DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL DIRITTO AL DIFENSORE NEI PROCEDIMENTI DI ESECUZIONE DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO NELLA DIRETTIVA 2013/48/UE: OSSERVAZIONI GENERALI E ASPETTI PROBLEMATICI

di Giuseppe Centamore

Abstract. *La direttiva 2013/48/UE fissa gli standard minimi sul diritto all'assistenza del difensore, tanto nei processi penali quanto nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo. Si tratta di un traguardo importante, ma al contempo ambizioso, coinvolgendo direttamente i limiti e la portata del principio del mutuo riconoscimento: in questo senso, il diritto al difensore nell'ambito delle procedure passive di consegna costituisce terreno di riflessione utile, dal momento che conduce direttamente a chiedersi se il rispetto delle garanzie nella procedura "servente" (procedimento di esecuzione dell'euromandato) abbia concrete ricadute o meno all'interno di quella "principale" (procedimento penale) e, in caso di risposta positiva, quali rimedi siano eventualmente prospettabili in ipotesi di violazione.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Verso un processo penale europeo? – 3. L'essenzialità del diritto al difensore (in generale). – Segue: 4. La centralità della Direttiva nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo. – 5. Le possibili restrizioni della garanzia. – 6. Alcuni "nodi". Il problema dell'interrelazione fra procedura "principale" e procedura "servente". – 7. Il diritto all'assistenza difensiva nello Stato di esecuzione. – Segue: 8. Il diritto al difensore nello Stato di emissione del mandato di arresto. – Segue: 9. Il problema della rinuncia all'assistenza difensiva: un possibile ostacolo al mutuo riconoscimento. – 10. Una possibile via di uscita: i mezzi di ricorso *ex* art. 12. – 11. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive.

Un altro importante passo viene compiuto a livello europeo nel rafforzamento delle garanzie nel processo penale: l'approvazione della Direttiva 2013/48/UE[1].

1 Per osservazioni generali sul contenuto della Direttiva 2103/48/UE (relativa al diritto di avvalersi di un difensore, ovvero di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e di comunicare con terzi e le autorità consolari), si rinvia ai contributi di SYMEONIDOU – KASTANIDOU, *The Right to a Lawyer in Criminal Proceedings. The Transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2015; ANAGNOSTOPOULOS, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *EuCLR*, 2014; AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali degli indagati o imputati nei procedimenti penali: la Direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Legisl. Pen.*, 2014, pagg. 40 ss.; CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Proceedings*, in *Eucrim*, 2014, pagg. 32 ss.; BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE*

Editore Luca Santa Maria | Direttore Responsabile Francesco Viganò (cc) BY-NC-ND 2010-2015 Diritto Penale Contemporaneo

In questa sede, ci si occuperà del diritto di accesso al difensore, in particolare nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

La nuova fonte si inserisce – come noto – all'interno della «Tabella di marcia» predisposta con la Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea in data 30 gennaio 2009[2], che indica una sequela programmatica – in un ordine cronologico che non è inderogabile – di interventi normativi, volti ad assicurare il rispetto delle garanzie fondamentali nell'ambito dei procedimenti penali. Invero, se l'attuazione del programma si risolve (quasi sempre) nell'affermazione di garanzie che in linea astratta sono universalmente protette, uno sguardo approfondito dimostra sensibili divergenze fra le legislazioni nazionali circa il contenuto concreto delle medesime[3].

Si tratta, quindi, di un (essenziale) tassello di un ampio mosaico, che verrà composto all'esito della definitiva attuazione della Tabella predetta: chiaro, in tal senso, il tenore del Considerando 9, secondo cui la Tabella «è concepita per operare come uno strumento globale, i cui benefici si percepiranno appieno soltanto quando tutte le sue componenti saranno attuate»[4].

L'intervento normativo in esame – come si cercherà di illustrare – appare di fondamentale rilevanza, pur aprendo inediti scenari problematici.

Nel quadro dei procedimenti penali nazionali, la garanzia del difensore appartiene al novero di quei minimi ed universali capisaldi di civiltà giuridica; diversamente, nel momento in cui viene affermata vigorosamente anche con riferimento al procedimento di esecuzione dell'euromandato, il legislatore europeo sembra suggerire qualcosa in più: essa indica i presupposti della stessa cooperazione giudiziaria, ponendo le premesse indispensabili per il successivo riconoscimento delle decisioni finali.

Ma non è tutto. L'evidente interrelazione fra la procedura "a monte" (ovvero: il procedimento – penale o di esecuzione della pena – in seno al quale viene emesso il mandato di arresto europeo) e quella "a valle" (di esecuzione dell'euromandato) pone interessanti spunti di riflessione: da una parte, con specifico riferimento al livello di tutela, apprestato dall'atto legislativo europeo, alla garanzia del difensore; dall'altra, riguardo alla possibile incidenza che la violazione della medesima, commessa nell'ambito di una procedura interna, esplicherebbe su quella deputata all'esecuzione del mandato.

Due, pertanto, saranno le direttrici seguite nel presente lavoro.

---

sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale, in *questa Rivista*, 29 novembre 2013.

[2] V. in tal senso la Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativa alla "Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali", in G.U.U.E., C-295, 4 dicembre 2009, pagg. 1-3, che a sua volta muove dal Consiglio di Tampere del 1999.

[3] Così, SPRONKEN, *EU Policy to Guarantee Procedural Rights in Criminal Proceedings: An Analysis of the first Step and a Plea for a Holistic Approach*, in *European Criminal Law Review*, 2011, pag. 227.

