di Lussemburgo, sebbene prevista dalla Carta costituzionale, rappresenta un *quid pluris* rispetto a quanto stabilito dalla Carta. L'argomentazione negativa della Corte si è basata sul fine precipuo del MAE, che mira a facilitare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo asse-

¹³ Questi problemi non si sono posti per l'ordine europeo d'indagine (O.I.E.) ove - nella direttiva 2014/41/U.E. - è stato previsto che l'emissione dell'ordine investigativo sia "necessaria e proporzionata"; che vi possa essere una consultazione tra l'autorità di esecuzione e quella emittente sull'effettiva necessità di eseguire l'O.E.I. e che, dopo la consultazione, l'autorità emittente possa decidere di ritirare l'ordine.

¹⁴ OSTROPOLSKI, *The Principle of Proportionality under the European Arrest Warrant - with an Excursus on Poland*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, issue 2 s.

¹⁵ Corte giust. UE, Grande Sez., 29 gennaio 2013 Radu causa - 396/11.

gnato all'Unione di diventare "uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri", argomentando, per di più, che l'obbligo di eseguire il MAE sussiste sempre, tranne nei casi obbligatori di rifiuto ovvero nei casi di consegna condizionata previsti dalla decisione quadro MAE.

La mancata audizione, ha sottolineato il Giudice di Lussemburgo, non è prevista tra i motivi di rifiuto indicati nella decisione quadro MAE; peraltro - è, ancora, un argomento della Corte di Giustizia - un eventuale obbligo per l'autorità giudiziaria emittente di sentire la persona ricercata prima dell'emissione di un MAE ne vanificherebbe l'efficacia, tradendo l'intento della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in quanto il mandato d'arresto deve potersi giovare di un 'effetto sorpresa'. In ogni caso, aggiunge ancora il Giudice, il diritto all'audizione è garantito nello Stato membro di esecuzione. Peraltro, nella stessa sentenza non viene nemmeno affrontato il problema del superamento dell'esame di proporzionalità. In conclusione, nel caso Radu, la Corte di Giustizia ha continuato ad inquadrare il MAE nello schema offertone prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, con la conseguente prevalenza della fiducia reciproca rispetto alla tutela dei diritti, intendendo la prima, quindi, "come il principio guida dell'intera cooperazione giudiziaria in materia penale".

L'altra sentenza emblematica - il c.d. "caso Melloni"¹⁶ - riguarda i rapporti tra MAE e sentenze di condanna *in absentia* (art. 4 *bis* decisione quadro MAE): nell'alveo segnato dal *dictum* Radu, il Giudice ha sottolineato, da un lato, l'elevato livello di fiducia tra gli Stati membri e, dall'altro, la mancata esecuzione di un euro-mandato solo nei casi espressi di rifiuto di esecuzione, considerando il caso di mancata comparizione al processo come motivo facoltativo di non esecuzione di un MAE, e non quale motivo obbligatorio, se il processo (presente sempre il difensore) si sia concluso con una sentenza di condanna, stabilendo soltanto "quattro eccezioni che privano l'autorità giudiziaria dell'esecuzione della possibilità di rifiutare" di eseguire il MAE, pur se la condanna sia avvenuta *in absentia*, escludendo la violazione degli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza. La Corte di Giustizia ha affermato peraltro che, sebbene i Giudici nazionali ovviamente possano applicare, ciascuno, propri standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli previsti dalle disposizioni comunitarie, ai sensi dell'art. 53 della Carta, ciò non deve essere opposto ad altre nazioni, pena la compromissione del "livello di tutela previsto

¹⁶ Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 26 febbraio 2013 Melloni, causa 399/11.

dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". In caso contrario, infatti, si inferirebbe "una lesione ai principi di fiducia e riconoscimento reciproco", arrecando così "un pregiudizio per l'effettività della decisione quadro".

