



## ALL'INCROCIO TRA DIRITTI FONDAMENTALI, MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E DECISIONI CONTUMACIALI: LA CORTE DI GIUSTIZIA E IL "CASO MELLONI"

*Un commento a margine della [sentenza Melloni della Corte di Giustizia](#)*

di Gaetano De Amicis

SOMMARIO: 1. Il *decisum*. – 2. L'antefatto. – 3. Le questioni pregiudiziali. – 4. La decisione quadro 2009/299/GAI e il rafforzamento delle garanzie difensive nei procedimenti *in absentia*. – 5. La nuova disciplina del mandato di arresto europeo a seguito della decisione quadro 2009/299/GAI. – 6. Le principali argomentazioni della Corte: aspetti critici della pronuncia di ricevibilità della domanda di rinvio pregiudiziale. – 6.1. *Segue*: Le condizioni di esecuzione di un m.a.e. fondato su una condanna pronunciata *in absentia*. – 6.2. *Segue*: La compatibilità delle modifiche introdotte dalla decisione quadro 2009/299/GAI con la Carta dei diritti fondamentali. – 6.3. *Segue*: L'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali. – 7. La prospettiva del mutuo riconoscimento e della leale collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri. – 8. Il raffronto con l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU sul diritto estradizionale. – 9. Il "punto di equilibrio" raggiunto dalla normativa europea nella disciplina delle garanzie partecipative al giudizio contumaciale. – 10. Le ragioni del "bilanciamento" operato dalla Corte di giustizia fra i diversi livelli di tutela del diritto di difesa della persona richiesta in consegna. – 11. Un precedente storico: l'Accordo bilaterale Italia-Spagna del 28 novembre 2000. – 12. Le implicazioni della clausola di salvaguardia posta dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

### 1. Il *decisum*.

Con sentenza del 26 febbraio 2013 la Corte di giustizia dell'Unione europea, pronunciando sul rinvio pregiudiziale proposto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal *Tribunal Constitucional* del Regno di Spagna con decisione del 9 giugno 2011 – in relazione ad un procedimento in cui l'*Audiencia Nacional* aveva autorizzato la consegna di Stefano Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna contumaciale inflittagli dal Tribunale di Ferrara – ha ritenuto che il tenore letterale, il contesto e lo scopo della norma di cui all'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla successiva decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, non ammettono che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione (nel caso di specie, la Spagna) subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in contumacia possa essere oggetto di revisione

nello Stato membro che ha emesso il mandato d'arresto (in questo caso, appunto, l'Italia)<sup>1</sup>.

La nuova disposizione dell'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002, è stata infatti introdotta con la successiva decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che ha soppresso l'art. 5, punto 1, dell'originaria formulazione del testo normativo, modificando la disciplina del rifiuto opponibile in caso di mandati di arresto europei basati su decisioni contumaciali.

Secondo l'impostazione esegetica seguita dalla Corte di Giustizia, il legislatore dell'Unione ha deciso di prevedere in maniera esaustiva i casi in cui l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo relativo ad una decisione emessa in contumacia debba essere considerata non lesiva dei diritti della difesa. Una scelta, questa, che è stata ritenuta incompatibile con la possibilità di subordinare l'esecuzione del m.a.e. alla condizione che la sentenza di condanna contumaciale costituisca oggetto di revisione per garantire il diritto di difesa dell'interessato.

Inoltre, la Corte ha ritenuto la norma su menzionata pienamente compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, nonché con i diritti della difesa garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: sebbene il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisca un elemento essenziale del diritto ad un equo processo, tale diritto non può considerarsi di natura assoluta, poiché l'imputato, con la salvaguardia offerta dal rispetto di alcune garanzie, può rinunziarvi. In tal senso, infatti, la su citata disposizione stabilisce i presupposti in presenza dei quali può ritenersi che l'interessato abbia rinunciato volontariamente ed inequivocabilmente al suo diritto di comparire al processo.

Infine, la Corte di giustizia ha stabilito che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

---

<sup>1</sup> Fra i primi commenti alla sentenza vanno segnalati, in senso critico, quelli di A. RUGGIERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in [www.dirittcomparati.it](http://www.dirittcomparati.it), 2 aprile 2013, 1 ss., e di A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, ivi, 30 marzo 2013, 1 ss.; v., inoltre, i rilievi di S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in [questa Rivista](#), 3 giugno 2013, 5 ss., secondo cui la Corte, in questa come nell'altra pronuncia relativa al caso "Radu" – CGUE, 29 gennaio 2013, C-396/11 – sembra 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. In senso sostanzialmente adesivo v., peraltro, il contributo di R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, in *Cultura e diritti*, 2013 (in corso di pubblicazione). Ampie riflessioni critiche sui nodi problematici posti dal complesso tema dei rapporti fra le diverse tutele offerte ai cittadini europei sono sviluppate, al riguardo, da S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in [questa Rivista](#), 17 maggio 2013, 12 ss. .

## 2. L'antefatto.

Nell'ottobre 1996, l'*Audiencia Nacional* ha concesso l'extradizione verso l'Italia del sig. Stefano Melloni, affinché fosse ivi giudicato per i fatti esposti nei mandati d'arresto emessi dal Tribunale di Ferrara. Rimesso in libertà dietro una cauzione di ESP 5.000.000 (cioè quasi EUR 30.000), egli si è dato alla fuga e dunque non ha potuto essere consegnato alle autorità italiane.

Nel 1997 il Tribunale di Ferrara, rilevata la mancata comparizione del Melloni, ha autorizzato l'esecuzione delle notifiche presso i difensori da lui in precedenza nominati. Con sentenza del 2000, confermata in appello e in Corte di cassazione, il Melloni è stato condannato in contumacia per il reato di bancarotta fraudolenta alla pena di dieci anni di reclusione.

Arrestato da parte della polizia spagnola, egli si è opposto alla propria consegna alle autorità italiane, sostenendo, in primo luogo, che durante il processo di appello aveva nominato un altro avvocato e revocato la nomina dei due precedenti e che, ciò nonostante, le notifiche avevano continuato ad essere effettuate presso questi ultimi. In secondo luogo, ha sostenuto che il diritto processuale italiano non prevede la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate in contumacia e che pertanto il mandato d'arresto avrebbe dovuto essere subordinato, se del caso, alla condizione che l'Italia garantisse la possibilità di impugnare la sentenza.

Nel settembre 2008, l'*Audiencia Nacional* ha autorizzato la consegna del Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna inflittagli dal Tribunale di Ferrara, ritenendo non dimostrato che gli avvocati da lui nominati avessero cessato di rappresentarlo.

Il giudice spagnolo ha ritenuto che i diritti della difesa dell'interessato erano stati rispettati, dal momento che egli era venuto previamente a conoscenza della celebrazione del processo, si era volontariamente reso contumace ed aveva nominato ai fini della sua rappresentanza e difesa due avvocati, i quali erano intervenuti a tale titolo nel procedimento di primo grado, in appello e nel giudizio di cassazione, esaurendo così i mezzi di ricorso.

Il Melloni ha impugnato tale decisione dinanzi al *Tribunal Constitucional*, che ha domandato alla Corte di giustizia di stabilire se la decisione quadro permetta ai giudici spagnoli di subordinarne la consegna alla possibilità di revisione della sua sentenza di condanna.

## 3. Le questioni pregiudiziali.

La Corte di giustizia, dunque, è stata investita dal *Tribunal Constitucional* di una serie di questioni pregiudiziali di speciale rilevanza, e segnatamente:

a) se l'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua versione oggi vigente derivante dalla decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere interpretato

nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato;

b) in caso di soluzione affermativa della prima questione, se l'art. 4-bis, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, nonché con i diritti della difesa garantiti dall'art. 48, par. 2, della medesima Carta;

c) in caso di soluzione affermativa della seconda questione, se l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli artt. 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro.

#### **4. La decisione quadro 2009/299/GAI e il rafforzamento delle garanzie difensive nei procedimenti *in absentia*.**

Per una migliore intelligenza del caso è opportuno, anzitutto, analizzare le novità introdotte dal legislatore europeo nel funzionamento della procedura di consegna basata sul mandato d'arresto europeo.