[4] La Direttiva è, dunque, il terzo strumento normativo che va ad aggiungersi: alla Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

Preliminarmente, si analizzerà il contenuto del provvedimento normativo, misurandone la portata attraverso la "lente" del mutuo riconoscimento.

Si passerà, dunque, ad analizzare l'incidenza della garanzia in oggetto, avuto riguardo al rapporto che sussiste fra le procedure coinvolte nell'ambito del mandato d'arresto. Il fine ultimo perseguito è quello di verificare se detto rapporto si risolva in un nesso di vera e propria "interdipendenza", tale da ricreare uno scenario in seno al quale il rispetto della garanzia, all'intero di una procedura, condizioni le sorti dell'altra.

2. Verso un processo penale europeo?

Occorre innanzitutto soffermarsi su un aspetto preliminare: l'uso della direttiva quale fonte normativa adottata al fine di intervenire sulle garanzie fondamentali nei processi penali. L'introduzione del Trattato di Lisbona ha ampliato il potere legislativo dell'Unione: allo scopo di promuovere la cooperazione giudiziaria in materia penale, e di facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, si prevede la possibilità di apportare norme minime, mediante la procedura legislativa ordinaria, relative ai diritti della persona nei procedimenti penali (art. 82 par. 2 lett. *b)* TFUE)[5].

Ciò ha importanti conseguenze.

In primo luogo: tali fonti soggiacciono al controllo della Corte di Giustizia[6]. Ancora: ogni direttiva – come noto – impone un termine di recepimento per il legislatore nazionale (27 novembre 2016, nel caso di specie), decorso inutilmente il quale, il giudice nazionale potrà applicarne direttamente le disposizioni, in quanto sufficientemente precise e incondizionate, disapplicando quelle di diritto interno in ipotesi di contrasto[7].

Il substrato ideologico è presto detto: lo spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia presuppone un'azione comune in ambito giudiziario che, secondo l'art. 82 T.F.U.E., si impernia sul principio di riconoscimento reciproco.

D'altra parte, tale principio «può realizzarsi efficacemente soltanto in uno spirito di fiducia, nel quale non solo le autorità giudiziarie ma tutti i soggetti coinvolti nel

---

[5] Come è stato correttamente posto in luce, il mutuo riconoscimento si lega intimamente con la necessaria a*rmonizzazione* delle legislazioni degli Stati membri; anzi, quest'ultima si pone come il presupposto del primo, se non addirittura la soluzione al problema del reciproco affidamento che ciascuno Stato ripone nell'altro. Così, OBERG, *Subsidiarity and EU Procedural Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2015, pag. 2; WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation Within the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, pag. 164.

[6] In sostanza, l'area delle garanzie procedurali, tradizionalmente arroccata nella sovranità nazionale degli Stati membri, diviene materia "propria" dell'ordinamento sovranazionale, che ne presidia l'osservanza attraverso il controllo di legittimità davanti alla Corte di Giustizia.

[7] RUGGIERI, *Le garanzie per le persone coinvolte nei processi penali transnazionali*, intervento tenuto in occasione del Convegno di Studi *L'Europa e i diritti: che cosa ha fatto l'Unione europea e che cosa resta da fare. Le sfide della Presidenza italiana,* Roma, 31 maggio 214. Meccanismo, quello in commento, ormai recepito nella prassi giurisdizionale domestica, e ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia (v. esemplificativamente: C. giust. UE, sent. 19 giugno 1990, *Factortame*, causa C-213/89.

procedimento penale considerano le decisioni giudiziarie degli altri Stati membri equivalenti alle proprie» (Considerando 6).

Si tratta (come è facile intuire) di un obiettivo ambizioso, che lascia intravedere sullo sfondo l'idea di un circuito (se non "unico", quanto meno) integrato, che – probabilmente – si pone come condizione irrinunciabile per costruire un processo penale "europeo"[8].

Guardando il quadro da una prospettiva più ampia, sul piano di un effettivo contrasto a fenomeni criminosi transnazionali (ovvero, che aggrediscono direttamente gli interessi dell'Unione), si manifesta in primo luogo la necessità di uniformare alcune disposizioni sul piano penale, sostanziale e processuale. Tuttavia, la riluttanza degli Stati a cedere quote di sovranità in un ambito tradizionalmente sottoposto al loro stretto controllo, induce alla elaborazione del sistema del mutuo riconoscimento[9]. Quest'ultimo, però, ha bisogno dell'istituzione di un nucleo comune di garanzie formali, in modo da assicurare una tutela equivalente di alcune prerogative fondamentali di chi sia sottoposto a processo. Di qui, la necessità di avvalersi delle direttive, strumento dalla forte capacità penetrativa all'interno degli ordinamenti nazionali, dal momento che, «sebbene gli Stati membri siano firmatari della CEDU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'esperienza ha dimostrato che questa sola circostanza non sempre assicura che ciascuno di essi abbia un grado sufficiente di fiducia nei sistemi di giustizia penale degli altri Stati membri» (Considerando 5)[10].

3. L'essenzialità del diritto al difensore (in generale).

La direttiva in commento, come visto, costituiva un passaggio ineludibile nell'attuazione del "programma" ricavabile dall'art. 82 par. 2 TFUE.