I punti deboli della sentenza Melloni, come sottolineato in dottrina, si rinven-
gono nell'atteggiamento di chiusura verso il dialogo tra le Corti¹⁷ e nella neces-
sità di sostenere la "validità dell'armonizzazione del diritto derivato
dell'Unione Europea rispetto al diritto costituzionale sui diritti umani", costi-
tuendo ciò una grave lesione per la protezione degli stessi¹⁸. In estrema sintesi,
tra gli altri, l'argomento forte è la prevalenza del diritto dell'Unione sulle
norme nazionali, pur se di rango costituzionale, in quanto il concetto di mu-
tuo riconoscimento sarebbe seriamente compromesso se si ritenessero preva-
lenti le fonti di tutela dei diritti fondamentali dei singoli Stati membri, pur se
di livello costituzionale, sebbene quanto al giudizio *in absentia* rimangono seri
dubbi sulla sufficienza dello standard europeo¹⁹. La Corte di Giustizia ha riaf-
fermato il primato della mutua fiducia anche in seguito, con il parere 2/13 del
dicembre 2014, dato che consente "la creazione ed il mantenimento di uno
spazio senza frontiere interne". Da ciò deriva che, quando attua il diritto
dell'Unione, "salvo casi eccezionali", ciascuno Stato deve presumere che gli
altri Stati rispettino il diritto dell'Unione e, in specie, i diritti fondamentali ri-
conosciuti da quest'ultimo.

Tuttavia, non può non registrarsi un'evoluzione in tema di tutela dei diritti
fondamentali, sol che si abbia riguardo alla sentenza N.S. ed altri, in materia
d'asilo, nella quale il Giudice di Lussemburgo ha riconosciuto la possibile
violazione di diritti fondamentali, potendo disinnescare in casi eccezionali,
senza comprometterla in generale, la presunzione dell'esistenza della recipro-
ca fiducia, verificando, cioè, nel caso concreto, il rispetto dei diritti fondamen-
tali garantiti dall'Unione da parte di uno Stato membro nei confronti di un
altro Stato membro.

È l'eccezionalità dei casi concreti in cui è consentita tale verifica a segnare la
differenza filosofica e di sistema tra la protezione dei diritti umani nella lettura
del Giudice di Lussemburgo rispetto a quella del Giudice di Strasburgo.

Tuttavia, di lì a poco la rigidità della lettura della Corte di giustizia si sarebbe
di gran lunga allentata con due sentenze, che avrebbero solcato un nuovo iti-

¹⁷ BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments*, cit., 519.

¹⁸ XANTHOPOULOU, *The Quest of Proportionality for the of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 1, 45.

¹⁹ BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., 16.

nerario quanto al modo d'intendere il rapporto tra i diritti fondamentali ed il meccanismo del MAE.

3. Un primo cambio di passo: i casi Aranyosi e Căldăraru.

3.1. *Le questioni e la posizione dell'avvocato generale.* Entrambi i casi²⁰ riguardano il rapporto tra la decisione sulla consegna della persona allo Stato emittente e le condizioni carcerarie di quello stesso Stato (rispettivamente, Ungheria e Romania); quanto alle situazioni concrete, per il cittadino ungherese erano stati emessi due MAE ai fini dell'esercizio dell'azione penale, mentre per il cittadino rumeno era stato emesso un MAE per l'esecuzione di una sentenza di condanna definitiva. Nel caso Aranyosi, la questione riguardava la consegna del detenuto valutata illegittima dal Giudice d'Appello di Brema, sulla base di informazioni che ritenevano sussistenti "indizi probatori" secondo i quali, se consegnato, il soggetto sarebbe stato sottoposto a condizioni detentive che violavano l'art. 3 C.E.D.U., i diritti fondamentali e i principi stabiliti all'art. 6 T.U.E. A supporto, la Corte d'Appello di Brema richiamava la 'sentenza pilota' Varga ed altri *versus* Ungheria, che aveva condannato lo Stato per sovraffollamento delle carceri (nonché la relazione del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, con particolare riferimento al "notevole sovraffollamento carcerario riscontrato durante le visite effettuate tra il 2009 ed il 2013").

Il caso Căldăraru ha riguardato un cittadino rumeno arrestato a Brema, che, come il precedente, aveva dichiarato di non acconsentire alla procedura semplificata di consegna. Anche in questo caso, la Corte d'appello di Brema aveva sottolineato le numerose sentenze della Corte di Strasburgo di condanna per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. ("celle troppe anguste, sovraffollate, sudice, prive di riscaldamento e di acqua calda per la doccia") e la relazione, pure qui, del Comitato Europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, che aveva riscontrato un notevole sovraffollamento durante le visite tra il 5 ed il 17 giugno 2014. L'avvocato generale aveva negato l'applicazione analogica del *dictum* N.S. ed altri, ritenendo che la soluzione dovesse essere rinvenibile nell'equilibrio del sistema introdotto dal MAE. Non potendoci soffermare sulle argomentazioni dell'avvocato generale, basti qui dire che esse sostanzialmente si basavano sulla prevalenza del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, con la conseguenza del