Con la decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio dell'U.E., adottata il 26 febbraio 2009, sono stati modificati, oltre alla precedente decisione quadro sul mandato di arresto europeo del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), i più recenti strumenti normativi concernenti l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, alle decisioni di confisca, alle sentenze penali di condanna a pene detentive ed alle sentenze e decisioni di sospensione condizionale della pena, al fine di stabilire una base normativa comune ed univoca per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate in un altro Stato membro al termine di un processo contumaciale, nel pieno rispetto dei diritti di difesa dell'interessato, ed alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>2</sup>.

Nel considerando n. 8 della decisione quadro in esame si afferma con chiarezza che l'esercizio del diritto di comparire personalmente al processo presuppone che

---

<sup>2</sup> Sul tema v. F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 115 ss.; A. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Giappichelli, 2010, 391 ss.; ID., *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 120; C. PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Giuffrè, 2010, 130 ss.; G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, 3613 ss..

l'interessato ne sia al corrente: la conoscenza del processo, ovviamente, deve esser garantita da ciascuno Stato membro "in conformità del rispettivo diritto interno", fermi restando, tuttavia, i requisiti dettati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretati dalla costante elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo<sup>3</sup>.

In tal senso, la modifica del precedente quadro normativo si è resa necessaria per ricondurre ad unità la diversità delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti in relazione ai presupposti del riconoscimento delle decisioni pronunciate *in absentia*: la valutazione del grado di "sufficienza" delle garanzie fornite dalle autorità dello Stato di emissione è infatti rimessa, di volta in volta, all'apprezzamento delle autorità dello Stato di esecuzione, con la conseguenza che è difficile conoscere "con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata" (v. il considerando n. 3).

In linea generale, i motivi di non riconoscimento sono a carattere "opzionale", ma la discrezionalità degli Stati membri nel recepirli all'interno dei rispettivi ordinamenti è condizionata soprattutto dall'esigenza di rispettare il diritto ad un processo equo, tenendo conto dell'obiettivo di rafforzare le garanzie processuali e, al contempo, di facilitare il raggiungimento degli obiettivi propri della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Si tratta, inoltre, di condizioni a carattere "alternativo" (considerando n. 6) poiché, qualora una di esse sia da ritenere soddisfatta, l'autorità emittente, nel completare la pertinente sezione del formulario del m.a.e., ovvero il certificato previsto ai sensi delle altre decisioni quadro oggetto di modifica, garantisce che i requisiti sono o saranno soddisfatti, ciò che dovrebbe esser sufficiente ai fini dell'esecuzione della decisione in base al principio del reciproco riconoscimento.

## **5. La nuova disciplina del mandato d'arresto europeo a seguito della decisione quadro 2009/299/GAI.**

In particolare, viene inserito nel testo della decisione quadro sul mandato di arresto europeo un nuovo art. 4-bis, secondo cui l'autorità di esecuzione, tra l'altro, può

---

<sup>3</sup> Sul diritto "al processo" quale peculiare modalità di esercizio del diritto di difesa cfr., in particolare, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Raffaello Cortina, 2009, p. 62 s., che ricorda come, sulla base degli orientamenti della Corte di Strasburgo, dovrebbe essere eliminato qualunque meccanismo implicante la possibilità di celebrare un processo di cui l'imputato sia solo presuntivamente informato: ad un condannato non volontariamente sottrattosi alla giustizia e giudicato senza che il processo si sia svolto alla sua presenza deve "in ogni caso" riconoscersi il diritto alla ripetizione del processo, affinché un organo giurisdizionale si pronunci di nuovo, dopo averne ascoltato le ragioni (versandosi altrimenti in un flagrante diniego di giustizia, contrario alle prescrizioni dell'art. 6 C.E.D.U.). V., di recente, Corte EDU, 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, § 54-56, nonché ID., 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*, § 59. In dottrina v., inoltre, sull'attuale impossibilità di ottenere la riapertura del processo penale nel nostro ordinamento, A. SACCUCCI, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO e R. E. KOSTORIS, Giappichelli, 2008, p. 81 s.

rifiutare un m.a.e. emesso a fini esecutivi se l'interessato non è comparso personalmente al processo, salvo che il mandato indichi che la persona ricercata sia stata, a tempo debito, personalmente citata o ufficialmente informata con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, o abbia conferito un mandato ad un difensore – di fiducia o d'ufficio – che l'abbia in effetti patrocinata in giudizio, ovvero, dopo aver ricevuto la notifica della decisione e l'informativa sul suo diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello, abbia dichiarato di non opporvisi o comunque non abbia esercitato quei diritti entro il termine stabilito. Qualora, infine, non abbia ricevuto personalmente la notifica della decisione, l'interessato dovrà essere espressamente e “senza indugio” informato, dopo la consegna, del diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello che consenta di riesaminare il merito della causa e condurre, eventualmente, alla riforma della decisione originaria.

Appare, peraltro, estremamente rilevante, in tale ultima ipotesi, la nuova previsione di cui all'art. 4-bis, par. 2, che consente all'interessato di chiedere – qualora non sia stato precedentemente informato, in modo ufficiale, dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico – che gli sia trasmessa, prima della consegna, copia della sentenza a fini informativi (per il tramite dell'autorità di esecuzione). In tal caso, anche se la trasmissione del provvedimento non può ritardare il corso della procedura di consegna, né (per converso) fa decorrere i termini per la eventuale richiesta di un nuovo processo, le competenti autorità giudiziarie (di emissione e di esecuzione) dovrebbero procedere ad una reciproca consultazione “sulla necessità e sulle possibilità esistenti di fornire all'interessato una traduzione della sentenza, o delle sue parti essenziali, in una lingua da questo compresa” (cfr. il secondo ed il terzo inciso del considerando n. 13).

Nella prospettiva di un significativo rafforzamento dei diritti e delle garanzie processuali della persona ricercata, la nuova decisione quadro ridisegna, pertanto, le conseguenze scaturenti dagli esiti decisori del giudizio contumaciale, ma al tempo stesso viene ad incidere in profondità anche sui suoi elementi strutturali, circondandone la disciplina attraverso una “fascia” di mezzi di tutela specifici ed uniformi nell'ambito dei motivi facoltativi di rifiuto, e “controbilanciando” la possibilità di rifiuto del m.a.e. attraverso la tassativa previsione delle su menzionate eccezioni, così come articolate nelle lett. a) – d) dell'art. 4-bis, par. 1, in conformità “agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente”.

Pur senza avere quale dichiarato obiettivo primario quello dell'armonizzazione delle legislazioni processuali degli Stati membri, e limitandosi formalmente a “precisare” la definizione di un nuovo motivo facoltativo di rifiuto, la decisione quadro in esame obbliga comunque i vari sistemi nazionali ad un'opera di armonizzazione “riflessa” di una serie di *standards* minimi di condizioni tendenzialmente uniformi per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze contumaciali, fra le quali spiccano in particolare (cfr. i considerando 11 e 14) quelle relative al diritto dell'interessato ad un “nuovo processo”, ovvero ad un “ricorso in appello” volto a garantire i diritti della difesa sulla base di taluni, irrinunciabili, punti di equilibrio espressamente indicati: 1) il diritto di presenziare al processo; 2) il riesame del merito della causa (ivi compresa la

possibilità di nuove prove); 3) la possibilità di riforma della originaria decisione giudiziaria (*ex art. 4-bis*, par.1, lett. d), punti i) e ii) ).

Il termine per l'attuazione della decisione quadro è stato fissato entro il 28 marzo 2011, ma si è espressamente previsto che gli Stati membri possano avvalersi, in caso di seri motivi, di una specifica dichiarazione che consenta loro di ottemperare, al più tardi, entro il termine del 1° gennaio 2014.

Il nostro Paese si è avvalso di tale facoltà, prevista dall'art. 8, par. 3, della decisione quadro 2009/299/GAI, dichiarando che il predetto strumento normativo “*si applicherà a decorrere dal 1° gennaio 2014 al più tardi al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo che sono emesse dalle autorità italiane competenti*”<sup>4</sup>.

## **6. Le principali argomentazioni della Corte: aspetti critici della pronuncia di ricevibilità della domanda di rinvio pregiudiziale.**

Nel suo percorso motivazionale, preliminarmente, la Corte di Lussemburgo ha sciolto il nodo della prospettata inapplicabilità dell'art.4-*bis* al caso di specie, per la circostanza che l'Italia aveva rinviato l'applicazione della decisione quadro del 2009 – entrata in vigore il 28 marzo 2011- sino alla data del 1° gennaio 2014.

