

COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA

Un commento alle sentenze [Radu](#) e [Melloni](#) della Corte di giustizia

di Silvio Civello Conigliaro e Silvia Lo Forte

Abstract. *Le sentenze in commento offrono un'occasione per riflettere sulla disciplina del mandato di arresto europeo e, più in generale, sul delicato equilibrio tra le esigenze della cooperazione giudiziaria e il rispetto delle garanzie nel sistema penale dell'Unione. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta un terreno ideale per verificare il coordinamento tra i giudici chiamati a gestire il sistema di tutela dei diritti e tra i diversi strumenti che concorrono a delinearlo.*

SOMMARIO: 1. Il Mandato di arresto europeo, terreno di scontro tra istanze di cooperazione giudiziaria ed esigenze di garanzia. – 2. Il caso Melloni e le decisioni pronunciate *in absentia*: il primato del diritto dell'Unione sulle garanzie costituzionali. – 3. Il caso Radu e il mandato eseguibile "a sorpresa": un'occasione mancata per chiarire le coordinate del sistema di tutela dei diritti. – 4. Considerazioni conclusive. La posizione della Corte di Giustizia e il ruolo della Carta e della Convenzione nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

1. Il mandato di arresto europeo, terreno di scontro tra istanze di cooperazione giudiziaria ed esigenze di garanzia.

Fino agli anni '80 del secolo scorso lo Stato cui era richiesta l'extradizione di un ricercato poteva non preoccuparsi dell'eventualità di una violazione dei diritti fondamentali di quest'ultimo nel Paese richiedente. Con la sentenza *Soering*, però, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha stabilito che l'omesso controllo da parte degli Stati richiesti avrebbe potuto costituire violazione della Convenzione¹, e dunque essi, per garantirne il rispetto, dovranno di volta in volta privilegiare l'interesse più rilevante, in base alle peculiarità del caso concreto, eventualmente rifiutando la consegna anche in ipotesi diverse dalle poche espressamente ammesse dalla Convenzione sull'extradizione del 1957. Ma, poiché nei rapporti tra Stati membri

¹ Così afferma la sentenza della Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. R.U.*, A 161, relativamente alla violazione dell'art. dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti); rispetto all'art. 6 (equo processo) si è stabilito un regime parzialmente diverso, in quanto solo il rischio di violazione "flagrante" costituirebbe causa di legittimo rifiuto.

dell'Unione europea, in luogo del classico sistema di estradizione vige oggi quello del mandato di arresto europeo (MAE)², occorre chiedersi se non debbano applicarsi regole diverse anche relativamente alla tutela dei soggetti ricercati.

Il MAE rappresenta un sistema di cooperazione tra autorità giudiziarie, particolarmente adatto alle esigenze di speditezza della giustizia penale in quanto: viene meno il filtro del potere politico (il Ministro della Giustizia svolge infatti funzioni di mera assistenza amministrativa); i motivi di rifiuto dell'esecuzione sono tassativamente previsti³; non si richiede la c.d. «doppia incriminazione» per trentadue infrazioni di rilevante gravità⁴; la consegna va effettuata entro 60 giorni (eventualmente prorogabili di altri 30). Esso rappresenta uno dei principali mezzi impiegati per la costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia tra i Paesi dell'Unione⁵, e si fonda sui principi del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie⁶ e della fiducia reciproca tra gli Stati membri, che postulano l'esistenza di un comune standard minimo di tutela dei diritti fondamentali, nonostante le differenze intercorrenti tra i sistemi nazionali. In realtà, solo una protezione effettiva dei diritti, e non la mera presunzione che ciò avvenga, può garantire la fiducia, e quindi la cooperazione, tra gli Stati. Vi è anche chi fa notare come, nonostante il Considerando 10 della dec. quadro parli di un elevato livello di fiducia, un obbligo come quello stabilito dall'art. 1 §3 vada piuttosto eseguito con buona fede: se la fiducia si può avere ad occhi chiusi, un obbligo va invece eseguito in buona fede, con gli occhi bene aperti, valutando attentamente le circostanze dei casi concreti senza nascondersi dietro alcuna presunzione. Con questo meccanismo di cooperazione rafforzata, infatti, gli Stati membri non solo beneficiano di un sistema penale più efficiente, ma condividono la

² L'istituto è stato introdotto dalla dec. quadro 2002/584/GAI, in GUCE, L 190, 13 luglio 2002, 1 ss: a norma dell'art. 1 §1, si tratta di "una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà" (si parla così, rispettivamente di MAE "processuale" e MAE "esecutivo"; sul punto v. ZANNELLA, *Decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in DE PASQUALE-FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea*, Napoli, 2009, 241 ss.; la decisione quadro è stata recepita in Italia con la l. 22 aprile 2005, n. 69, in G.U. n. 98 del 29 aprile 2005. L'art. 2 della legge, rubricato "garanzie costituzionali", prescrive di dare esecuzione al mandato di arresto europeo nel rispetto dei diritti e dei principi stabiliti nella CEDU e nella Costituzione italiana con riferimento al diritto del giusto processo, alla libertà personale, al diritto di difesa, alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali, nonché al principio di uguaglianza; in proposito, v. SELVAGGI-DE AMICIS, *La legge sul mandato di arresto europeo tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, 1814.