²⁰ Corte giust. UE., Grande Sez., 5 aprile 2016, cause C-404/15 e C-659/15 PPU.

primato della reciproca fiducia e, quindi, sul principio portante secondo cui l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è tenuta alla consegna, a meno che non si verifichi uno dei casi di rifiuto o di consegna condizionata (tra cui non sono contemplate le condizioni carcerarie dei diversi Stati). Non può lo Stato richiesto ergersi a controllore delle condizioni carcerarie dello Stato di emissione - insisteva, così l'Avvocato generale - perché si sarebbe annullato il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, incrinata la reciproca fiducia, e, infine, si sarebbe andato incontro a sistematici rifiuti di esecuzione di MAE. Fuori dai casi di rifiuto o di consegna condizionata, il dovere di eseguire il MAE, sempre nel ragionamento dell'Avvocato generale, sarebbe dovuto, semmai, essere bilanciato con la tutela del diritto fondamentale minacciato, percorrendo la strada dell'applicazione del principio di proporzionalità. Il principio di proporzionalità, da intendere come "individualizzazione della pena", impone che il Giudice deve tenere conto, tanto nella fase impositiva della pena, quanto in quella esecutiva, dell'eventuale incapacità del sistema di garantire adeguate condizioni di detenzione (sia per l'esigenza di rispettare la dignità umana, sia per il rispetto del sentimento di ingiustizia derivante dal trattamento degradante, che rafforza la desocializzazione del detenuto e ne aumenta il rischio di recidiva, attribuendo per di più alla pena un aspetto "di severità supplementare", che ne rafforza il sentimento di ingiustizia²¹).

Invero, la decisione quadro MAE non fa riferimento alcuno al controllo di proporzionalità; tuttavia, tale principio era da considerare, sempre secondo l'Avvocato Generale, come principio generale dell'Unione e, quindi, opponibile all'azione degli Stati membri. In tal senso, si sono orientati la modifica del Manuale europeo per l'emissione del MAE, la Risoluzione del Parlamento Europeo del 27.02.2014 e la considerazione che molti Stati membri hanno proceduto ad introdurre il controllo di proporzionalità nelle proprie leggi attuative della decisione quadro MAE o nella prassi applicativa. Tuttavia, il controllo di proporzionalità - che dovrebbe essere effettuato prima dell'emissione del MAE - non si verifica negli Stati che lo vietano espressamente sulla base del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Sempre secondo l'Avvocato Generale, trattandosi di un principio generale del diritto dell'Unione, l'autorità giudiziaria emittente avrebbe dovuto sempre procedere a questo controllo, anche se questo avrebbe significato la disattivazione della propria norma nazionale, perché l'assenza del controllo conduce, in tali casi,

²¹ Sono le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, presentate il 3 marzo 2016.

all'emissione di MAE per reati minori (prassi che la stessa Commissione ha deplorato nella Relazione). Da tale ragionamento consegue che l'Autorità Giudiziaria dello Stato richiesto sarebbe legittimata a sollevare la questione della proporzionalità. Infine, l'Avvocato Generale aveva ritenuto necessario, per i casi in questione, la necessità di bilanciare i diritti della persona consegnata con le esigenze imposte dalla tutela dei diritti e delle libertà altrui. L'Avvocato Generale concludeva ritenendo che in caso di condizioni di detenzione carenti si sarebbe dovuto valutare caso per caso il rischio per la persona ricercata, chiedendo informazioni utili all'Autorità emittente; sicché, se tale controllo non si fosse verificato sarebbe stata l'Autorità giudiziaria dell'esecuzione a fungere da rete di sicurezza²². Il ricorso alla Corte di Giustizia, nel caso di serie difficoltà nella valutazione del principio di proporzionalità, riguardo al tipo di MAE, sarebbe rimasta l'unica via da percorrere. Peraltro, per non trasformare la Corte di Giustizia in una sorta di Corte dei Diritti umani, ciascuno degli Stati membri dovrebbe il rispetto dei diritti fondamentali, ai sensi dell'art. 6 T.U.E., sulla base del principio di reciproca fiducia e leale collaborazione, con la conseguenza, relativamente alle condizioni carcerarie, di dover adottare tutte le misure necessarie, comprese le riforme legislative, in modo da assicurare alla persona consegnata di scontare la pena nel rispetto dei suoi diritti fondamentali, garantendogli anche tutti i mezzi di ricorso disponibili per la tutela delle proprie libertà individuali. In realtà, l'Avvocato Generale aveva sottolineato come né il Consiglio né la Commissione avessero posto in essere azioni volte a garantire che gli Stati membri adempissero ai loro obblighi o, almeno, adottassero le misure necessarie a tal fine.