Al riguardo, la Corte ha osservato, in linea con la propria giurisprudenza, che l'interpretazione sollecitata dal giudice del rinvio non risultava in modo manifesto estranea alla realtà o all'oggetto della controversia principale, nè riguardava un problema di natura ipotetica, poichè quella disposizione normativa non opera espressamente alcuna distinzione, ai fini della sua applicabilità, per il fatto che le decisioni giudiziarie siano anteriori o posteriori al termine di entrata in vigore della decisione quadro. D'altra parte, le disposizioni contenute nell'articolo 4-*bis* devono considerarsi norme di natura processuale – in tal senso si esprimono le pronunzie della Corte di Giustizia del 1° luglio 2004, *Tsapalos e Diamantakis*, C 361/02 e C 362/02, Racc. pag. I 6405, punto 20, nonché del 12 agosto 2008, *Santesteban Goicoechea*, C 296/08 PPU,

---

<sup>4</sup> E' evidente, anche alla luce della parziale soppressione della speciale garanzia individuata a carico dell'autorità emittente dall'art. 5, par. 1, della decisione quadro del 13 giugno 2002, che il nostro legislatore dovrà adeguarsi alle specifiche indicazioni dettate dalla fonte normativa di “terzo pilastro”, recependone fedelmente gli obiettivi attraverso la modifica dell'art. 19, par. 1, lett. a), della L. n. 69/2005 (sotto il profilo del “tipo” e dell'ampiezza delle garanzie che l'autorità giudiziaria italiana può pretendere dallo Stato membro di emissione), nonché attraverso la complessiva “rivisitazione” della consistenza ed effettività delle garanzie difensive che il sistema processuale è oggi in grado di offrire, per i giudizi contumaciali, alle omologhe autorità di esecuzione dei nostri mandati d'arresto.

In tale prospettiva, chiaramente incentrata sul consolidamento di quella “reciproca fiducia” che deve essere alla base del principio del mutuo riconoscimento, sembra ineludibile, quanto meno, un ripensamento delle ragioni che a suo tempo hanno indotto il legislatore all'introduzione di meccanismi processuali legati alle ipotesi di mera restituzione nel termine per proporre impugnazione od opposizione, secondo la nuova disciplina introdotta nel corpo dell'art. 175, commi 2 e 2-*bis*, c.p.p., dalla L. 22 aprile 2005, n. 60.

Su tali profili v. gli Autori citati, supra, nella nota n. 2.

Racc. pag. I 6307, punto 80) – e come tali applicabili alla procedura di consegna del ricorrente nel procedimento principale ancora in corso, alla stregua di una giurisprudenza risalente e consolidata (v., in particolare, le sentenze del 12 novembre 1981, *Meridionale Industria Salumi e a.*, da 212/80 a 217/80, Racc. pag. 2735, punto 9; del 28 giugno 2007, *Dell’Orto*, C 467/05, Racc. pag. I 5557, punto 48, nonché *Santesteban Goicoechea*, cit., punto 80).

Nè la circostanza che il nostro Stato si sia avvalso della possibilità offerta all’articolo 8, par. 3, della decisione quadro 2009/299, di rimandare fino al 1° gennaio 2014 l’applicazione di tale decisione al riconoscimento ed all’esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato poteva determinare l’irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale: quest’ultima, infatti, era volta a verificare la compatibilità del diritto euro-unitario con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola – segnatamente il diritto ad un processo equo di cui all’art. 24, par. 2, Cost. – conformemente ai trattati internazionali ratificati dal Regno di Spagna.

In ordine alla reale consistenza di tale specifico profilo argomentativo, tuttavia, sembra legittimo avanzare qualche perplessità.

Se non può esservi alcun dubbio sul fatto che al principio del *tempus regit actum* sono assoggettate le norme processuali, con la conseguenza che la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente e irrevocabilmente le condizioni di legittimità, costituendone pertanto lo statuto regolativo<sup>5</sup>, altrettanto non sembra possa dirsi con eguale certezza riguardo alla valutazione degli effetti dello sbarramento temporale derivante dall’esercizio, da parte della Repubblica italiana, della facoltà di rimandare l’applicazione dello strumento sino al 1° gennaio 2014.

Ai sensi dell’art. 8, par. 4, della decisione quadro 2009/299/GAI, infatti, sino alla scadenza di quella data, l’applicazione delle pertinenti disposizioni della originaria decisione quadro sul m.a.e. dovrebbe proseguire secondo il testo presente nella loro versione iniziale.

Il fatto che quella dichiarazione mantenga in pieno la sua efficacia temporale si evince anche dall’ulteriore inciso dell’art. 8, par. 3, secondo cui qualsiasi altro Stato membro “può esigere”, a sua volta, che lo Stato membro che ha fatto quella dichiarazione applichi le disposizioni pertinenti delle decisioni quadro di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 6 (tra le quali, appunto, la decisione quadro 2002/584/GAI) nella loro versione iniziale al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo che emanano da tale altro Stato membro.

Sembra dunque problematico escludere l’inapplicabilità *ratione temporis* della disposizione di cui all’art. 4-bis della successiva decisione quadro 2009/299/GAI facendo leva sull’apprezzamento di un dato esterno alla specifica regola di diritto intertemporale ivi stabilita nell’art. 8, par. 3, ossia sull’interpretazione del contenuto della decisione di rinvio pregiudiziale, dalla quale emergerebbe l’intenzione del

---

<sup>5</sup> Al riguardo, v. M. GAMBARDELLA, *L’irretroattività*, in *Trattato di diritto penale*, p.g., Vol. I, diretto da A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, Utet, 2012, 228; nella più recente elaborazione della giurisprudenza di legittimità v. Sez. Un., n. 27919 del 31/03/2011, dep. 14/07/2011, *Ambrogio*, Rv. 250196.

giudice del rinvio di prendere in considerazione le pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione al fine di stabilire il contenuto essenziale del diritto ad un processo equo garantito dall'art. 24, par. 2, della Costituzione spagnola (punto 33).

Una diversa conclusione su tale specifico profilo, evidentemente, avrebbe comportato il mutamento dei parametri di riferimento del giudizio di bilanciamento poi operato dal giudice comunitario, che avrebbe dovuto incentrarsi sulle diverse condizioni fissate nella originaria disposizione di cui all'art. 5, n. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI e sul corrispondente, o meno, grado di affidabilità delle garanzie che il nostro Paese può attualmente fornire nei rapporti di cooperazione sui giudizi contumaciali, secondo la nuova disciplina della restituzione in termini introdotta dalla L. n. 60 del 2005<sup>6</sup>.

6.1. *Segue: Le condizioni di esecuzione di un m.a.e. fondato su una condanna pronunciata in absentia.*

In ordine alla prima delle questioni pregiudiziali sopra elencate, la Corte – citando espressamente un suo precedente<sup>7</sup> – ha valorizzato la *ratio* dell'art. 4-*bis*, precisando che l'oggetto della decisione quadro 2009/299 è, da un lato, quello di abrogare l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584 – che consentiva, a certe condizioni, di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione di una pena irrogata *in absentia* alla condizione che nello Stato membro emittente fosse garantito un nuovo procedimento giudiziario che si svolgesse alla presenza dell'interessato – e, dall'altro lato, quello di sostituire tale disposizione con l'art. 4-*bis*, che a sua volta limita la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un tale mandato stabilendo, come indicato nel considerando 6 della decisione quadro 2009/299, «le condizioni in base alle quali il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati».

Secondo la Corte, infatti, tanto dai considerando 2-4, quanto dall'art. 1 della decisione quadro 2009/299 emerge che il legislatore dell'Unione ha inteso facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri attraverso un'armonizzazione dei motivi di non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Come sottolineato, in particolare, nel considerando 4, il legislatore dell'Unione, con la definizione di tali motivi comuni, ha voluto consentire «all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato».

Sostanzialmente in linea con l'impostazione ricostruttiva seguita dall'Avvocato Generale Bot, secondo cui la disposizione introdotta con l'art. 4-*bis* «deve essere

---

<sup>6</sup> V., supra, la nota n. 4.

<sup>7</sup> Corte giust., 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*, §§ 33-34.

considerata non lesiva dei diritti della difesa», la Corte di Lussemburgo ha concluso, al riguardo, nel senso della impraticabilità, per l'autorità giudiziaria di esecuzione, dell'opzione ermeneutica volta a subordinare l'esecuzione del mandato alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro di emissione al fine di garantire i diritti di difesa dell'interessato.