³ V. gli artt. 3, 4 e 4bis della dec. quadro.

⁴ V. l'art. 2 §2 della dec. quadro.

⁵ Cfr. gli artt. 67 e 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

⁶ Cfr. il Considerando 5 della dec. quadro. L'importanza del principio è stata riconosciuta dal Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 (reperibili sul sito www.europarl.europa.eu) e ribadita nel Programma dell'Aja ("Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'UE, in GUUE, C 53, 3 marzo 2005, 1 ss.), e in quello di Stoccolma (Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GUUE, C 115, 4 maggio 2010, 1 ss.). Sul punto, v. FLORE, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénal européenne*, Bruxelles, 2009, 284.

responsabilità di garantire lo Stato di diritto e la protezione dei diritti di tutti i cittadini dell'Unione⁷.

Il MAE ha rappresentato fin dalle sue origini uno dei principali terreni di scontro tra le esigenze di cooperazione giudiziaria e quelle di garanzia per le persone sottoposte a procedimento penale, sul quale la Corte di Giustizia ha più volte avuto occasione di esprimersi⁸ a partire dalla sentenza *Advocaten voor de Wereld VZW*⁹.

I giudici di Lussemburgo sono di recente tornati sul punto con le sentenze *Radu*¹⁰ e *Melloni*¹¹, che hanno posto problemi relativi non solo all'esecuzione di un mandato che possa comportare violazione dei diritti di difesa, ma anche alla portata di alcune norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e al loro rapporto con la CEDU¹². La questione si profila controversa poiché, con la riforma dell'articolo 6 TUE realizzata dal Trattato di Lisbona¹³, la Carta è stata equiparata ai Trattati acquisendo efficacia vincolante e, contestualmente, è stata stabilita la possibilità di adesione dell'Unione alla Convenzione.

Non sembra tuttavia che la Corte abbia sfruttato i poteri che le hanno conferito la riforma dell'art. 6 TUE e la c.d. "comunitarizzazione" dell'ex terzo pilastro (che le permette un controllo sugli strumenti adottati nell'ambito della Giustizia e degli Affari Interni), sebbene il suo contributo – a partire dalle sentenze *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁴ e *Nold*¹⁵ – sia stato sempre determinante per la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione, che con le sentenze *Akrich*¹⁶ e *Kadi*¹⁷ sono assurti a

⁷ [KEIJZER, *The European Arrest Warrant and Human Rights, relazione alla Conferenza di Dubrovnik del 13-14 maggio 2005, "Current issues in European law and the protection of financial interests", reperibile sul sito \[www.eurowarrant.net\]\(http://www.eurowarrant.net\)*](#).

⁸ Si registrano finora: sent. 28 giugno 2012, *West*, causa C-192/12 PPU, non ancora pubblicata in Racc.; sent. 16 novembre 2011, *Mantello*, causa C-261/09, in Racc. I-11477; sent. 21 ottobre 2010, I.B., causa 306/09, in Racc. I-10341; sent. 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, causa C-123/08, in Racc. I-9621; sent. 1 dicembre 2008, *Leymann e Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, in Racc. I-8993; sent. 12 agosto 2008, *Goicoechea*, causa C-296/08 PPU, in Racc. I-6307; sent. 17 luglio 2008, *Kozłowski*, causa C-66/08, in Racc. I-6041.

⁹ Corte di giustizia, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, causa C-303/05, in Racc. 3633, con cui la Corte ha stabilito che la decisione quadro non viola il principio di legalità nella parte in cui sopprime il controllo della doppia incriminazione poiché la definizione dei reati e le pene applicabili continuano ad essere di competenza dello Stato membro emittente che «deve rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE e, di conseguenza, il principio di legalità dei reati e delle pene».

¹⁰ CGUE, 29 gennaio 2013, Causa C-396/11.

¹¹ CGUE, 26 febbraio 2013, Causa C-399/11.

¹² Per un'approfondita riflessione sull'incidenza della Carta sui sistemi penali e sui suoi rapporti con la CEDU, peraltro stimolata proprio dalla sentenza *Melloni*, v. [MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, Note a margine delle sentenze *Fransson e Melloni* della Corte di Giustizia, in questa Rivista, 17 maggio 2013.](#)

¹³ Il considerando 12 della dec. quadro assicura il rispetto dei diritti fondamentali proprio richiamando l'art. 6 TUE, nella sua vecchia formulazione.