3.2. *La decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia.* La Corte, nel respingere le conclusioni dell'Avvocato generale, che aveva ritenuto necessario applicare in via preliminare il controllo di proporzionalità sul MAE da parte dell'autorità giudiziaria emittente, dando a quella di esecuzione un ruolo di salvaguardia, con ricorso eventuale in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, ha ribadito il fondamento del mutuo riconoscimento, basato "sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri circa il fatto che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella

²² BOVEND'EERDT, *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security and Justice?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2016, 32(83), p. 116.

Carta²³”. Ancora, l’obiettivo dell’Unione di divenire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondandosi sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, con la conseguenza nota: l’obbligo per le Autorità giudiziarie di esecuzione di applicare il MAE, tranne nei casi tassativi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa ovvero nei casi in cui si versi in una delle situazioni di consegna condizionata, con la sola possibilità di sospendere il MAE in caso di “grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro” dei principi sanciti dall’art. 6 §1 T.U.E. (che, come, noto, prevede il rispetto da parte di ciascuno Stato membro dei diritti fondamentali sanciti nella Carta).

L’argomentazione, tuttavia, non si ferma qui, ma inaugura un nuovo percorso, laddove stabilisce che in “circostanze eccezionali” possono essere limitati i principi di riconoscimento e di fiducia reciproca tra gli Stati membri, prevenendo, altresì, che “l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali quali sanciti segnatamente dalla Carta non può essere modificato per effetto della decisione quadro”. La Corte ha aggiunto che il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4) ha carattere assoluto per la stretta connessione con il rispetto della dignità umana, stabilita come inviolabile dall’art. 1 della Carta, sottolineando come l’assolutezza del divieto è confermata dall’art. 3 C.E.D.U., al quale l’art. 4 della Carta corrisponde²⁴. La novità della sentenza sta nella necessità di operare un duplice test (da effettuare ad opera dell’autorità giudiziaria dello stato membro di esecuzione); il primo, finalizzato a verificare la sussistenza di un rischio concreto di trattamento inumano e degradante, fondato su elementi oggettivi, attendibili ed aggiornati sulle reali condizioni di detenzione sussistenti nello Stato membro emittente, che compri carenze sistematiche o ricadenti su gruppi di persone o riguardanti centri di detenzione, sebbene, in caso di riscontro, non scatti in modo automatico il rifiuto di eseguire il MAE. Occorre, infatti, il secondo test, affinché l’autorità giudiziaria di esecuzione valuti, in modo concreto e preciso, se vi siano motivi gravi e comprovati tali da ritenere che la persona corra il rischio di subire trattamenti disumani e degradanti, a causa delle condizioni di detenzione sussistenti nello Stato emittente. A questo fine possono essere chieste informazioni alla autorità giudiziaria emittente, fissando dei termini (nel rispetto di quelli fissati dall’art. 17 decisione quadro MAE, sebbene superati, nella prassi). Se non giungono alla Autorità giudiziaria di esecuzione informazioni, tanto da non potere escludere il rischio concreto di trattamenti inumani o degradanti, l’autorità Giudiziaria deve decidere se porre fine alla procedura

²³ Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, cit., punto 76.

²⁴ BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., 34.

di consegna. Se, di contro, arrivano informazioni da cui si accerti un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, per la persona l'esecuzione del MAE deve essere rinviata, senza, però, poter essere abbandonata. Viene informato in tal caso l'Eurojust e l'autorità giudiziaria di esecuzione deve decidere se mantenere la persona in stato di detenzione, se il procedimento di esecuzione del MAE sia stato condotto con diligenza e, quindi, se la durata della detenzione non risulta eccessiva; in caso di persone destinatarie di un MAE, ai fini dell'esercizio dell'azione penale, si deve tenere conto anche del principio della presunzione di innocenza. In ogni caso, deve essere rispettato il principio della proporzionalità previsto dall'art. 52 § 1 della Carta, in punto di limitazione di qualunque diritto o libertà riconosciuto dalla Carta, perché l'emissione di un MAE "non può giustificare il protrarsi della detenzione senza alcun limite temporale"²⁵. Se l'autorità giudiziaria non ritenga di mantenere la persona in stato di custodia cautelare lo rilascia in libertà, pur dovendo disporre le misure necessarie per evitare che la stessa possa darsi alla fuga e per assicurare le condizioni necessarie alla consegna, fino a quando l'autorità giudiziaria non emetta una decisione definitiva sul MAE²⁶. Nel caso in cui le informazioni da parte dello Stato emittente escludano il rischio concreto che il soggetto sia sottoposto a trattamento inumano degradante, l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di adottare la decisione sull'esecuzione entro i termini, con la possibilità, comunque, che l'interessato, se consegnato allo Stato emittente, possa esperire i mezzi di ricorso per contestare la legalità delle sue condizioni detentive in un istituto penitenziario di tale Stato membro.