*6.2. Segue: La compatibilità delle modifiche introdotte dalla decisione quadro 2009/299/GAI con la Carta dei diritti fondamentali.*

Nell'esaminare la seconda questione, poi, la Corte si è soffermata sull'interpretazione degli artt. 47 e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali UE, richiamando la propria giurisprudenza (Corte giust. UE, Sez. I, 6 settembre 2012, C-619/10, *Trade Agency Ltd*) e quella della Corte di Strasburgo (tra le più recenti, Corte EDU, Sez. IV, 24 aprile 2012, *Haralampiev c. Bulgaria*) riguardo alla non assolutezza del diritto dell'imputato di comparire personalmente al processo: l'imputato può infatti rinunciare, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante. In particolare, secondo la Corte, anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo, o è stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine.

Siffatta linea interpretativa del contenuto precettivo assegnabile agli artt. 47 e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali è stata ritenuta conforme alla portata applicativa riconosciuta ai diritti garantiti dall'art. 6, parr. 1 e 3, della CEDU da parte della giurisprudenza della Corte EDU (v., in particolare, le sentenze *Medenica c. Svizzera* del 14 giugno 2001, n. 20491/92, §§ 56-59; *Sejdovic c. Italia* del 1° marzo 2006, n. 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, §§ 84, 86 e 98, nonché *Haralampiev c. Bulgaria* del 24 aprile 2012, n. 29648/03, §§ 32 e 33).

La Corte, inoltre, ha fatto riferimento al contenuto ed alle finalità della decisione quadro 2009/299/GAI, per sostenere che l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati di arresto europei ivi attuata tende, come indica l'art. 1 della stessa, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri.

*6.3. Segue: L'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.*

L'ultima delle questioni pregiudiziali riguardava un profilo di portata più generale, involgendo il controverso significato da attribuire all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE, e dunque l'ampiezza delle prerogative degli Stati membri nella

tutela dei diritti fondamentali rispetto al livello di protezione, più o meno esteso, accordato in ambito europeo.

A tale riguardo, il giudice del rinvio aveva ipotizzato una lettura che «autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione».

La Corte di giustizia, tuttavia, ha censurato una simile interpretazione, che in effetti “permetterebbe in particolare ad uno Stato membro di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse autorizzata dall'articolo 4-bis, par.1, della decisione quadro 2002/584», richiamando il principio di primazia del diritto euro-unitario che l'impostazione suggerita dal *Tribunal Constitucional* inevitabilmente comprometterebbe, nel consentire ad uno Stato membro “di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato”.

Secondo la Corte di giustizia, dunque, pur dovendosi ritenere che l'art. 53 della Carta consenta alle autorità e ai giudici nazionali di applicare i livelli interni di tutela dei diritti fondamentali, tale applicazione, tuttavia, non può compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte stessa, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. La stessa disposizione dell'art. 4-bis, del resto, non autorizza un'interpretazione che attribuisca agli Stati membri la possibilità di rifiutare la consegna di una persona destinataria di un mandato di arresto europeo quando ricorra una delle ipotesi di cui al par. 1, lett. a)-d), della norma citata, con la conseguenza che una simile impostazione sarebbe inammissibile per contrasto con il diritto dell'Unione e non troverebbe copertura nemmeno nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte ha escluso che l'art. 53 consenta “in maniera generale” ad uno Stato membro di applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione, quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta, e di opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto euro-unitario. Tale interpretazione dell'art. 53 sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe ad uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di quello Stato membro.

Tuttavia, il principio del primato del diritto dell'Unione, che costituisce una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, impedisce ad uno Stato membro di invocare disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, rivolte a sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, le sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale*

*Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C 409/06, Racc. pag. I 8015, punto 61).

La Corte, infine, si è preoccupata di ribadire ancora una volta l'importanza della esigenza di armonizzazione sottesa alla decisione quadro 2009/299/GAI, con cui si è "cristallizzato" il consenso raggiunto dalla comunità degli Stati membri rispetto al grado di tutela dei diritti processuali da riconoscere alle persone condannate *in absentia*, quando siano state colpite da un mandato d'arresto europeo.

Entro tale prospettiva, ove si consentisse ad uno Stato membro di valersi dell'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, si correrebbe il rischio di rimettere in discussione l'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito grazie a quella decisione quadro, arrecando un *vulnus* ai principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per la stessa effettività di quello strumento normativo.

## **7. La prospettiva del mutuo riconoscimento e della leale collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri.**

Con la pronuncia in esame la Corte di giustizia ha correttamente applicato i principi fondamentali del reciproco riconoscimento e della leale collaborazione tra l'Unione europea e gli Stati membri, ponendone in luce la relazione di stretta interdipendenza nell'ambito di un'elaborazione giurisprudenziale ormai pacifica sulle caratteristiche, le finalità e lo stesso *modus operandi* della nuova procedura di consegna post-estradizionale.

Nella prospettiva ermeneutica tracciata dai giudici europei, dunque, il giudizio di bilanciamento di quei principii – entrambi di fondamentale rilievo nell'assetto normativo euro-unitario – con i possibili controlimiti derivanti dalla concorrente esigenza di rispetto dei principii fondamentali statuiti dalla normativa costituzionale di uno Stato membro acquista una specifica valenza orientativa, proprio perché i suoi effetti vengono concretamente ad inserirsi all'interno dei meccanismi tipici di un rapporto di cooperazione giudiziaria penale.

E' noto che il mandato d'arresto europeo ha rappresentato il primo di una serie di strumenti normativi con i quali il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie – per la prima volta affermato nel punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999 – è stato progressivamente applicato ai più diversi settori della cooperazione giudiziaria penale.

Esso rappresenta l'architrate della costruzione dell'Unione europea come spazio di libertà, sicurezza e giustizia (Titolo V TFUE), nell'indispensabile rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri (*ex art. 67, par.1, TFUE*).

Nella sua continua espansione, il principio del mutuo riconoscimento – oggi definitivamente “costituzionalizzato” negli artt. 67, par. 4, 81, par. 1 e 82, par. 1, TFUE – ha progressivamente assunto i tratti di un vero e proprio ordine categoriale dei rapporti di cooperazione tra gli Stati membri dell’U.E.: dal suo “irrompere” sulla scena, infatti, lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia tende ad acquisire la dimensione di un’area di libera circolazione dei provvedimenti giudiziari, nel cui perimetro il *decisum* espresso dall’autorità giudiziaria di uno Stato viene riconosciuto negli ordinamenti degli altri Stati membri e può essere eseguito sul loro territorio senza che sia necessario fare ricorso alle procedure di conversione in un corrispondente titolo giudiziario.

L’istituto del mandato d’arresto europeo, dunque, si pone come l’archetipo di un nuovo modello di cooperazione, le cui radici, peraltro, continuano, sia pure in parte, ad alimentarsi dall’ “alveo mnemonico” del diritto estradizionale di matrice convenzionale (*ex artt. 31, par. 2 e 3, e 32 della decisione quadro*), o interna (*ex art. 39, comma 1, della legge 22 aprile 2005, n. 69, che ha recepito nel nostro sistema la decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002*)<sup>8</sup>.

A differenza dell’atto conclusivo del procedimento estradizionale, tuttavia, esso integra le forme di un vero e proprio provvedimento giudiziario (*ex art. 1, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI*), che rientra nel *genus* dell’ordine europeo o “eurordinanza”, la cui circolazione non necessita di particolari procedure formali, potendo l’autorità emittente ricorrere a qualsiasi mezzo sicuro, purchè in grado di consentire all’autorità competente dello Stato membro di esecuzione di verificarne l’autenticità.

Si tratta di un atto distinto ed autonomo dal provvedimento coercitivo emesso nel procedimento penale interno. Non è, dunque, quest’ultimo provvedimento a dover circolare (tanto che la decisione quadro non ne prevede la trasmissione), ma proprio il mandato d’arresto in quanto tale, vale a dire il formulario codificato nell’Annesso alla decisione quadro.

Il nuovo meccanismo di consegna, infatti, si basa sul riconoscimento “a monte” dei provvedimenti *de libertate* emessi in ciascuno Stato membro: ciò consente di deliberare sulla consegna in virtù della mera indicazione dell’esistenza del provvedimento *a quo* (sentenza esecutiva, mandato d’arresto o qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva dotata della stessa forza) e di altre sintetiche informazioni, tassativamente indicate nell’art. 8, par. 1, della decisione quadro (ossia: natura e qualificazione giuridica del reato; descrizione delle circostanze della sua commissione; pena inflitta, ecc.).