¹⁴ CGCE, 17 dicembre 1970, Causa C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*.

¹⁵ CGCE, 14 maggio 1974, Causa C-4/73 E.C.R. 491, P 13.

¹⁶ *Sec'y of State for the Home Dep't v. Akrich*, Causa C-109/01, [2003] E.C.R. I-9607. Sembra che in questo caso, però, la Corte abbia utilizzato l'articolo 8 CEDU non come una semplice guida interpretativa,

parametro di legittimità degli atti delle Istituzioni, passibili di annullamento ad opera della Corte proprio nell'ipotesi in cui ne comportino la violazione. Sembra, quindi, che essa assuma un atteggiamento piuttosto ambiguo, privilegiando o sacrificando i diritti principalmente in funzione dell'efficace e stringente applicazione del diritto UE¹⁸.

2. Il caso Melloni e le decisioni pronunciate *in absentia*: il primato del diritto dell'Unione sulle garanzie costituzionali

L'esigenza di assicurare un elevato livello di tutela dei diritti ha condotto, con l'inserimento dell'art. 4bis nella dec. quadro sul MAE¹⁹, all'introduzione di un ulteriore motivo di rifiuto della consegna nel caso in cui una decisione giudiziaria sia stata emessa in contumacia e in violazione degli oneri informativi. Nel caso Melloni la Corte ha affrontato la questione della compatibilità di tale articolo con il diritto di difesa, il diritto ad un equo processo e ad una tutela giurisdizionale effettiva sanciti dal capo VI della Carta dei diritti.

Il ricorrente, condannato in contumacia per bancarotta fraudolenta in Italia, veniva arrestato in Spagna in esecuzione di un mandato, cui si opponeva lamentando che le autorità italiane avevano continuato ad effettuare notifiche presso i difensori del primo grado, ai quali era stato revocato l'incarico in appello; deduceva inoltre che, qualora la consegna non fosse stata subordinata alla garanzia di poter impugnare in Italia la condanna pronunciata *in absentia* (eventualità, invero, non garantita dal diritto processuale italiano), ciò avrebbe costituito violazione del diritto ad un equo processo, per come disciplinato dall'art. 24 della Costituzione spagnola. Il Tribunal Constitucional, rilevato che l'articolo 5 §1 della decisione quadro, nella formulazione allora vigente, contemplava la possibilità di subordinare l'esecuzione di un mandato esecutivo di una condanna pronunciata *in absentia* alla condizione che «l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente», sospendeva il procedimento ponendo alla Corte tre quesiti. Chiedeva, anzitutto, se l'articolo 4bis, §1 impedisse al giudice di subordinare l'esecuzione del mandato alla possibilità di riesame della sentenza, garantendo così i diritti di difesa e, in caso affermativo, se ciò fosse rispettoso del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nonché degli altri diritti di difesa sanciti

effettuandone quasi un'applicazione diretta, ritenendolo un principio generale del diritto dell'Unione e obbligando il giudice nazionale ad applicare il test di proporzionalità seguito dalla giurisprudenza di Strasburgo: sul punto v. LYONS, *Human Rights Case Law of the European Court of Justice*, January 2003 to October 2003, 3 Hum. Rts. L. Rev. 323, 330 (2003).

¹⁷ CGCE, 3 settembre 2008, Cause riunite C-402/05 e 415/05.

¹⁸ BAILLEUX-VAN MEERBEEK, *Droits de l'Homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois*, in CARTUYVELS-DUMONT-OST-VAN DE KERCHOVE-VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Le droits de l'Homme: épée ou bouclier du droit pénal?*, Bruylant, 2007.

¹⁹ La modifica è stata introdotta dalla dec. quadro 2009/299/GAI.

dagli artt. 47 e 48 della Carta. Chiedeva inoltre, verificate le condizioni di cui ai primi due quesiti, se l'art. 53 della Carta consentisse di subordinare la consegna del condannato *in absentia* alla possibilità di riesame nello Stato richiedente, ammettendo un livello di protezione più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione ed evitando la restrizione di un diritto costituzionalmente garantito in uno Stato membro.