Senza spendere troppe parole sul punto: l'assistenza del difensore è condizione indefettibile di equità del procedimento[11], la cui essenzialità non si apprezza certo soltanto a livello europeo, rivelandosi piuttosto come un sedimentato principio[12].

---

[8] Espressione mutuata da RUGGIERI, *Le garanzie,* cit., pag. 2.

[9] V. sempre RUGGIERI, *Le garanzie,* cit., pag. 3.

[10] Pur non essendo questa la sede per addentrarsi in un terreno tanto complesso, va comunque evidenziato che non mancano le voci di chi, sulla base di un'analisi del principio di s*ussidiarietà* che informa la legislazione europea, contesta la legittimità dell'intervento dell'Unione in tema di garanzie processuali, giungendo a metterne in discussione la stessa opportunità, il presunto "valore aggiunto" che si apporterebbe (OBERG, *Subsidiarity and EU*, cit., pp. 27 ss.); al contrario, si dovrebbe concludere che – proprio in nome della sussidiarietà – spetterebbe agli Stati membri intervenire sulla materia in oggetto.

[11] A mero titolo esemplificativo, nella vasta giurisprudenza elaborata sul punto, si citerà: Corte eur. dir. um., 2 marzo 2010, *Adamkiewicz c. Polonia*, par. 82; 13 ottobre 2009, *Dayanan c. Turchia*, par. 30; *Grande Chambre*, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, par. 51.

[12] Il diritto degli accusati *"to call upon the assistance of a lawyer of their choice to protect and establish their rights and to defend them in all stages of criminal proceedings"* è esplicitamente sancito nei *Basic Principles on the Role of Lawyers,* documento adottato in occasione dell'Ottavo Congresso della Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e sul Trattamento degli accusati" (Havana, 27 agosto – 7 settembre 1990, UN Doc A/CONF.144/28/Rev.1 at 118 (1990), § 1.

Stabilito l'oggetto (norme minime in tema di assistenza difensiva), il legislatore europeo si premura di delimitarne il campo di applicazione.

Nell'ambito del procedimento penale (art. 2), il diritto sorge al momento stesso in cui il soggetto interessato sia in qualunque modo informato dalle autorità di un'accusa a suo carico: l'operatività della garanzia, dunque, scatta con la conoscenza dell'accusa da parte dell'interessato. Nozione, per inciso, attesa l'ubiquità applicativa del diritto disciplinato, da intendersi nel senso materiale di addebito penale a carico di taluno, secondo le linee ermeneutiche tracciate nell'ambito della C.e.d.u.[13]

La garanzia opera fino all'esaurimento della procedura (ivi comprese, quindi, le fasi di impugnazione); ciò – come è espressamente sancito – indipendentemente dal fatto che l'imputato sia privato della libertà personale (par. 1).

Lo stesso diritto, *mutatis mutandis*, spetta alle persone coinvolte nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: precisamente, la garanzia scatta al momento della privazione della libertà personale (art. 2, par. 2). Diversamente dal paragrafo precedente, la norma qui non sancisce espressamente l'estensione della prerogativa all'intero arco della procedura; quindi, non ne è esplicitata l'operatività anche alle eventuali fasi di impugnazione. Non pare, tuttavia, che la lacuna ponga particolari problemi, potendo essere colmata con un semplice sforzo interpretativo, teso ad estendere il diritto in questione alla complessiva procedura (ivi comprese quindi le fasi devolutive).

Il paragrafo terzo attribuisce il diritto anche a coloro che, in sede di interrogatorio, acquisiscano la qualità di indagati o imputati a seguito dell'emersione di indizi a loro carico; previsione di indubbio rilievo garantistico, ma che nulla dispone intorno alle conseguenze sul piano processuale delle dichiarazioni rese antecedentemente all'emersione degli elementi *contra se*. Nessun problema si pone, comunque, con riferimento al sistema italiano: l'art. 63 c.p.p. costituisce già un efficace presidio al riguardo, oltre che inderogabile, in forza della clausola di non regressione prevista dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[14].

---

[13] Corte eur. dir. um., *Grande Chambre*, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, par. 82; 28 ottobre 1999, *Escoubet c. Belgio*, par. 33; 2 settembre 1998, *Lauko c. Repubblica Slovacca*, parr. 56-58; 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, par. 50; 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, parr. 82-83. Si veda in tema, MASSIAS, *Le champ penal européen selon la Convention européenne des droits de l'homme: interpretation autonome et applicabilitè des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droit de l'homme*, in *Melanges à Ottenhof*, Dalloz, 2006, pag. 89; TAGARAS, *La notion d'accusation en matière penale et les droits de l'accusè*, in *Le procès èquitable et la protection juridictionelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pag. 43; UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, I, pp. 21 ss.; CHENAL, Commento all'art. 6, in BARTOLE – DE SENA – ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per i Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012, pagg. 185 ss.

[14] Anche il principio in oggetto appartiene, come noto, al "novero di quei minimi ed irrinunciabili capisaldi di civiltà giuridica" europea; tanto che, per fornire un adeguato esempio, esso è recepito quale regola operativa inderogabile nell'ambito delle indagini svolte dall'Ufficio europeo anti-frode (OLAF): v. art. 9, *Regulation (EU, EURATOM) No. 883/13 of the European Parliament and of the Council of 11 September 2013 concerning investigations conducted by the European Anti-Fraud Office (OLAF) and repealing Regulation (EC) No 1073/1999 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (Euratom) No 1074/1999*. In tema, si veda il contributo di LASAGNI, *Cooperazione amministrativa e circolazione probatoria nelle frodi doganali e fiscali. Il ruolo dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) alla luce della direttiva OEI e del progetto EPPO*, in *questa*

Si prevede, altresì, che in ipotesi di reati di minore gravità, la Direttiva trovi applicazione anche ove l'ordinamento interno preveda l'irrogazione di una sanzione da parte di un'autorità diversa dalla giurisdizione penale, quando il provvedimento possa essere impugnato in sede penale o "la questione sia altrimenti a quella sede deferita"; ciò vale tuttavia limitatamente alla fase del procedimento che si svolge dinanzi alla giurisdizione penale.