La centralità del principio del reciproco riconoscimento è dimostrata dal fatto che esso rappresenta una tecnica di coordinamento fra ordinamenti fondata sulla presunzione dell’equivalenza tra beni e valori di enti di governo differenti. Non a caso, una tecnica simile è stata fatta propria dall’art. IV.1 della Costituzione statunitense per

---

<sup>8</sup> Su tali profili, da ultimo, v. G. DE AMICIS, voce *Mandato di arresto europeo*, in *Treccani Libro dell’anno del diritto*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012.

organizzare i rapporti che legano fra loro gli Stati federati: tale norma dichiara che in ogni Stato membro “saranno attribuiti piena fiducia e pieno credito agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati membri” (clausola *full faith and credit*)<sup>9</sup>.

Nucleo sostanziale del principio è quella “fiducia reciproca” fra gli Stati membri dell’U.E. nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale, che deve condurre ciascuno di essi ad accettare l’applicazione del diritto penale vigente negli altri, “anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”<sup>10</sup>.

Declinato in relazione al contenuto ed alle finalità della nuova procedura di consegna, quel principio, come già riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo, implica, a norma dell’art. 1, n. 2, della decisione quadro, che gli Stati membri siano in linea di massima tenuti a dar corso ad un mandato di arresto europeo: eccettuati i casi di non esecuzione obbligatoria previsti dall’art. 3 della stessa decisione quadro, gli Stati membri possono rifiutare l’esecuzione di un mandato soltanto nei casi ivi elencati all’art. 4<sup>11</sup>, con la conseguenza che un legislatore nazionale il quale, in base alle possibilità accordategli da tale ultima disposizione normativa, operi la scelta di limitare le situazioni nelle quali la sua autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare di consegnare una persona ricercata, non farebbe che rafforzare il sistema di consegna in favore dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia.

Limitando, infatti, lo spettro delle condizioni ostative, “tale legislazione non fa che agevolare la consegna delle persone ricercate, conformemente al principio del reciproco riconoscimento sancito dall’art. 1, n. 2, della decisione quadro 2002/584, il quale costituisce il principio fondamentale istituito da quest’ultima”.

Il principio di fiducia reciproca, del resto, nel ricomprendere in sé le linee interpretative degli obblighi già derivanti dalle materie prima disciplinate nel cd. “terzo pilastro”, svolge “un ruolo analogo a quello della leale cooperazione”<sup>12</sup>, principio, quest’ultimo, che la disposizione di cui all’art. 4, par. 3, TUE, ha esteso all’intera Unione, stabilendo che questa e gli Stati membri “si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

Il dovere di cooperazione e di solidarietà, evocato anche in altre disposizioni dei trattati (ad es., gli artt. 13, n. 2, TUE; 67, n. 2, TFUE; 196, n. 1, co. 1, TFUE; 214, n. 1, TFUE; 222, n. 1, TFUE), sta ad indicare non solo che ciascuno Stato membro è tenuto ad adottare misure, di carattere generale e particolare, utili a dare puntuale adempimento

---

<sup>9</sup> Lo ricordano A. DAMATO, P. DE PASQUALE e N. PARISI, in *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, 2011, 49.

<sup>10</sup> Principio già affermato, con riferimento alla fondamentale garanzia del ne bis in idem e all’art. 54 della Convenzione di Schengen, da C. giust., 11 dicembre 2008, C-297-07, *Bourquain*, §§ 36-37 (che ne ha ritenuto l’applicabilità sia per le sentenze ordinarie che per quelle contumaciali pronunziate in conformità alla legislazione nazionale di uno Stato contraente) e da C. giust., 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, § 43.

<sup>11</sup> C. giust., 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, §§ 57-59; v., inoltre, C. giust., 1° dicembre 2008, C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, § 51.

<sup>12</sup> Cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Ruiz-Jarabo in relazione al caso poi definito da C. giust., 11 dicembre 2008, C- 297-07, *Bourquain*, cit.

al diritto dell'Unione, ma anche ad astenersi da comportamenti che possano in qualche modo anche solo rischiare di pregiudicare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione<sup>13</sup>.

## 8. Il raffronto con l'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU sul diritto estradizionale.

Ulteriori conferme della validità della linea interpretativa tracciata dalla Corte di giustizia possono trarsi dalla stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, il cui costante orientamento è nel senso che la procedura di estradizione non comporta una controversia sui diritti e doveri di carattere civile di un ricorrente, né attiene alla fondatezza di un'accusa elevata nei suoi confronti in materia penale ai sensi dell'art. 6 CEDU<sup>14</sup>, con la conseguenza che tale disposizione convenzionale non è propriamente applicabile alla procedura estradizionale, se non "in casi eccezionali" in cui risulti che l'estradando abbia subito o corra il rischio di subire nello Stato richiedente un flagrante "*denial of a fair trial*"<sup>15</sup>.

Canone interpretativo, quest'ultimo, che la Corte EDU ritiene integrato dalla "manifesta contrarietà" del processo alle previsioni ed al quadro di principi contenuti nell'art. 6 della Convenzione (ad es., un processo sommario condotto nel totale dispregio dei diritti della difesa, ovvero il deliberato e sistematico rifiuto di accedere ad un difensore, l'utilizzazione di prove ottenute con mezzi manifestamente vietati, ovvero, ancora, e per rimanere al caso di specie, un processo contumaciale che non preveda la possibilità di ottenere una nuova pronuncia sul merito dell'accusa<sup>16</sup>).

Nella materia estradizionale non vengono in considerazione, dunque, mere irregolarità o l'assenza di garanzie nelle procedure giudiziarie dello Stato richiedente, che avrebbero determinato la violazione dell'art. 6 CEDU nello Stato contraente, ma occorre una valutazione stringente sull'*unfairness* del processo, il cui esito metta in luce una violazione così grave da determinare l'annullamento o la distruzione della vera essenza dei diritti garantiti dalla norma convenzionale<sup>17</sup>.

Una diversa conclusione, secondo la Corte di Strasburgo, risulterebbe contraria all'attuale tendenza al rafforzamento dei meccanismi di reciproca assistenza internazionale in ambito giudiziario<sup>18</sup>. L'art. 1 della Convenzione, peraltro, non può

---

<sup>13</sup> In tal senso v. A. DAMATO, P. DE PASQUALE e N. PARISI, in *Argomenti di diritto penale europeo*, cit., 6 ss..

<sup>14</sup> Corte EDU, 30 marzo 2010, *Cipriani c. Italia*; Corte EDU, 22 gennaio 2002, *Eid c. Italia*.

<sup>15</sup> Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 113; Corte EDU, 6 febbraio 2003, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, §§ 82-83; Corte EDU, 2 marzo 2010, *Al-Saadoon and Mufdhi c. Regno Unito*, § 149.

<sup>16</sup> Corte EDU, 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, § 56; Corte EDU, 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia*, § 33; Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 84.

<sup>17</sup> Su tali profili v. E. CALVANESE, *Il mandato di arresto europeo e la tutela delle garanzie fondamentali*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione – Raccolta di studi in memoria di A. Brancaccio*, Vol. VII, Giuffrè, 2013, 652 ss. .

<sup>18</sup> Corte EDU, 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, § 156.

essere interpretato come fonte di un principio generale secondo cui lo Stato contraente non sia tenuto ad estradare, se non quando abbia preventivamente verificato che le condizioni riservate alla persona interessata nello Stato richiedente siano in pieno accordo con ogni garanzia offerta dalla Convenzione<sup>19</sup>.

Occorre altresì considerare, con specifico riferimento alla procedura di consegna basata sul nuovo istituto del mandato di arresto europeo, che tale meccanismo di cooperazione è “praticamente automatico”, dal momento che un eventuale rifiuto è opponibile soltanto per ragioni stabilite dalla legge e che l’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione non procede ad un nuovo esame del mandato per verificarne la conformità con la legislazione interna. Ne consegue che non spetta allo Stato di esecuzione l’accertamento sull’equità del processo svolto o da svolgere all’estero, quando lo Stato di emissione sia parte alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e sia tenuto, pertanto, ad applicarne il quadro dei principi<sup>20</sup>.

E’ solo dinanzi alle autorità dello Stato di emissione che le doglianze inerenti all’iniquità del processo devono essere esaminate e valutate, fatta salva l’ipotesi in cui sia rappresentata la violazione di diritti inderogabili ai sensi degli artt. 2 e 3, ovvero il “flagrante diniego” dei diritti garantiti dall’art. 6 CEDU.