La sentenza, tuttavia, non compie una scelta netta a favore della tutela dei diritti fondamentali, ma opta per una sorta compromesso²⁷. Infatti, da un lato, riconduce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti al rispetto della dignità umana, con il 'timbro' di valore assoluto, prevalente di fronte al primato del diritto dell'Unione, dall'altro, cerca di riassetare lo sfaldato rapporto tra *mutual trust* e tutela dei diritti fondamentali, stabilendo che è imposto a ciascuno Stato di ritenere che tutti gli altri rispettano i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione "tranne in circostanze eccezionali". Si

²⁵ Anche nella causa C-237/15 PPU, Lanigan, del 16 luglio 2015 in tema di carcerazione preventiva si era affermato che la «custodia di una persona in circostanze come quella di specie non può oltrepassare una durata ragionevole», in base al principio di proporzionalità; sul tema cfr. C. AMALFITANO, *Una nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul MAE con procedimento pregiudiziale d'urgenza*, in *Eurojus*, 2015, 2.3.

²⁶ Corte giust. UE, Grande Sez., 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, cit., punto 102.

²⁷ PANNELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *FSJ European Legal Studies*, 3/2017, 5 s.

riconosce la necessità, come detto, di due step, di cui, il secondo, si focalizza sul rischio concreto per la persona da consegnare di potere subire trattamenti disumani degradanti, potendo solo così assolvere al dovuto compito del presidio dei diritti fondamentali della persona nella situazione concreta. Il compromesso è accentuato dalla restrizione del rinvio della decisione sulla esecuzione del MAE soltanto per i diritti assoluti e non, quindi, per tutti i diritti sanciti nell'art. 6 T.U.E. (e l'art. 4 della Carta, infatti, relativo al divieto di trattamenti e pene inumani o degradanti riveste carattere assoluto, in quanto connesso al disposto dell'art. 1 sul rispetto della dignità umana). La Corte stabilisce, quindi, una gerarchia nel *corpus* dei diritti fondamentali, con una protezione più forte per i diritti assoluti²⁸. Sembra chiara la eco del caso *Tarakhel vs Svizzera*²⁹, affrontato dal Giudice di Strasburgo, con l'inaugurazione di un dialogo tra le Corti assolutamente positivo³⁰. Quanto al merito della decisione, rimane fermo il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione, ma, ora, nel rispetto dei diritti fondamentali che rivestono carattere assoluto.

4. *Una 'parziale' tappa verso i diritti della persona: la sentenza sul caso Bob-Dogi*. Il cammino verso la protezione dei diritti fondamentali della persona prosegue, negli itinerari della Corte di Giustizia, con il caso *Bob-Dogi*³¹, relativo all'interpretazione dell'art. 8 §1 lett. C, che richiede l'esistenza di un mandato d'arresto. La questione, pertanto, riguardava la necessità o meno di un mandato d'arresto da parte dello Stato di emissione preesistente e distinto dal MAE, e, in caso positivo, se l'inesistenza dello stesso potesse assurgere a motivo implicito di non esecuzione del MAE. Il caso sorse in quanto, secondo la prassi ungherese, è consentito emettere direttamente un MAE con la procedura c.d. "semplificata", ossia senza la previa emissione di un mandato d'arresto nazionale, purché sussistano indizi che dimostrino la presenza della persona ricercata già fuori dal territorio dell'Ungheria. La Corte di Giustizia ha ritenuto necessario il mandato d'arresto nazionale per l'emissione del MAE, proprio per l'assenza, nel disposto di cui all'art. 8 §1 lett. C, della definizione di MAE, così lasciando intendere che in questo articolo il mandato d'arresto è diverso da quello europeo, riferendosi, ad un mandato d'arresto nazionale. La Corte ha stigmatizzato la prassi ungherese, in quanto passibile

²⁸ In senso critico v. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit, 41; GUIRESSE, *Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen: évolution ou inflexion de la Cour de justice?*, in www.gdr-elsj.eu.