Relativamente a questo passaggio, vengono necessariamente in rilievo i possibili influssi provenienti dalla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (come noto tesa ad estendere i diritti sanciti dall'art. 6 C.e.d.u. anche a quei procedimenti che, pur non formalmente "penali", di fatto siano qualificabili come tali[15]). Invero, proprio detti percorsi interpretativi pongono un quesito. Si premette che, con riguardo al sistema italiano, il problema si pone specificamente in ordine al "deferimento della questione alla giurisdizione penale", giacché l'ordinamento interno non prevede ipotesi di impugnazione dinanzi alla medesima di provvedimenti emessi in altra sede. Orbene, nell'ipotesi richiamata: da quale momento esattamente sorge il diritto al difensore? La Direttiva non fornisce risposta.

Ad uno sguardo attento, ci si rende conto che la problematicità della previsione si ravvisa probabilmente nella sua incoerenza rispetto al crescente espandersi della "sostanzialità" dell'area penale[16].

Le impostazioni ermeneutiche adottate dalla Corte dei diritti umani, infatti, mostrano un'inequivoca direzione: il progressivo ampliamento delle ipotesi in cui una previsione normativa, benché formalmente non rientrante nella materia penale, debba comunque esservi ricondotta per le sue caratteristiche afflittive e deterrenti, così da implicare, quale conseguenza, l'operatività, nella procedura che ne deriva, le garanzie previste dall'art. 6 C.e.d.u. Se così è, la disposizione in esame parrebbe "arretrata" di

---

Rivista, 23 settembre 2015. A tal fine, però, è bene dar conto di quanto emerge dalle linee ermeneutiche della giurisprudenza europea. In particolare, si richiama CGUE, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni: vero è che, in linea di principio, l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali consente agli Stati di membri di innalzare, attraverso disposizioni di diritto interno, il livello di tutela dei diritti fondamentali già sancito a livello europeo; ciò, tuttavia, non può avere l'effetto – sempre per la Corte di Giustizia – di paralizzare la cooperazione giudiziaria fra gli Stati che, per l'appunto, rimane interesse preminente, in coerenza con il primato del diritto europeo su quello nazionale. Tanto si illustra al fine di porre in luce che, in ogni caso, le previsioni nazionali di segno garantistico, per quanto "sopraelevate" – sotto il profilo del grado di protezione dei diritti fondamentali – rispetto alla normativa europea, non possono risolversi in un ostacolo all'attuazione degli interessi dell'Unione: ciò implicherebbe, di conseguenza, che una qualsiasi previsione di diritto interno, in quanto posta a presidio di un diritto essenziale della difesa, debba comunque conformarsi al *test* (per dir così) di "compatibilità europea", cercando quindi di contemperare il rispetto delle garanzie con il perseguimento dei fini sanciti dai Trattati.

[15] Corte eur. dir. um., *Grande Chambre*, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. Il ragionamento in oggetto, che riprende le linee tracciate dalla Corte europea dei diritti umani, ha iniziato – così pare – a far breccia anche nella giurisprudenza italiana, sfociando in interessanti applicazioni pratiche. A titolo esemplificativo, si veda Trib. Brindisi, sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, giud. Biondi, con nota di DI BITONTO, *Una singolare applicazione pratica dell'art. 649 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pag. 441 ss.

[16] V. nota precedente. Con riferimento ai criteri fondamentali che costituiscono le linee-guida per l'interprete (appartenenza delle norme giuridiche violate al sistema penale; natura dell'illecito; grado di severità della sanzione prevista): Corte eur. dir. um., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

fronte agli scenari provenienti da Strasburgo. Forse, recependo tali orientamenti, il legislatore europeo avrebbe potuto compiere un ulteriore passo in avanti: sancire la guarentigia del difensore anche in quei procedimenti che nella sostanza siano da considerare "penali", o quantomeno afferenti al diritto punitivo in senso lato, così da incrementare lo *standard* di tutela offerto.

Segue: 4. La centralità della Direttiva nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

Punto nevralgico di riflessione, a questo punto, sarà quello dell'assistenza del difensore con specifico riguardo al procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo. In sostanza: la Direttiva apporta veramente un *novum* apprezzabile in materia?

La risposta affermativa sembra imporsi per una duplice ragione: procedimenti penali e procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo, pur nella loro eterogeneità, condividono la diretta compromissione della libertà personale. Non solo: sotto un profilo strettamente pratico, è chiara la funzione "servente" del secondo rispetto al primo. Se così è, la disciplina congiunta era obbligata.

In questo senso, è importante fare un'osservazione.