Il mandato di arresto europeo, infatti, non è una procedura volta a stabilire il fondamento di un’imputazione penale e ad essa, pertanto, non è in via di principio applicabile il disposto di cui all’art. 6 CEDU<sup>21</sup>.

## **9. Il “punto di equilibrio” raggiunto dalla normativa europea nella disciplina delle garanzie partecipative al giudizio contumaciale.**

Proprio attingendo ai contenuti dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, e muovendo dall’incontestabile dato di fatto delle disomogeneità rilevabili da un mero esame comparativo delle legislazioni nazionali relative ai procedimenti *in absentia*<sup>22</sup>, la decisione quadro 2009/299/GAI ha optato per una soluzione di compromesso essenzialmente volta a consentire l’efficace funzionamento dei relativi meccanismi di cooperazione giudiziaria, facendo leva su una decisa espansione delle potenzialità applicative del principio del reciproco riconoscimento.

Una soluzione, tuttavia, che mostra chiaramente dei limiti di equità, poiché se, da un lato, tende a realizzare, in via di informazione preventiva ovvero attraverso una successiva reintegrazione, una sostanziale omologazione fra i meccanismi di ripristino delle garanzie difensive violate dalla celebrazione di un giudizio contumaciale, dall’altro lato, specie nel caso in cui la garanzia fosse rappresentata dalla mera

---

<sup>19</sup> Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, § 86.

<sup>20</sup> Corte EDU, 4 maggio 2010, *Stapleton c. Irlanda*, § 26 ss. .

<sup>21</sup> Corte EDU, 7 ottobre 2008, *Monedero Angora c. Spagna*.

<sup>22</sup> Al riguardo v. S. QUATTROCOLO, voce *Contumacia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali II*, Tomo I, Giuffrè, 2010, 156 ss. .

possibilità del “ricorso all’appello”, rischierebbe di “confiscare indebitamente all’imputato un grado di merito”<sup>23</sup>.

Ciò nonostante, è indubbio che l’attuale formulazione dell’art. 4-*bis* costituisce un apprezzabile punto di equilibrio negoziale faticosamente raggiunto dalle legislazioni degli Stati membri, attraverso la composizione di istanze, se non contrapposte, senz’altro confliggenti sulle modalità attraverso cui sciogliere uno dei nodi più delicati nella complessa gestione dei meccanismi della cooperazione giudiziaria penale.

Da causa di condizionamento dell’esecuzione del m.a.e. (*ex art. 5, par. 1, della decisione quadro 2002/584/GAI*), la contumacia si è tramutata in un’ipotesi di rifiuto della consegna, costruita dal legislatore europeo in termini di mera facoltà (*ex art. 4-bis della decisione quadro 2009/2997GAI*), che tuttavia non può essere esercitata, come si è osservato sopra, in presenza di talune assicurazioni fornite dall’autorità giudiziaria richiedente in ordine al rispetto di una serie di garanzie già realizzate, ovvero da realizzare, in favore dell’imputato giudicato in contumacia<sup>24</sup>.

Si inverte, inoltre, il rapporto di interlocuzione tra le autorità giudiziarie “dialoganti”: non è più l’autorità di esecuzione a dover richiedere a quella di emissione ulteriori assicurazioni – subordinando la consegna alla possibilità per l’interessato di richiedere un nuovo giudizio – ma è quella di emissione a dover allegare al m.a.e. alcuni chiarimenti in merito alla situazione processuale pregressa e futura della persona richiesta in consegna, al fine di scongiurare l’opponibilità del rifiuto. Ne consegue che, all’interno della procedura di consegna così ridisegnata dal legislatore europeo, l’autorità di esecuzione non potrà più esercitare alcun sindacato in ordine alle modalità procedurali che hanno portato all’emissione del provvedimento di cui si richiede il riconoscimento: soltanto nell’ipotesi in cui l’autorità richiedente non assolva agli oneri informativi contemplati dalla decisione quadro 2009/299/GAI, la consegna potrà essere rifiutata<sup>25</sup>.

Si tratta, in definitiva, di un quadro di meccanismi procedurali individuati dal legislatore europeo – o in forma di garanzie *ante iudicium*, ovvero quali rimedi *post iudicium* – al fine di “stabilizzare”, sia pure ad un livello medio di tutela, le condizioni dell’effettiva conoscenza, da parte dell’imputato, della data e del luogo del processo, nonché dei rimedi volti ad evitare la celebrazione di un giudizio contumaciale connotato dalla patologica ignoranza di quei requisiti spazio-temporali.

Uno sforzo di omologazione, quello ora accennato, la cui efficacia pare ancor più apprezzabile ove si considerino le difficoltà originate sia dall’assenza di modelli procedurali uniformi nello scenario europeo, che dal problematico adeguamento alle non sempre univoche indicazioni ricavabili dalla disamina dell’elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU: se infatti, da un lato, si tende a privilegiare la celebrazione *ex novo* del processo in caso di violazione delle garanzie richieste dall’art.

---

<sup>23</sup> Sul punto v. G. FRIGO, *L’onere probatorio sulla mancata notifica inceppa la restituzione automatica dei termini*, in *Guida dir.*, 2005, n. 9, 72; F. SIRACUSANO, *cit.*, 125 ss. .

<sup>24</sup> F. SIRACUSANO, *cit.*, 125 ss. .

<sup>25</sup> In tal senso v. F. SIRACUSANO, *cit.*, 125 ss. .

6 CEDU<sup>26</sup>, dall'altro lato si ritiene talora sufficiente che l'ufficio giudiziario deliberi nuovamente, dopo aver ascoltato il contumace, sulla fondatezza in fatto e in diritto dell'accusa<sup>27</sup>, mostrando in tal modo di considerare aderenti agli *standards* europei di tutela anche quei meccanismi orientati a garantire solo il ripristino del diritto all'impugnazione.

Infine, se si riconosce, per un verso, il diritto incondizionato alla celebrazione di un nuovo giudizio per colui che è stato condannato a sua insaputa – senza che rilevi la causa, colpevole o meno dell'ignoranza<sup>28</sup> – per altro verso già la Risoluzione (75) 11 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sembrava considerare del tutto legittimo lo svolgimento di un processo in contumacia nei confronti dell'imputato non raggiunto effettivamente da una *vocatio in iudicium* perché sottrattosi volontariamente alla giustizia, così delineando un canone ermeneutico di riferimento la cui oggettività non viene tuttavia esplicitamente riconosciuta nel contenuto della decisione quadro 2009/299/GAI, il cui testo contiene solo alcune ambigue indicazioni (nel considerando n. 8) in ordine alla particolare attenzione che dovrebbe prestarsi alla diligenza posta dall'interessato nel ricevere le informazioni a lui destinate<sup>29</sup>.

#### **10. Le ragioni del “bilanciamento” operato dalla Corte di giustizia fra i diversi livelli di tutela del diritto di difesa della persona richiesta in consegna.**

Se, dunque, si muove dalla premessa che la decisione quadro 2009/299/GAI ha costituito, nella prospettiva di un deciso rafforzamento del principio del mutuo riconoscimento, il punto di approdo, sia pure temporaneo, di una delicata opera di mediazione e di sintesi tra diverse concezioni del procedimento *in absentia*, mirando a ridurre lo spazio di discrezionalità delle autorità giudiziarie di esecuzione attraverso la ridefinizione dei motivi di rifiuto opponibili alle decisioni contumaciali, ben si comprende l'inevitabilità dell'epilogo decisorio cui è pervenuta la Corte di giustizia, laddove ha ritenuto di escludere la violazione del diritto all'equo processo nelle ipotesi in cui l'imputato sia stato informato della data e del luogo del processo, ovvero sia stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine.

Un esito, quello ora indicato, cui la Corte di Lussemburgo è pervenuta interpretando le pertinenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali (artt. 47 e 48, par. 2) alla luce della omologa disposizione convenzionale (art. 6, parr. 1 e 3, CEDU), così come delimitata attraverso l'ormai risalente lavoro giurisprudenziale della Corte di Strasburgo.

Tale operazione di bilanciamento fra i diversi livelli di tutela configurabili nell'esercizio del diritto fondamentale ad un equo processo è stata condotta dalla Corte di giustizia sulla base del principio di primazia del diritto dell'Unione, inverandone

---

<sup>26</sup> Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, § 127.

<sup>27</sup> Corte EDU, 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, § 54.