La Corte di Giustizia, conformandosi alle Conclusioni dell'Avv. gen. Bot²⁰, ha affermato che l'art. 4bis, §1 implica che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dallo stesso, non può subordinare l'esecuzione di un mandato alla condizione che la condanna *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato emittente. Il fatto che l'imputato non sia comparso personalmente integra, infatti, un motivo facoltativo di rifiuto, salvo che nelle quattro ipotesi tassativamente previste dalla norma in cui l'autorità richiesta non può omettere l'esecuzione del mandato. La Corte ritiene che l'art. 4bis non comporti, in tal senso, alcuna lesione, poiché il diritto di comparire personalmente al processo non è assoluto²¹, ma vi si può liberamente rinunciare, in modo espresso o tacito, purché la rinuncia risulti inequivocabile, sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità e non contrasti con un interesse pubblico rilevante: non sussiste, dunque, alcuna violazione del diritto all'equo processo quando l'imputato sia stato informato della data e del luogo di celebrazione o sia stato assistito da un difensore nominato a tal fine. Tale interpretazione degli artt. 47 e 48, §2 della Carta sarebbe peraltro conforme alla portata riconosciuta ai diritti di cui all'articolo 6, § 1 e 3, della CEDU²². Infine, la Corte rileva che l'art. 53 della Carta non autorizza il giudice nazionale ad applicare il più elevato standard di protezione garantito dalla sua Costituzione, opponendosi così all'applicazione di una norma comune²³, perché ciò sovvertirebbe il principio del primato del diritto dell'Unione. La decisione quadro del 2009 mira infatti all'armonizzazione delle condizioni di esecuzione del mandato, riflettendo il consenso raggiunto dagli Stati membri sulle garanzie da assicurare ai soggetti condannati *in absentia* e di conseguenza, permettere ad uno Stato di subordinare la consegna ad una condizione non prevista metterebbe a rischio l'uniformità dello standard di tutela definito in comune, nonché i principi di fiducia e riconoscimento reciproco.

La Corte sembra quindi subordinare i diritti processuali alle istanze di cooperazione giudiziaria, privilegiando il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione rispetto alle garanzie costituzionali degli Stati membri. Anche se lo

²⁰ [Conclusioni del 2 ottobre 2012, causa C-399/11, cit., reperibili su sito \[www.curia.europa.eu\]\(http://www.curia.europa.eu\).](#)

²¹ Cfr., in particolare, CGUE, 6 settembre 2012, Trade Agency, Causa C-619/10, non ancora pubblicata in Racc., §§ 52 e 55.

²² V. Corte EDU, *Medenica c. Svizzera*, 14 giugno 2001, ric. n. 20491/92, §§ 56-59; *Sejdovic c. Italia* del 1° marzo 2006, ricorso n. 56581/00, Racc. 2006-II, §§ 84, 86 e 98, e *Haralampiev c. Bulgaria*, 24 aprile 2012, ric. n. 29648/03, §§ 32 e 33.

²³ Secondo una giurisprudenza consolidata, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, disposizioni interne, anche di rango costituzionale, non possono limitare l'applicazione del diritto dell'Unione: v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. pag. 1137, punto 65, e sent. 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., e sent. 8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C409/06, Racc. pag. I8015, punto 61); sul punto, v. però *infra* §4.

standard comune di tutela non può che coincidere con quello minimo, accettabile per tutti gli ordinamenti dell'Unione, dovrebbe però essere salvaguardato quello eventualmente superiore garantito dai principi costituzionali del singolo Stato membro, in base al principio del c.d. "margine nazionale di bilanciamento"²⁴. Tale criterio è ben noto anche alla Corte di Strasburgo²⁵, che riconosce la maggiore idoneità delle autorità domestiche ad operare un bilanciamento di diritti ed interessi tenendo conto del diritto interno e delle misure necessarie in un determinato settore. Ma, a parte ciò, non si può pretendere che in nome dell'esigenza di uniforme applicazione i giudici nazionali ratifichino la restrizione di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, né è accettabile il rischio di eventuali conseguenti ingiustizie procedurali²⁶, che in certi casi potrebbero condurre anche a violazioni sostanziali. Essendo l'Unione una comunità di diritto, proprio la Corte di Giustizia ha riconosciuto la necessità che tanto le Istituzioni quanto gli Stati (e, in ultima istanza, essa stessa) controllino la legittimità degli atti della stessa, ovvero la loro conformità ai Trattati²⁷.

3. Il caso Radu e il mandato eseguibile "a sorpresa": un'occasione mancata per chiarire le coordinate del sistema di tutela dei diritti.

Con la sentenza Radu, la Corte di Giustizia ha avuto un'altra occasione di individuare il punto di equilibrio tra efficienza nella cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti della persona sottoposta, grazie al rinvio pregiudiziale del giudice rumeno.