Come correttamente posto in risalto, in via generale la Direttiva 2013/48/UE rappresenta il pieno recepimento all'interno dell'Unione europea di un coacervo di principi maturati ed elaborati nell'ambito della Convenzione europea dei diritti umani dalla Corte di Strasburgo; più efficacemente, si osserva a tal proposito che: «*The Roadmap on procedural rights aims not only to endure full implementation and respect of the standards set out in the ECHR and to improve uniformity of their application but also to expand existing standards where necessary […] The Draft Directive on the right of access to a lawyer presented by the European Commission was ambitious: based on the case law of the ECtHR, it included a clear set of rules regulating essential aspects of this right, establishing common minimum standards for all member States*››[17]

Molto sinteticamente: sul punto in commento, la Direttiva recepisce la ben nota "dottrina Salduz", in quella parte in cui si afferma che «*in order for the right to a fair trial to remain sufficiently 'practical and effective' Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of the suspect by the police*››[18].

Lo stesso non potrebbe però dirsi in ordine al procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

La posizione tradizionalmente espressa, qui, dalla Corte dei diritti umani è ben diversa: «*extradition proceedings in the requested State do not fall, as a rule, under Article 6 of the Convention, because they are limited to the surrender of a person to the requesting State where he will face criminal charges*››[19].

---

[17] ANAGNOSTOPOULOS, *The Right of Access to a Lawyer*, cit., p. 7.

[18] Corte eur. dir. um., *Grande Chambre*, 27 novembre 2008, *Salduz* v. Turchia.

[19] ANAGNOSTOPOULOS, *The right of access to a Lawyer*, cit., pag. 17.

E ciò sorprende, se ci si sofferma sul nesso che intercorre fra le due procedure.

D'altra parte, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce all'art. 47 par. 2 che ogni persona ha il diritto di farsi consigliare, difendere, rappresentare. Nessuna distinzione, quindi, fra procedimenti penali e procedimenti relativi al mandato di arresto europeo: è un complesso di garanzie – si direbbe – che va incondizionatamente osservato[20].

Pare registrarsi qui, dunque, uno iato fra il sistema convenzionale e quello dell'Unione europea, dove il secondo procede ad un ampliamento di tutela; circostanza singolare, atteso che: i principi convenzionali normalmente fondano il terreno su cui l'Unione edifica i propri progetti.

5. Le possibili restrizioni della garanzia.

Un punto sicuramente degno di nota è costituito dalla disciplina dei casi di restrizione del diritto al difensore.

La Direttiva prevede la possibilità di derogare, in via temporanea, alla garanzia ivi stabilita; tuttavia: solo limitatamente ai procedimenti penali.

L'art. 3, paragrafi 5 e 6, circoscrive le ipotesi: in ogni caso, limitate alla fase che precede il processo. Contestualizzando il discorso all'interno del sistema italiano, la deroga opererebbe esclusivamente nelle indagini preliminari[21]. Un nucleo comune, logicamente, caratterizza i casi di restrizione: l'urgenza di procedere e il grave nocumento che deriverebbe dall'assicurare la garanzia in commento. I parametri che l'ordinamento interno sarà dunque tenuto ad osservare sono stabiliti dall'art. 8. La deroga deve essere proporzionata[22], e rigorosamente circoscritta nel tempo: non parrebbero quindi ammissibili eccezioni senza una durata predeterminata o, comunque,

---

[20] Anche in questo caso, però, vanno tenute ben presenti le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia – sopra richiamate, v. nt. 16 – nel "caso Melloni": pur essendo in linea di principio affermato come garanzia fondamentale, che (così parrebbe, a prima lettura) andrebbe incondizionatamente assicurato, il diritto al difensore deve necessariamente confrontarsi con l'esigenza (primaria, sempre secondo la Corte di Giustizia) di non frapporre indebiti ostacoli alla cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri. Per osservazioni sul punto, si vedano (fra gli altri): MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. Giust.*, 2014, fasc. 3, pagg. 1 ss.

[21] In coerenza con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani (v. sopra); forse, addirittura, adduce un livello di tutela più avanzato, giacché la garanzia dell'assistenza tecnica può soffrire limitazioni, purché temporanee, eccezionali, e non pregiudicanti la generale *trial fairness*.

[22] La proporzionalità, come noto, è per sua natura principio malleabile; ma pare plausibile che, ritenuta la necessità di non intaccare una sorta di nucleo ineliminabile di diritti difensivi, l'interprete si orienterà verso la logica del *sacrificio minimo*; trasponendo il ragionamento sempre al diritto interno, potrebbe assumere come termine di riferimento i parametri dell'art. 275 comma 2 c.p.p.: la gravità del fatto (che, comunque, non può costituire l'unica circostanza che giustifichi la deroga) e l'entità della pena che potrebbe essere irrogata, in uno con l'entità dei pregiudizi che deriverebbero all'efficacia delle indagini. Sul tema della proporzionalità, v. ampiamente M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3-4/2014, pagg. 143 ss.

suscettibili di un prolungamento indefinito; analogamente, non dovrebbero ammettersi eventuali meccanismi che, pur prevedendo in linea di principio dei termini, di fatto ne consentano proroghe indefinite mediante valutazioni dell'autorità eccessivamente discrezionali.

Le limitazioni del diritto all'assistenza del difensore varrebbero – così si arguisce dalla lettura del testo normativo – solo riguardo al procedimento penale; nessun richiamo o riferimento è operato al procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, in seno al quale pertanto – così parrebbe di capire – non si ammetterebbe nessuna ipotesi restrittiva. D'altronde, la ragione è evidente, considerato che l'operatività del diritto scatterebbe qui al momento dell'arresto, e che la strettezza dei tempi che caratterizza la procedura passiva di consegna non consentirebbe, materialmente, alcuna limitazione, se non a prezzo di un intollerabile sacrificio del diritto di difesa.