²⁹ Corte giust. UE, Grande Sez., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, punto 104.

³⁰ Per tutti v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 39.

³¹ Corte giust. UE, Sez. II, 1° giugno 2018, *Bob-Dogi*, C-241/15.

di incrinare i principi del riconoscimento e della fiducia reciproci alla base del sistema del MAE. Per di più, con l'interpretazione dell'art. 8 §1 lett. C si garantisce che, prima dell'emissione del MAE, la persona ricercata abbia già beneficiato delle garanzie processuali e dei diritti fondamentali da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione, in vista dell'adozione di un MAE, sottolineando la necessità di una tutela su due livelli dei diritti: il primo, "nell'ambito dell'adozione di una decisione giudiziaria nazionale, come un mandato d'arresto nazionale" e il secondo livello "in sede di emissione del mandato d'arresto europeo". Pertanto, pur non rientrando, il presupposto, tra i motivi di rifiuto obbligatori o facoltativi o di consegna condizionata, previsti dalla decisione quadro MAE, tuttavia, la sussistenza di un mandato d'arresto nazionale integra un requisito di regolarità, il cui rispetto assurge a presupposto della validità del MAE, con la conseguenza che la violazione dello stesso impedisce all'autorità Giudiziaria dell'esecuzione a dare corso al MAE. Un punto compromissorio della sentenza sembra rinvenibile nella interpretazione dell'art. 8 §1 lett. C, atteso che il Giudice di Lussemburgo ha ritenuto preliminare al rifiuto di emissione del MAE il dovere dell'autorità dell'esecuzione di chiedere a quella emittente informazioni supplementari e necessarie per potere stabilire se l'assenza d'indicazione nel MAE di un mandato d'arresto nazionale sia indice dell'effettiva insussistenza dello stesso ovvero se il mandato, pur esistente, non è stato menzionato. Solo in caso di riscontro negativo, è doveroso non dare corso al MAE, in quanto privo dei requisiti di regolarità previsti dal disposto *de quo*. Una lettura affievolita, questa, con cui sembra che la Corte di Giustizia abbia perso l'occasione di puntualizzare che il principio del mutuo riconoscimento è da ritenere la base per l'interpretazione ortodossa dell'art. 8 §1 lett. C³², come invece aveva indicato l'Avvocato Generale. Per non dire poi che, ancora una volta, la Corte di Giustizia non si esprime circa il rispetto del controllo di proporzionalità nell'applicazione del MAE. Controllo cui fa riferimento l'art. 5 T.U.E. contenuto nel considerando n. 7 della decisione quadro MAE; valutato anche il richiamo che l'art. 1 §3 fa all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi di cui all'art. 6 T.U.E. e riprodotti nella Carta (tra cui vanno annoverato l'art. 52 §1 della Carta, che si riferisce al rispetto del principio di proporzionalità, nonché l'art. 49 §3 relativo, per la materia penale, al principio di proporzionalità dei reati e delle pene); nonché il riferimento che l'art. 2 §1 della decisione quadro MAE fa alla questione della valutazione del-

³² TAUPIAC-NOUVEL, *L'arrêt Bob-Dogi de la Cour de justice, deux occasions manquées pour le droit de la coopération judiciaire pénale*, in www.gdr-elsj.eu.

la proporzionalità della decisione di emissione del MAE, stabilendo una sorta di pena per i fatti che rientrano nell'ambito applicativo del MAE, e, infine, la necessità di una valutazione in concreto delle circostanze del singolo caso per un effettiva attuazione di un controllo di proporzionalità. Nonostante il richiamo di tutte queste norme da parte dell'Avvocato generale, il Giudice di Lussemburgo ha mantenuto il silenzio. Questo atteggiamento compromissorio, sebbene dovuto alla delicatezza dell'equilibrio dello spazio europeo di contrasto, rimane, come ha sottolineato attenta dottrina, «un'inerzia ed una mancanza di audacia deplorable»³³.