Nel caso di specie, il ricorrente si opponeva all'esecuzione di un MAE processuale emesso dalle autorità tedesche sostenendo che, pur nel silenzio della dec. quadro sulla possibilità di rifiuto in caso di mancata previa audizione davanti le autorità emittenti, alla luce del nuovo art. 6 TUE la consegna avrebbe costituito un'ingiustificata restrizione della libertà personale e una violazione dei diritti di difesa a norma degli artt. 5 §1 e 6 della CEDU e 6 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte ha tuttavia limitato la sua attenzione ad un particolare profilo pratico, sostenendo che l'omessa previa audizione in Germania non costituisse motivo di legittimo rifiuto dell'esecuzione del mandato, cui va garantito un certo "effetto

²⁴ Così anche [FLORA, I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali, in questa Rivista, 12 marzo 2013](#), riprendendo l'idea espressa da SOTIS nel suo recente *Le regole dell'incoerenza – pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne 2012.

²⁵ Il criterio appare per la prima volta nella sentenza Handyside c. R.U., 24 Eur. Ct. H.R. (ser. A), §22 (1976); sui criteri per stabilire l'ampiezza di tale margine v. in particolare Corte EDU, Coster c. R.U., App. No. 24876/94, 33 Eur. H.R. Rep. 479, 506 (2001) e Dudgeon c. R.U., 45 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 21 (1981); in dottrina, tra gli altri, v. DE LA RASILLA DEL MORAL, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, 7 German L.J. 611, 615 (2006).

²⁶ L'espressione "giustizia procedurale" viene usata per la prima volta in CGCE, Kadi, cit., § 344, per suggerire la distinzione tra rispetto sostanziale di una norma di rango superiore (come quelle sui diritti umani) da altre mancanze "procedurali".

²⁷ CGCE, 23 aprile 1986, Causa C-294/83, E.C.R. 1339, §23.

sorpresa”, e che comunque i diritti difensivi sarebbero stati sufficientemente garantiti dall’audizione davanti alle autorità di esecuzione.

L’Avv. gen. Sharpston²⁸, svolgendo un’approfondita analisi della questione, ha suggerito soluzioni molto più articolate e bilanciate di quelle (non) fornite dalla Corte, riconoscendo che gli artt. 48 e 52 della Carta, in combinato disposto con gli artt. 5 e 6 della CEDU, avrebbero acquisito dignità di norme primario, sebbene ciò non abbia sostanzialmente inciso sul meccanismo di tutela dei diritti, già soddisfacente al tempo della dec. quadro che, pertanto, non necessita di alcuna re-interpretazione. Il nuovo art. 6 TUE rappresenta, da questo punto di vista, solo la «codificazione di una situazione preesistente», in cui il rispetto della CEDU e della Carta era già imposto alle Istituzioni e agli Stati membri *sub specie* di osservanza dei principi fondamentali dell’Unione derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni²⁹.

Secondo la sua ricostruzione, la consegna coercitiva del ricercato non preventivamente ascoltato dall’autorità competente costituisce una limitazione della sua libertà, che però potrebbe risultare giustificata all’esito di una valutazione di proporzionalità della misura rispetto all’obiettivo concretamente perseguito, secondo quanto richiesto dall’art. 5, §1, lettera *f* CEDU³⁰. La detenzione non potrà considerarsi arbitraria se sia stata disposta in buona fede, adeguatamente motivata, e abbia durata ragionevole³¹. Infatti, come riconosciuto dalla stessa Corte di Strasburgo³², non ogni violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione può giustificare il rifiuto dell’extradizione³³.

Sebbene nella giurisprudenza della Corte di giustizia non vi siano precedenti specifici in termini, questioni analoghe a quelle sollevate nel caso analizzato sono state trattate nella causa N.S. e altri³⁴. Tale decisione rappresenta un utile riferimento in

²⁸ [Il testo delle Conclusioni è reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); per un’approfondita ricostruzione del ragionamento dell’Avv. gen., v. [SAVY, *Violazione dei diritti fondamentali e rifiuto di consegna del mandato di arresto europeo, in questa Rivista, 14 novembre 2012.*](#)

²⁹ Cfr. il §51 delle Conclusioni.

³⁰ Per un’approfondita analisi della norma v. GIALUZ, *Commento all’art. 5 CEDU*, in BARTOLE - DE SENA - ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo*, Padova, 2012, 106 ss.

³¹ Così Corte EDU, A. e a. c. Regno Unito, 19 febbraio 2009, n. 3455/05, §164; sul test di proporzionalità cfr. giur. cit. ai §§ 56 e 57 delle Conclusioni.

³² Nella sent. Dzhaksybergenov c. Ucraina, 10 febbraio 2011, n. 12343/10, § 37, la Corte ha statuito che «il riferimento a un problema generale in relazione al rispetto dei diritti umani in un determinato paese non può, di per sé, giustificare un rifiuto dell’extradizione». In Soering c. Regno Unito, cit., non ha escluso che si possa «in via eccezionale eccipire una violazione dell’art. 6 (...) in relazione ad una decisione di estradizione in circostanze in cui la persona in fuga abbia subito o rischi di subire una flagrante negazione del diritto ad un equo processo nel paese richiedente».