Al più, sarà interessante attenderne gli sviluppi nella prassi giudiziaria; in sintesi: se, come sembrerebbe a prima lettura, l'impossibilità di negare il diritto al difensore nel procedimento di esecuzione dell'euromandato sia totalmente inflessibile o se, al contrario, soggiaccia comunque alla dottrina c.d. dei "controlimiti" elaborata dalla giurisprudenza europea[23].

6. Alcuni "nodi". Il problema dell'interrelazione fra procedura "principale" e procedura "servente".

Passiamo adesso all'analisi di talune problematiche che emergono dalla lettura del testo normativo.

Un interrogativo preliminare anticiperà le riflessioni che seguiranno: è possibile e – in caso di risposta positiva – in che misura si può concepire un rapporto fra la procedura "servente" (ovvero: la procedura passiva di consegna) e quella "principale" (il procedimento penale, ovvero quello di esecuzione della pena)? In sostanza (cercando di riassumere il nucleo del problema): se la violazione della garanzia del diritto al difensore, verificatasi nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato, abbia delle ricadute in seno al procedimento (penale o di esecuzione della pena) in funzione del quale sia stato emesso.

Un punto deve rimanere fermo: si tratta di una problematica diversa rispetto all'intimo legame che intercorre fra il mandato d'arresto e il provvedimento "a monte" (titolo cautelare o esecutivo). Tale ultimo nesso, oltre a concretizzarsi nel rapporto fra due decisioni giudiziarie (e non, più in generale, fra due percorsi processuali, che costituisce invece il terreno presente di riflessione), è intrinseco al sistema, essendo indubbio che l'euromandato origina e produce i propri effetti fintantoché perduri il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria nazionale da cui esso trae origine. Esemplificazione di quanto appena detto è (per quanto riguarda la legge di recepimento

[23] V. *retro:* nt. 16 e 25.

italiana del mandato di arresto) l'art. 31: nel disporre la caducazione del mandato in caso di annullamento, revoca o di sopravvenuta inefficacia del titolo cautelare a monte, sta alla base di un vero e proprio "principio di non autonomia del mandato rispetto al provvedimento interno"[24], apertamente funzionale al *favor libertatis*. Disposizione – per inciso – che, nonostante il tenore letterale, non dovrebbe essere limitata al solo mandato d'arresto "processuale", ma analogicamente applicabile anche a quello "esecutivo"[25].

Insomma: è la stessa richiesta di cooperazione – proveniente dallo Stato emittente – che viene a perdere la propria ragion d'essere.

Diversamente, traslando il ragionamento sul terreno del rapporto fra procedimento di esecuzione del mandato e procedimento penale *a quo*, ricostruire una relazione di dipendenza fra la procedura passiva e quella "principale" nello Stato richiedente è opera ben più complessa.

Si incontra subito un ostacolo, costituito dai principi di sistema.

Un'impostazione che ricollegasse ad una violazione, realizzata nell'ambito della procedura di consegna, effetti caducatori (o, in senso lato, invalidanti) nel procedimento penale "a monte", si porrebbe in grave tensione con il principio del mutuo riconoscimento e la logica della cooperazione fra gli Stati.

Ove ciò non bastasse, ammettendo l'operatività di un simile meccanismo, si finirebbe per assegnare al procedimento *a quo*, conseguente alla consegna, una funzione del tutto estranea al quadro vigente: di "impugnazione" o, più in generale, di rimedio dei vizi verificatisi nella procedura di esecuzione.

Segue: 7. Il diritto all'assistenza difensiva nello Stato di esecuzione.

Come già detto sopra, il diritto all'assistenza difensiva, riconosciuto alla persona sottoposta al procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo (art. 10), sorge al momento dell'arresto eseguito in conformità del mandato (par. 1).

Le cadenze applicative, per come declinate dalla Direttiva, non paiono apportare novità di rilievo a quanto già ravvisabile nella prassi e nelle normative nazionali esistenti. È un principio "recepito" quello secondo il quale sin dal primo momento della privazione della libertà personale, occorre riconoscere il diritto all'assistenza tecnica. In tal senso, quindi, la Direttiva consolida e ribadisce quanto già ampiamente sedimentato in sede applicativa.

---

[24] CALVANESE – DE AMICIS, *Il nodo delle condanne in contumacia*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 19, pag. 110. Disposizione, peraltro, da taluni ritenuta addirittura superflua: MARCHETTI, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pag. 962.

[25] Su tale possibilità, v. CHELO, *Il mandato di arresto*, cit., pag. 363. E in effetti, si può formulare un'ipotesi con riferimento alla materia degli stupefacenti: in sede di rideterminazione della pena nella fase esecutiva (art. 670 c.p.p.), a seguito del sopravvenuto mutamento delle cornici edittali, la pena risultante potrebbe esulare dai limiti di legge per cui può essere emesso il mandato di arresto europeo, e dunque comportarne la perdita di efficacia.

Al più, si potrebbe ragionare sulle eventuali conseguenze derivanti dal mancato riconoscimento.

Il testo normativo tace sul punto. L'unica previsione di una qualche utilità, in proposito, è costituita dall'art. 12, il quale, in linea generale, si limita ad affermare che sarà obbligo degli Stati membri predisporre effettivi mezzi di ricorso per la tutela dei diritti riconosciuti dalla direttiva.