<sup>28</sup> Cfr. Corte EDU, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, cit. .

<sup>29</sup> In tal senso v. la condivisibile ricostruzione di F. SIRACUSANO, *cit.*, 125 ss. .

tutte le possibili implicazioni all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso un diretto, quanto ineludibile, collegamento alle peculiarità della materia sottoposta alla sua cognizione.

Entro tale prospettiva, dunque, deve correttamente "leggersi" la pronuncia in esame, in quanto volta ad individuare un livello di protezione "intermedio", ma pacificamente condiviso nel quadro di rapporti di cooperazione tra autorità giudiziarie direttamente "dialoganti", che fanno comunque riferimento ad uno Stato di emissione – ove si esercita la potestà punitiva – e ad uno Stato di esecuzione, ove si esercita il potere coercitivo di cattura e consegna della persona richiesta, in quanto sottoposta ad indagini o condannata nell'altro Stato.

Le garanzie che fondano l'esercizio del potere punitivo statale non possono automaticamente estendersi fino a lambire le regole che guidano l'esercizio del corrispondente potere coercitivo di cattura e consegna delle persone ricercate nello Stato richiedente: a sua volta, le forme, i tempi e le modalità di esercizio di questo potere sono regolati in vista dell'adempimento di obblighi di cooperazione internazionale, come tali finalizzati ad obiettivi distinti e, dunque, con valenze e connotazioni del tutto diverse rispetto a quelle proprie dell'accertamento della responsabilità penale e dell'applicazione della sanzione nel caso concreto<sup>30</sup>.

Ne discende il carattere strumentale ed accessorio del potere coercitivo di cattura e consegna alla piena attuazione pratica del potere propriamente punitivo, dal cui ambito resta geneticamente e strutturalmente distinto, ma con il quale è obbligato a "contaminarsi" in una più ampia visione di "sistema", la cui piena integrazione non presuppone, né richiede necessariamente, un perfetto allineamento delle rispettive dimensioni di garanzia nella definizione delle procedure giudiziarie<sup>31</sup>.

L'esigenza di tutela dei diritti umani in sede estradizionale – ma il rilievo pare ancor più calzante riguardo alle caratteristiche proprie della nuova procedura di consegna basata sul m.a.e. – non può infatti spingersi fino alla necessità di un'omogeneità dell'intero assetto delle libertà civili e politiche dei due sistemi punitivi<sup>32</sup>.

Nell'affermare il principio del primato del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia ha dovuto necessariamente muoversi all'interno di questo modello di relazione, che da sempre si fonda sull'accettata ripartizione, fra gli Stati cooperanti, della titolarità delle rispettive sfere di competenza, siano esse normativamente (sulla base dei presupposti delineati dalla decisione quadro sul m.a.e.) o convenzionalmente (nel caso dei tradizionali accordi di estradizione) suddivise, con la conseguenza che i

---

<sup>30</sup> Per tali considerazioni cfr. L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, 41 ss. .

<sup>31</sup> Su tali profili v. S. BUZZELLI, *Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, cit., 86 ss. .

<sup>32</sup> Al riguardo cfr. le acute, ed ancora attuali, osservazioni di F. PALAZZO, *La pena di morte dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 371.

rispettivi requisiti di legittimazione e delimitazione giuridica non possono confondersi, ma devono integrarsi all'interno di una prospettiva più complessa ed articolata.

Dell'esigenza di rispetto di tale tradizionale quadro di principi, del resto, si sono fatte pienamente interpreti le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, quando hanno dovuto pronunciarsi sulla "compatibilità" con il nuovo sistema di consegna di una condizione ostativa prevista dalla legislazione interna – art. 18, lett. e), della l. n. 69/2005, sulla necessità della previsione di limiti massimi di carcerazione preventiva nella legislazione dello Stato di emissione – ma non contemplata nel catalogo dei motivi di rifiuto tassativamente elencati dalla decisione quadro, nonostante la sua diretta "derivazione" da un principio, anche in questo caso, di rango costituzionale (art. 13, comma 4, Cost.)<sup>33</sup>.

Significativa appare, nell'ampio percorso motivazionale tracciato da tale pronuncia della S.C., l'affermazione secondo cui *"certamente, in un contesto di cooperazione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della legalità della richiesta di consegna, e in proposito non può che convenirsi, in linea di principio, con i rilievi espressi dalla Commissione U.E., secondo cui alcuni Stati, tra cui viene menzionata l'Italia, hanno posto clausole di salvaguardia di principi costituzionali propri del loro ordinamento, mentre il Considerando n. 12 fa salvi solo i principi "comuni" di cui all'art. 6 T.U.E."*.

Sulla base di tale linea interpretativa si è inoltre precisato che non rileva, ai fini della decisione sulla consegna, il fatto che l'ordinamento dello Stato emittente presenti una serie di garanzie che possano apparire, in tesi, meno soddisfacenti di quelle dell'ordinamento richiesto, poiché ciò che conta è che siano rispettati i canoni del "giusto processo" come definiti dalle Carte sovranazionali, e in particolare quelli condensati nell'art. 6 CEDU, che sono del resto quelli cui si richiama il novellato art. 111 Cost.<sup>34</sup>.

Non è dunque necessaria, nella materia estradizionale, e più in generale nelle procedure di consegna, ivi comprese quelle basate sul nuovo istituto del mandato di arresto europeo, una situazione di uniformità nella disciplina dei diritti fondamentali, che ben possono presentare una disforme regolazione all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali, ma deve ritenersi sufficiente la salvaguardia del "nucleo essenziale", ossia del contenuto sostanziale del diritto di cui si lamenta la violazione<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Sez. un., n. 4614 del 30/01/2007, dep. 05/02/2007, *Ramoci*, in C.E.D. Cass., n. 235351.

<sup>34</sup> Sez. 6, n. 17632 del 03/05/2007, dep. 08/05/2007, *Melina*, in C.E.D. Cass., n. 237078, che ha ritenuto non violato il diritto di difesa della persona chiesta in consegna sulla base di una sentenza di condanna fondata su dichiarazioni accusatorie di un correo, che in dibattimento si era avvalso della facoltà di non rispondere, poiché non risultava che fosse stato sollecitato dall'imputato un confronto con tale fonte accusatoria.

<sup>35</sup> In tal senso, con riferimento al principio del contraddittorio nella formazione della prova, v. Sez. 6, n. 6864 del 30/01/2004, dep. 18/02/2004, *Halimi*, in C.E.D. Cass., n. 227885.

## 11. Un precedente storico: l'Accordo bilaterale Italia-Spagna del 28 novembre 2000.

Non è un caso, infine, che proprio l'Italia e la Spagna furono protagoniste, sul finire degli anni novanta, di un episodio di tensione internazionale legato alla gestione dei rapporti bilaterali in tema di estradizione e procedure contumaciali.

La Spagna, infatti, attuò un blocco delle estradizioni dei soggetti condannati in contumacia dalle autorità giudiziarie italiane, ritenendo che la disciplina allora vigente fosse contraria all'art. 3 del II Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957<sup>36</sup>.

La controversia fu ricomposta attraverso la firma di un Accordo bilaterale a Roma il 28 novembre 2000<sup>37</sup>, il cui contenuto, per certi versi, anticipava lo strumento del mandato di arresto europeo che di lì a poco sarebbe stato introdotto nell'ambito dei meccanismi del cd. "terzo pilastro" dell'U.E. .

Nel relativo "protocollo di intesa", proprio al fine di evitare ostacoli ed impedimenti che potessero dar luogo a spazi di impunità nei rispettivi territori, i due Governi concordavano modalità operative semplificate nella trasmissione delle domande di estradizione, riconoscendo, significativamente, la conformità della legislazione processuale di entrambe le Parti agli *standards* richiesti dai Trattati dell'Unione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il Trattato bilaterale, successivamente non ratificato dalle Parti contraenti, non contemplava la contumacia quale motivo di rifiuto delle richieste di esecuzione dei provvedimenti privativi della libertà personale e si basava su un meccanismo del tutto originale nella pratica dei rapporti di cooperazione giudiziaria, che prevedeva, in relazione alle materie ivi specificamente indicate, un obbligo di reciproca consegna delle persone ricercate, in forza di un provvedimento giurisdizionale che poteva essere una sentenza di condanna, ovvero un provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale emesso nella fase delle indagini preliminari.