³³ V. il § 74 delle Conclusioni.

³⁴ CGUE, 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law reform, non ancora pubblicata in Racc. I ricorrenti si opponevano davanti alle autorità britanniche, cui avevano presentato domanda d’asilo, al loro trasferimento in Grecia in applicazione del regolamento Dublino II, considerandolo lesivo dei propri diritti; la Court of Appeal interrogava la Corte di giustizia sulla possibilità di non autorizzare il trasferimento. Per approfondimenti v. MORGESE, *Regolamento Dublino*

quanto anche la normativa europea sull'asilo mira alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁵, postulando la fiducia reciproca tra gli Stati sul rispetto dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. I giudici di Lussemburgo, però, in armonia con quanto affermato in un caso analogo³⁶ dalla Corte EDU, hanno ritenuto che su tale rispetto non vi possa essere una presunzione assoluta, ma relativa, poiché può accadere che, per un "inceppamento" del sistema, i richiedenti asilo finiscano di fatto per subire un trattamento lesivo nello Stato, competente a valutarne la domanda, verso il quale vengano trasferiti. Secondo la Corte, però, «non (...) si può concludere che qualunque violazione di un diritto fondamentale da parte dello Stato membro [verso il quale il richiedente asilo dovrebbe essere trasferito in forza del regolamento] si riverberi sugli obblighi degli altri Stati membri di rispettare le disposizioni del regolamento (...)», poiché se il limite venisse fissato ad un livello così basso, gli obiettivi perseguiti col regolamento rischierebbero di essere disattesi. Ha quindi precisato che «al fine di permettere all'Unione e ai suoi Stati membri di rispettare gli obblighi di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo Stato competente quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta»³⁷.

L'Avv. gen. Sharpston ha ritenuto tale possibilità di rifiuto sussistente anche nel caso del MAE³⁸, ma solo ove l'interessato dimostri il rischio o la sussistenza di una violazione (che, se in atto, dovrà essere "insanabile") talmente grave da minare l'equità del processo, comportando uno svuotamento delle garanzie che lo corredano. Se infatti fosse possibile rifiutare la consegna sulla base di "violazioni ipotetiche", l'intero sistema di cooperazione ne uscirebbe sostanzialmente vanificato³⁹. E sembra che tale conclusione sia in linea anche con quanto richiesto dalla Corte di Strasburgo⁴⁰.

Il e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri, in Studi sull'Unione Europea, VII, n. 2-3, 2012, 147 ss., che esprime riserve sulla compatibilità del regolamento Dublino II con le norme superiori sui diritti fondamentali.

³⁵ V. art. 3 §2 TUE.

³⁶ Sent. M.S.S. c. Belgio e Grecia, 21 gennaio 2011, n. 30696/09, con la quale la Corte ha condannato il Belgio per aver esposto il richiedente asilo ai rischi risultanti dalle carenze della procedura di asilo in Grecia, atteso che le autorità belghe sapevano o dovevano sapere che non vi era alcuna garanzia che la domanda sarebbe stata esaminata seriamente dalle autorità greche, e a condizioni detentive degradanti; sulla questione v. MARCHEGANI, *Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 357 ss..

³⁷ Sull'opportunità di estendere la soluzione fornita dal giudice dell'Unione oltre la materia dell'asilo, si veda ancora MORGESE, *Regolamento Dublino II*, cit., il quale ritiene che l'introduzione di limiti al principio del mutuo riconoscimento in ragione della tutela dei diritti fondamentali, con possibilità di ribaltare la presunzione del loro rispetto, potrebbe rivelarsi utile anche nel sistema MAE.

³⁸ Cfr. il § 64 delle Conclusioni.

³⁹ Sui criteri di verifica della violazione v. i §§78 e 82-85 delle Conclusioni.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, sent. Saadi c. Italia, 28 febbraio 2008, n. 37201/06, §§ 128 -129; anche se la questione non è stata affrontata dalla Corte né dall'Avv. gen., pare evidente che l'accertamento sulla sanabilità di una

La Corte di Giustizia si è però sottratta all'analisi dei rapporti tra il sistema di tutela previsto dalla Carta e la Convenzione, ravvisando una certa "confusione" tra i quesiti e ritenendo il ricorso non sufficientemente motivato⁴¹, ed ha ritenuto concluso che il giudice del rinvio chiedesse «in sostanza» della eseguibilità del mandato a norma degli artt. 47 e 48 della Carta⁴². Secondo i giudici, tuttavia, il rispetto degli articoli indicati non comporta il rifiuto di eseguire il mandato, che rimane possibile solo nei casi tassativamente previsti dalla decisione quadro⁴³. La laconica pronuncia lascerebbe inoltre intendere che la verifica del rischio di lesione dei diritti fondamentali, ritenuta necessaria nel sistema comune di asilo, (nonché il test di proporzionalità della misura restrittiva) non trovi spazio nel sistema MAE, dando così al principio di fiducia reciproca un'interpretazione e un'applicazione radicalmente opposte nei due ambiti.