Più problematico, invece, è il discorso ove si sposti lo sguardo su un altro versante.

In sostanza, ci si domanda se la violazione, verificatasi in seno al procedimento di esecuzione del mandato di arresto, possa avere concrete ricadute all'interno del procedimento "a monte" nello Stato di emissione.

Le soluzioni sul tappeto, astrattamente, potrebbero essere diverse.

Sarebbe chiaramente irrealistico ipotizzare l'invalidità dell'ordinanza cautelare che dia impulso all'emissione del mandato di arresto (diversamente, in caso di mandato di arresto "esecutivo", l'ineseguibilità della pena). Vi osta la basilare ed intuitiva esigenza di mantenere distinte due procedure che, per quanto interrelate, corrono su due binari differenti e che, fatte salve eccezionali previsioni normative, non tollerano interferenze di sorta.

In senso contrario, si potrebbe sostenere – e (forse) non del tutto a torto – che l'assenza del difensore, nella procedura passiva di consegna, si risolva in un grave pregiudizio a carico dell'interessato, ovvero l'impossibilità di vagliare la legittimità dell'arresto operato nello Stato di esecuzione; con la conseguenza che, non essendo stata offerta al prevenuto un'adeguata occasione di tutela, l'arresto medesimo e la successiva consegna dovrebbero ritenersi illegittimi.

Impostazione suggestiva, ma che non convince: oltre ad essere arduo (o, nella migliore delle ipotesi, troppo prematuro) immaginare un sistema giudiziario "unico", che preveda l'irradiazione di effetti caducatori ad un livello transnazionale, tale ricostruzione porterebbe inevitabilmente a concepire, a sua volta, il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto come un'impugnazione del provvedimento "a monte".

Non c'è dubbio: per espresso dettato della Direttiva, il diritto al difensore nella procedura summenzionata è finalizzato a garantire alle persone ricercate l'effettivo esercizio delle prerogative riconosciute nella Decisione quadro 2002/584/GAI; quindi, seppure in via eccezionale e secondo gli stretti limiti tracciati dal legislatore europeo, a dedurre le violazioni, poste in essere in seno allo Stato di emissione, che siano ostative all'esecuzione del mandato. Ma è altrettanto vero che, ragionando nei termini sopra esposti, si finirebbe per collidere con i principi di sistema: così congegnata, l'impostazione certamente si porrebbe in evidente contrasto con il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Insomma: se, da una parte, si afferma con vigore la garanzia del difensore, dall'altra, le conseguenze derivanti dalla possibile inosservanza rimangono esclusivamente confinate alla procedura di consegna.

Ed è difficile, altresì, non scorgere nel testo normativo una netta contrapposizione: da un lato, vi è il mutuo riconoscimento che, lungi dal collocarsi nella

dimensione di garanzia soggettiva, soccorre ad esigenze di natura oggettiva quali la repressione degli illeciti e la più proficua collaborazione giudiziaria fra gli Stati membri; dall'altro, si pone il dovere di assicurare in modo effettivo l'attuazione di una garanzia fondamentale.

Segue: 8. Il diritto al difensore nello Stato di emissione del mandato di arresto.

A tal punto, occorre valutare il dettato normativo con riferimento all'assistenza del difensore nello Stato di emissione.

Era impensabile concepire il sorgere della garanzia difensiva prima della emissione del mandato d'arresto, pena il pericolo di vanificare ogni efficacia della misura, che prevalentemente si fonda sull'effetto a sorpresa della restrizione della libertà disposta a seguito dell'euromandato.

Occorre, pertanto, ragionare su quanto stabilito al paragrafo quarto dell'art. 10 della Direttiva.

Esso sancisce l'obbligo per lo Stato di esecuzione, immediatamente dopo l'arresto e senza indebito ritardo, di informare il prevenuto della possibilità di nominare un difensore nello Stato di emissione. Disposizione di indubbio rilievo[26], logicamente diretta a fornire al difensore nello Stato di esecuzione l'ausilio tecnico necessario per l'esercizio dei diritti connessi alla Decisione quadro 2002/584/GAI. Osservazione, peraltro, svolta dalla stessa Commissione in sede di lavori preparatori: essendo indubbio che il difensore dello Stato di emissione si trova in una posizione sicuramente più favorevole, sia per la raccolta delle necessarie informazioni sul fatto, sia per l'ovvia competenza tecnica sul diritto nazionale[27].

Orbene, se chiara è la *ratio* insita nella previsione, va valutato se essa aggiunga un *quid novi* sotto il profilo del livello di tutela ad oggi assicurato. In altre parole: se la previsione contenuta nel paragrafo 4 dell'art. 10, oltre ad essere logicamente connessa all'esercizio dei diritti summenzionati, possa essere interpretata come una clausola che ponga diversi ed ulteriori presidi.

In primo luogo: ove al ricercato non venga garantita l'assistenza del difensore nello Stato di emissione, come riconosciutogli dalla Direttiva, quali conseguenze si profilano all'interno della procedura di esecuzione?

Ragioniamo col diritto interno (in un'ipotetica procedura passiva).

In difetto di previsioni legislative in tema, il punto di partenza non può che essere dato dalle disposizioni generali in tema di nullità (artt. 177 ss. c.p.p.).