5. *Un ulteriore passo avanti: il caso Dorobantu.* Il percorso virtuoso del Giudice di Lussemburgo continua con il caso Dorobantu³⁴, che riproponendo innanzitutto la sua recente giurisprudenza e i principi emersi a partire dalla sentenza Aranyosi-Căldăraru, tra cui quello in base al quale «un giudice di uno Stato parte contraente della C.E.D.U. non poteva rifiutare di eseguire un mandato d'arresto europeo a motivo del fatto che la persona ricercata rischiava di essere oggetto, nello Stato emittente, di condizioni di detenzione implicanti un trattamento inumano e degradante, nel caso in cui detto giudice non avesse proceduto, preliminarmente, ad un “esame aggiornato e circostanziato della situazione quale si presentava al momento della sua decisione” e non avesse cercato di identificare delle carenze strutturali relative alle condizioni di detenzione nonché un “rischio reale e individualizzabile di violazione dell'art. 3 C.E.D.U. in tale Stato”». Quanto alla intensità del controllo nel conciliare l'esigenza di tutela dei diritti della persona con quella di celerità del MAE (art. 17 decisione quadro), l'autorità giudiziaria esecutrice non può e non deve limitarsi alle «insufficienze manifeste» del sistema e non può basarsi soltanto sulle condizioni generali nazionali, ma deve «esaminare le condizioni di detenzione negli istituti penitenziari nei quali, secondo le informazioni di cui essa dispone, è concretamente previsto che la persona di cui trattasi sarà detenuta, anche in via temporanea o transitoria». Un controllo di tutti gli isti-

³³ TAUPIAC-NOUVEL, *L'arrêt Bob-Dogi de la Cour de justice, deux occasions manquées pour le droit de la coopération judiciaire pénale*, cit.

³⁴ Corte giust. UE, Grande Sez., 15 ottobre 2019, *Dorobantu*, causa C-128/18; sul tema, v. CAIOLA, *Retour sur la mise en oeuvre du mandat d'arrêt européen: le respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants dans la détention*, in *Revue affaires européennes*, 4/2019, 785 s.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, a cura di De Pasquale e Ferraro, II ed., Napoli, 2020, 141 s.; GAUDIERI, *Sovrappollamento carcerario: i criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una “bussola” per le scelte da compiere in periodo di emergenza sanitaria?* in *FSJ European Legal Studies*, 2/2020, 213 s.

tuti penitenziari nazionali, infatti, non solo sarebbe inutile, ma anche oneroso in termini di tempi e di costi³⁵. Comunque, alla luce della fiducia reciproca tra gli Stati, l'autorità giudiziaria esecutrice deve prima chiedere alla sua controparte emittente informazioni e rassicurazioni, e «qualora l'assicurazione che la persona interessata non subirà un trattamento inumano o degradante in ragione delle sue concrete e precise condizioni di detenzione, a prescindere dall'istituto penitenziario nel quale essa sarà reclusa nello Stato membro emittente, sia stata fornita o, quantomeno, approvata dall'autorità giudiziaria emittente, [...] "l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve fidarsi di tale assicurazione", quantomeno in assenza di un qualche elemento preciso che permetta di ritenere che le condizioni di detenzione esistenti all'interno di un determinato centro di detenzione sono contrarie all'art. 4 della Carta». In sostanza, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve disporre un "accurato controllo solamente sull'istituto penitenziario dove realmente la persona potrebbe/dovrebbe essere rinchiusa", non essendo bastevoli potendosi informative su situazioni generali o, peggio, mere previsioni di miglioramenti delle condizioni.

Altri quesiti erano stati sollevati, quali le dimensioni della cella, che, secondo la Corte, non deve essere inferiore a 3 m², per rispettare l'art. 3 CEDU, unitamente alla garanzia di altre condizioni tra le quali, le ore d'aria, la libertà di movimento, i livelli di temperatura e l'attività lavorative. In ogni caso, «le autorità giudiziarie dell'esecuzione restano obbligate a procedere ad un esame individuale della situazione di ciascuna persona interessata, al fine di assicurarsi che la loro decisione sulla consegna di tale persona non esporrà quest'ultima, in ragione delle predette condizioni, a un rischio reale di subire un trattamento inumano o degradante».

Quanto al punto nodale, relativo alla frizione tra il principio di mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti dell'interessato, la Corte di Giustizia ha riconosciuto carattere assoluto al diritto fondamentale a che la persona non sia sottoposta a trattamenti disumani o degradanti, giustificando, in via eccezionale, una limitazione dei principi della fiducia e del riconoscimento reciproco.