La soluzione fornita sembra un comodo *escamotage* formale per imporre alle autorità di esecuzione di non dubitare dell'altrui osservanza dei diritti delle persone sottoposte a procedimento penale⁴⁴. La prevalenza incondizionata dell'esigenza di cooperazione rischia però di alimentare, piuttosto, una sfiducia tra i diversi sistemi nazionali, potenzialmente foriera di conflitti tra i giudici più sensibili alle esigenze di garanzia e la Corte. In particolare, non fornire risposta in ordine alla verificabilità della proporzionalità, rispetto all'obiettivo perseguito, della misura restrittiva volta all'esecuzione del mandato⁴⁵, omettendo ogni riferimento alla Convenzione ed alla giurisprudenza CEDU, rappresenta anche un inadempimento dell'obbligo di fornire agli Stati la corretta interpretazione del diritto UE. L'atteggiamento della Corte rivela forse la difficoltà di confrontarsi col sistema della Convenzione, e con il suo impatto, che verrà presto accresciuto, sul diritto dell'Unione, e disattende anche le aspettative di chi confida in un virtuoso dialogo tra le Corti che renda completa e coerente la protezione dei diritti fondamentali.

violazione spetti al giudice nazionale in base alle norme interne: in questi termini [SAVY, *Violazione dei diritti fondamentali e rifiuto di consegna nel mandato di arresto europeo, in questa Rivista, 14 novembre 2012.*](#)

⁴¹ Cfr. i §§29-31 della sentenza.

⁴² Nel senso che il principio della tutela giurisdizionale, essendo un principio generale del diritto UE, oggi sancito dall'art. 47 della Carta, costituisce riferimento necessario e sufficiente per la risoluzione di tali questioni, cfr. sent. Otis e a., 6 novembre 2012, Causa C-199/11, non ancora pubblicata in Racc., §§ 46 e 47 e giurisprudenza ivi citata.

⁴³ Cfr. § 36 della sentenza.

⁴⁴ Cfr. Queen's Bench Division, Janovic c. Lituania, 25 marzo 2011, in 2011 ALL ER (D) 289, con la quale il giudice inglese ha stabilito che l'esecuzione del mandato e la traduzione dell'imputato verso la Lituania avrebbero potuto essere impediti solo a fronte del rischio di palese diniego di giustizia, cosa che non è possibile aspettarsi dalla Lituania che, essendo parte della Convenzione, si presume essere rispettosa dei diritti dell'imputato, salvo che non vi siano rapporti affidabili che indichino il contrario.

⁴⁵ Sulla necessità di un controllo di proporzionalità prima dell'emissione di un MAE si è ritornati, da ultimo, nella recente [Relazione della Commissione sull'attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto, disponibile sul sito \[www.europa.eu\]\(http://www.europa.eu\).](#)

4. Considerazioni conclusive. La posizione della Corte di Giustizia e il ruolo della Carta e della Convenzione nella costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Sembra dunque che la Corte, anche con le sentenze analizzate, assecondi la tendenza a privilegiare le istanze repressive nella costruzione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, nonostante fosse lecito attendersi una maggiore sensibilità per le garanzie, in considerazione dell'accresciuta rilevanza delle norme sui diritti fondamentali. Quando la Corte ha cominciato ad occuparsi di questi ultimi, infatti, poteva solo riferirsi ad un catalogo non scritto, ispirato alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e ai trattati internazionali di cui fossero stati parti, ma dagli anni '90⁴⁶ è cresciuta l'influenza della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo sul diritto dell'Unione⁴⁷. Col Trattato di Lisbona, infine, i diritti fondamentali CEDU sembrerebbero acquisire ben altro rilievo nella gerarchia delle fonti, e molto diverse potrebbero essere di conseguenza le potenzialità della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il suo intervento sussidiario, previo esaurimento delle vie di ricorso interno, Corte di Giustizia inclusa, impone a quest'ultima il dovere di un sempre maggiore controllo sul rispetto dei diritti da parte delle Istituzioni UE. Con l'accesso dell'Unione alla CEDU, infatti, queste sarebbero soggette ad un controllo esterno che potrebbe rivelarsi più stringente⁴⁸ di quello finora effettuato sugli atti nazionali di recepimento del diritto UE⁴⁹, che ha sempre beneficiato della presunzione di compatibilità degli stessi con la Convenzione⁵⁰. Tale atteggiamento potrebbe ben mutare a fronte di un comportamento inerte della Corte di Giustizia, come quello mostrato nei casi Melloni e Radu. E tuttavia è lo stesso art. 47 della Carta ad esigere un sistema UE di protezione giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali autonomamente completo ed efficace, indipendentemente dall'adesione alla Convenzione.