## 12. Le implicazioni della clausola di salvaguardia posta dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

La disposizione dell'art. 53 della Carta non stabilisce regole di prevalenza gerarchica tra i diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali, ma fissa un criterio generale di esercizio del potere di bilanciamento tra due diritti (o principi, o valori) entro una prospettiva inter-ordinamentale, per risolvere le eventuali situazioni di conflitto che si producono in quelle "aree di intersezione" degli ambiti di applicazione della Carta e delle fonti "concorrenti", ossia in quelle aree comuni che ricadono sia nel

---

<sup>36</sup> Sul tema v. G. LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *Leg. pen.*, 2004, 597; S. QUATTROCOLO, voce *Contumacia (dir. proc. pen.)*, cit., 160. Sulla ricostruzione della vicenda v., inoltre, G. DALIA, *Il processo contumaciale*, in AA.VV., *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, a cura di L. KALB, Giappichelli, 2012, 485 ss. .

<sup>37</sup> Il testo dell'Accordo è pubblicato in *Documenti giustizia*, n. 6, 2000.

campo di applicazione della Carta, come definito in via di principio dall'art. 51, sia in quello delle altre fonti, così come viene definito all'interno di ciascun ordinamento<sup>38</sup>.

La su indicata disposizione, analogamente a quella delineata dall'art. 51, è strutturata in forma di limite all'applicabilità della Carta, in modo da far sì che ogni ordinamento applichi gli *standard* di tutela contemplati dalle proprie norme<sup>39</sup>.

Si riconosce, tuttavia, la difficoltà di individuare una linea di demarcazione tra le sfere di competenza dei diversi ordinamenti coinvolti, alle quali dovrebbe corrispondere uno specifico grado di protezione delle libertà secondo la *ratio* dell'art. 53.

Sembra difficile, infatti, immaginare – in una prospettiva di integrazione non orientata in senso “multidirezionale”, ma sempre e comunque a senso unico, ossia verso il maggior grado possibile di garanzia – che un sistema efficiente di tutela delle libertà possa attribuire alle scelte del singolo giudice nazionale le modalità di esercizio di un sindacato in forma diffusa, e con efficacia limitata al caso concreto, su quale catalogo di diritti, tra la Carta europea e le Costituzioni nazionali, esprima il più elevato grado di tutela di una data posizione soggettiva<sup>40</sup>.

Proprio il quadro delle tradizionali garanzie penalistiche sembra essere quello maggiormente esposto al rischio di “fluttuazioni” nell'analisi delle interrelazioni normative tra i vari livelli di tutela dei diritti fondamentali<sup>41</sup>, con conseguenze che mettono in giuoco il loro grado di vincolatività, l'intensità della protezione e la stessa struttura contenutistica che le caratterizza sul piano “domestico”.

Basti solo pensare alla “moltiplicazione” delle Carte dei diritti fondamentali, “con effetti di convergenza territoriale e divergenza contenutistica”<sup>42</sup>, ovvero alla progressiva “rimodulazione” in atto dei diversi contenuti e della stessa sostanza valoriale del tradizionale principio di legalità penale nei numerosi punti di intersezione tra la sua dimensione convenzionale, quella euro-unitaria e quella costituzionale interna<sup>43</sup>.

Si aprono, dunque, scenari estremamente problematici a fronte della emersione di un principio nel circuito “multilivello”, le cui modalità di regolazione, nonostante l'accresciuto “grado di consenso”, permettano di registrare una differente intensità di protezione, o differenti margini di estensione applicativa, con tutte le implicazioni legate all'esigenza di individuare quale debba essere, in concreto, la “configurazione” e

---

<sup>38</sup> Su tali aspetti, e sulle forme di “allocazione” del potere di bilanciamento, cfr. V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, 2008, 170 ss.

<sup>39</sup> A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2012, 74 ss. .

<sup>40</sup> Al riguardo, anche per gli ulteriori, opportuni, riferimenti bibliografici, v., ancora, A. CARDONE, *cit.*, 75.

<sup>41</sup> Su tali aspetti v. la recente ed ampia analisi di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 135 ss. .

<sup>42</sup> In tal senso v. S. MANACORDA, *cit.*, 1 ss. .

<sup>43</sup> Su tali nodi problematici cfr., da ultimo, le riflessioni di A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 25 ss. .

la quotazione preminente nel rapporto fra la dimensione europea e quella costituzionale propria di uno Stato membro<sup>44</sup>.

Il giudizio di bilanciamento si situa necessariamente in una dimensione relazionale e va esercitato secondo tecniche orientate verso l'obiettivo di un equo contemperamento delle diverse forme di tutela accordate da ciascun ordinamento ai diritti umani, situazione, questa, che va interpretata come indicativa della presenza di un'opportuna differenziazione dei gradi di tutela che circondano l'irriducibilità del nucleo essenziale di un diritto<sup>45</sup>.

E' dunque fondato il rischio di una "visione puntiforme" della tutela dei diritti fondamentali, a seconda del "livello di equilibrio" che il singolo giudice nazionale ritenga di individuare nel caso di specie, magari coinvolgendo gli stessi diritti di provenienza convenzionale e utilizzandoli come elemento di conformazione del parametro comunitario di tutela dei diritti. Un'alternativa, definita "inquietante", potrebbe essere proprio quella legata al proliferare di questioni di legittimità costituzionale in via incidentale, attraverso la prospettazione della violazione di "controlimiti" ad opera del diritto di matrice europea, in forza del richiamo alle Costituzioni nazionali operato dall'art. 53 della Carta, con una sorta di "rinvio di ritorno" che l'ordinamento dell'Unione effettuerebbe nei confronti di quelli nazionali<sup>46</sup>.

Non potrebbe ritenersi corretto, allora, il tentativo di utilizzare l'art. 53 della Carta come una sorta di "clausola di rinazionalizzazione" del sindacato sugli atti comunitari, poiché il rispetto del livello di tutela previsto dalle Costituzioni nazionali opera comunque come limite di legittimità che l'ordinamento dell'Unione pone agli atti di esercizio della propria competenza, *ex art.* 51 della Carta<sup>47</sup>.

Nel caso portato al suo esame, che involgeva l'apprezzamento di un differente grado di intensità nelle modalità di esercizio di un diritto fondamentale, la Corte di giustizia ha prudentemente stabilizzato il grado di tutela ad un livello intermedio, tenendo conto, da un lato, della specificità della materia entro cui deve collocarsi la composizione dei valori di riferimento del conflitto, e, dall'altro lato, della sostanza costituzionale del più ampio quadro di principi di diritto euro-unitario che governano, proprio in quella materia, le scelte condensate nell'adozione di atti di diritto derivato

---

<sup>44</sup> Al riguardo cfr. le considerazioni in senso problematico sviluppate da V. MANES, *cit.*, 147 ss. .

<sup>45</sup> J. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 179 ss.. Sugli effetti della sistematica e crescente promiscuità nelle competenze decisionali dei vari giudici (ordinari, costituzionali ed europei) coinvolti in un sistema "a rete", e sulle connesse questioni problematiche legate ai giudizi "incrociati" di legittimità comunitaria delle norme nazionali, e di legittimità costituzionale e convenzionale delle norme comunitarie, v. la recente analisi di C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012, 55 ss., secondo cui la "possibilità di incoerenze è così intrinseca al sistema a rete da costituirne non solo il tratto caratteristico, ma anche....il suo grande punto di forza".

<sup>46</sup> In tal senso v. i rilievi di E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2011, n. 1, 10 ss. .

<sup>47</sup> E. GIANFRANCESCO, *cit.*, 11.

comunque “conformati” alle indicazioni desumibili dalla tavola dei diritti garantiti dalla CEDU<sup>48</sup>.

La Corte, dunque, non ha sancito un arretramento di garanzie, né ha escluso, in linea generale, il riconoscimento del principio del più elevato livello di tutela ai sensi dell’art. 53 della Carta<sup>49</sup>, ma ha individuato un punto di equilibrio ordinamentale, ispirandosi a quei principi elastici di “compatibilità sistemica” e di ponderata “geometria variabile” che rispondono perfettamente all’idea di “unione nella diversità” posta alla base del costituzionalismo europeo<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> A tale riguardo, per una diversa impostazione, v. i rilievi di S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *cit.*, 5 ss., secondo cui anche quando “lo 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”.

<sup>49</sup> Sul punto, v. le condivisibili osservazioni di R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un’occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, *cit.*, 10 ss. (del dattiloscritto).

<sup>50</sup> Così V. SCIARABBA, *cit.*, 179.