Infine, «la constatazione, da parte della suddetta autorità, dell'esistenza di seri e comprovati motivi di ritenere che, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona interessata correrà un rischio siffatto, in ragione delle condizioni di detenzione esistenti nell'istituto penitenziario nel quale è concretamente previsto che essa verrà reclusa, non può essere posta in bi-

³⁵ LOMBARDI, *Il rifiuto del MAE per il rischio di violazione dei diritti umani, tra sentenze interpretative e mancate previsioni legislative*, cit., 25.

lanciamento, al fine di decidere su tale consegna, con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci».

6. *La persistente lacuna normativa.* In conclusione, c'è un *gap* tra legislazione e prassi applicativa innegabile.

Peraltro, nonostante che la direttiva sull'ordine europeo d'indagine abbia espressamente tenuto presente il controllo di proporzionalità, come anche la previsione di un motivo di rifiuto collegato alla violazione dei diritti fondamentali, continua il silenzio anche nel mandato d'arresto europeo, nonostante le ultime recenti conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea³⁶.

Certo, non si può tacere sull'approvazione di non poche direttive, da parte della Commissione, finalizzate a rafforzare il rispetto dei diritti fondamentali, tramite l'adozione di norme minime comuni sui diritti procedurali di indagati ed imputati, né la puntualizzazione che è possibile in casi eccezionali rifiutare l'esecuzione del MAE per gravi violazioni dei diritti fondamentali. Si tratta delle direttive sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del MAE; sul diritto di informare un terzo nel momento della privazione della libertà personale e sul diritto della persona privata della libertà personale di comunicare con terzi e con le Autorità consolari. A queste direttive si aggiunge quella in tema di garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, nonché quella sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati ed imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del MAE. È indubbio che avere fissato regole minime comuni contribuisce a rafforzare la mutua fiducia su cui si basa il mutuo riconoscimento, con sperabili effetti positivi sui motivi di rifiuto nell'esecuzione dei MAE, fermo restando che spetta alla Commissione controllare l'implementazione di tali norme nei singoli Stati, fino ad assicurarsi che i diritti stabiliti vengano applicati in concreto, senza rimanere confinati nei testi legislativi.

Sulla lacuna del controllo di proporzionalità, la Commissione ha, peraltro, specificato la sussistenza di buone prassi basate sulle guide linee e contatti bi-

³⁶ *The European arrest warrant and extradition procedures - current challenges and the way forward. Council conclusions 13214/2020 REV 3 del 23 novembre 2020.* Per delle analisi preliminari sul tema, v. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria in materia penale alla prova dell'emergenza da Covid-19*, in www.sistemapenale.it.

lateralmente tra gli Stati, che dimostrano come non necessariamente sia necessaria una incisione a livello legislativo.

Nel 'diritto vivente', come visto, si è gradualmente assistito a una evoluzione dell'assetto iniziale, improntato principalmente alla promozione degli interessi tra gli Stati, con regole di riconoscimento reciproco quasi automatico, essendo invece, oramai sempre più assestato sulla preminenza dei diritti delle persone interessate, tanto che dal 2016 in poi sono aumentati sensibilmente il numero di MAE non eseguiti a causa di comprovato rischio di violazione dei diritti fondamentali del ricercato.

È indubbio che la Commissione continua a dare massima importanza al diritto alla sicurezza delle frontiere, alla lotta al terrorismo e al suo finanziamento, con il primo impegno di recente assunto nel senso della realizzazione di un'Europa sicura, nella quale tutti i cittadini si possano sentire sicuri, spostarsi liberamente, in cui le frontiere esterne siano protette, con una politica migratoria efficace, responsabile e sostenibile, nel rispetto comunque degli altri diritti fondamentali. Tuttavia, il rapporto tra il MAE - strumento della cooperazione giudiziaria in materia penale - e la tutela dei diritti fondamentali, grazie alla lettura virtuosa della Corte di giustizia, come anche alla luce dell'efficacia o dell'implementazione delle nuove direttive, è sempre meno precario, sebbene è innegabile come il tempo del silenzio normativo sia scaduto da troppo.

Quanto all'Italia, in tal senso, si sottolinea il recente d.lgs. del 2 febbraio 2021, in tema di disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra stati membri, in attuazione della delega di cui all'art. 6 della l. 4 ottobre 2019, n. 117, con cui il legislatore è intervenuto sulla l. 22 aprile 2005, n. 69 che, come noto, regola il mandato di arresto europeo.

Non è questa, tuttavia, la sede per l'analisi del decreto legislativo, per contenuto e complessità, sebbene le implicazioni sul tema siano non indifferenti.