Quando i diritti fondamentali erano considerati "principi generali del diritto dell'Unione", potevano essere soggetti a bilanciamento non solo con altri diritti di pari rango, ma anche con obiettivi e politiche comuni⁵¹. Ma oggi le norme della Carta (e

⁴⁶ V., in particolare, la sent. *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE v. Dimotiki Etairia Pliroforissis*, Causa C-260/89, [1990] E.C.R. I-2925, P 41.

⁴⁷ V. ancora sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., in cui si afferma che la protezione dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico comunitario "deve essere assicurato nel quadro della struttura e degli obiettivi della Comunità"; v. anche Opinione 1/91 [1991] E.C.R. I-6079.

⁴⁸ V. WEYEMBERGH-RICCI, *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-WEYEMBERGH (a cura di), Editions de l'ULB, 2009

⁴⁹ V. Corte EDU, 18 febbraio 1999, *Matthews c. R.U.*, ric. n. 24833/94.

⁵⁰ V. Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, ric. n. 45036/98; v. anche MURRAY, *Fundamental Rights in the European Community Legal Order*, Address at the Fifty Years of European Community Law Conference (Feb. 28-Mar. 1, 2008), in 32 *Fordham Int'l L.J.*, 2009, 531, 545-47.

⁵¹ V. ad es. la sent. *Kadi*, cit., §§ 342-344 e 363, in cui la Corte riconosce che i diritti fondamentali possono essere bilanciati con l'obiettivo della sicurezza.

presto quelle della CEDU) hanno ben altro rilievo⁵², e il loro rispetto rappresenta un parametro di legittimità degli atti UE sia per le Istituzioni che per gli Stati nell'esecuzione dei loro obblighi, inclusi quelli di cooperazione giudiziaria. Per garantire un controllo adeguato sarebbe forse opportuno consentire ai giudici nazionali di verificare l'eventualità di un conflitto tra atti secondari dell'Unione e norme primarie, secondo lo stesso meccanismo seguito per la disapplicazione delle norme interne. Una lettura attenta della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* rivela, infatti, che ad essi non è assolutamente preclusa la revisione del diritto dell'Unione, ma solo l'applicazione di standard inferiori⁵³. Tale ipotesi non avrebbe peraltro potuto verificarsi né nel caso Melloni, qualora fosse stato utilizzato il parametro della Costituzione spagnola, né nel caso Radu, in cui il giudice rumeno intendeva utilizzare il parametro CEDU che, oltre ad essere più elevato di quello UE, è anche comune a tutti gli Stati membri.

Tutto sarebbe certamente molto più semplice se la Corte fornisse chiare indicazioni, e invece sembra talvolta fornirne di contrastanti (ad esempio con le sentenze Radu ed N.S.), minacciando così, essa stessa, l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione⁵⁴.

⁵² Nella sentenza *Fransson*, 26 febbraio 2013, Causa C-617/10, resa lo stesso giorno della Melloni, la Corte precisa che la CEDU non fa parte del diritto dell'Unione europea, se non nei termini di cui agli artt. 6 §3 TUE e 53 §3 della Carta; mentre l'Avv. gen. concludeva che "si deve tenere conto dello stato attuale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma la soglia di tutela cui deve attenersi la nostra giurisdizione deve essere frutto di un'interpretazione indipendente", la Corte ha ritenuto che il parametro rilevante fosse rappresentato *unicamente* dalla Carta, mettendo anche questa volta da parte la questione dei rapporti fra le tutele offerte ai cittadini europei; sul punto v. [CONTI, Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale \(doganiere e ariete\) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åkagaren, in \[www.diritticomparati.it\]\(#\), 6 marzo 2013; MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *questa Rivista*, cit.](#)

⁵³ V. §3 sent. *Internationale*, cit. Nel formulare tali ipotesi, riprendiamo la ricostruzione di LECZYKIEWICZ, *Effective judicial protection of human rights after lisbon: Should National Courts be empowered to review EU secondary law?*, *ELR* giugno 2010, p. 326-348.

⁵⁴ Sull'ambiguità della giurisprudenza di Lussemburgo nel campo dei diritti umani, v. SHUIBHNE, *The European union and fundamental rights: well in spirit but considerably ruffled in body?*, in Walker-Beaumont-Lyons, *Convergence and divergence in European public law*, Hart, 2002.