Una prima ipotesi da esaminare è se sia invocabile l'art. 179 c.p.p., il quale sanziona con la nullità assoluta (rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del

---

[26] Sull'innovativa e qualificante portata della previsione, BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla Decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *questa Rivista,* 19 maggio 2015. Sulle difficoltà incontrate da tale disposizione nell'ambito dei lavori preparatori, CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., pagg. 33 ss.

[27] Sul punto, v. S. CRAS, *The Directive*, cit., pag. 42.

procedimento) la violazione delle disposizioni che sanciscono l'obbligatorietà della presenza del difensore[28]. In alternativa, si potrebbe prospettare una nullità a regime intermedio (art. 180 c.p.p.): anche ove non si volesse far rientrare la violazione in commento in una vera e propria "assenza" del difensore, parrebbe configurarsi l'inosservanza di una norma posta a presidio dell'assistenza dell'imputato.

A scanso di equivoci: va chiarito che si tratta di situazione differente da quella considerata nel precedente paragrafo, dove si ipotizzava che il difetto di assistenza difensiva, verificatosi nell'ambito del procedimento di consegna, potesse spiegare effetti caducatori nel procedimento "principale". Qui lo scenario è diverso: il vizio si realizza all'interno della sola procedura passiva, e riguarda nello specifico la nomina del difensore nello Stato di emissione a seguito dell'arresto e dell'inizio della procedura di consegna nello Stato di esecuzione.

Se così stanno le cose, non parrebbe del tutto infondata la sopra prospettata ricostruzione. Di conseguenza, l'arresto effettuato di iniziativa dalla polizia giudiziaria, ove non debitamente accompagnato dall'informativa in oggetto, dovrebbe considerarsi illegittimo e, pertanto, non dovrebbe essere convalidato; ove la violazione avesse un seguito nel corso della procedura di consegna, si potrebbe utilmente eccepire una nullità, secondo le cadenze del codice di rito.

E si tratterebbe di una soluzione, in questo caso, in linea con lo stesso principio del mutuo riconoscimento. Invero, l'auspicata equivalenza delle decisioni giudiziarie presuppone sia una sostanziale omogeneità dei diritti tutelati, sia il riconoscimento effettivo, nella procedura posta in essere in uno Stato membro, di un apparato di garanzie funzionali al successivo esercizio dei diritti in un altro Stato membro.

Un ulteriore problema, poi, è rappresentato dalla funzione cui debba adempiere il difensore nello Stato di emissione, eventualmente nominato a seguito dell'avviso ai sensi dell'art. 10 paragrafo quarto: oltre a tutelare un più efficace esercizio dei diritti dell'arrestato nella procedura passiva di consegna, ci si può chiedere se la sua presenza sia volta ad assicurare una migliore tutela dell'imputato nel procedimento "a monte" (penale o di esecuzione della pena).

Per chiarire: ipotizziamo che l'Italia sia lo Stato di emissione, e che un difensore venga quivi nominato dall'arrestato ai sensi del paragrafo 4 della Direttiva. La sua presenza, chiaramente, ha un duplice fine: fornire al difensore dello Stato di esecuzione tutto il supporto e l'ausilio tecnico necessari; assicurare, in seguito alla consegna, il più tempestivo ed efficace intervento nel procedimento "a monte"[29]. Se così è, proprio allo

---

[28] Va ricordato, a tal proposito, che le norme del codice di rito, in quanto compatibili, trovano applicazione nei procedimenti disciplinati dalla L. n. 69 del 2005 (art. 39 della Legge n. 69 del 2005).

[29] Anche al fine di comprendere la reale portata della posta in gioco, si consideri che l'emanazione della Direttiva 2014/41/UE (relativa all'ordine europeo di indagine penale) ha implicato un consistente allargamento delle possibilità di acquisizione delle prove nello spazio europeo: il difensore nominato nello Stato emittente il mandato – seppur sprovvisto di formale legittimazione attiva all'emissione di un ordine di indagine – può sollecitare l'autorità per l'acquisizione di elementi a discarico (da riversare, sempre per ipotesi, nell'impugnazione cautelare), e la cui conoscenza derivi dall'opportuno dialogo con il collega dello Stato di esecuzione. Peraltro, sulle possibili relazioni fra l'euro-mandato e la Direttiva da ultimo richiamata, v. M. BARGIS, *Il mandato di arresto europeo*, cit., pag. 13.

scopo di preservare la possibilità di un successivo intervento dell'interessato nello Stato di emissione (questione non toccata dalla Direttiva), si potrebbe pensare all'introduzione di un meccanismo di sospensione dei termini relativi alla presentazione di impugnazioni cautelari (o di istanze in sede esecutiva) all'autorità giudiziaria. Si esemplifichi con il mandato di arresto "processuale": se il termine per formulare richiesta di riesame (art. 309 c.p.p.) possa rimanere sospeso nelle more della procedura passiva di consegna, fino al suo esaurimento.

Detta soluzione, tuttavia, per quanto apparentemente volta a salvaguardare il diritto di difesa dell'accusato, si risolverebbe in un pregiudizio nei confronti di quest'ultimo: poiché, a ben vedere, comporterebbe – nel caso dell'Italia – una tacita abrogazione dell'art. 31 della L. n. 69 del 2005 che, nel disporre l'immediata ed automatica[30] perdita di efficacia del mandato in caso di revoca o annullamento del provvedimento "a monte", presuppone la concomitante coltivazione dei rimedi (impugnatori e non) in seno al procedimento penale.

Stante dunque la difficile praticabilità della soluzione esposta in precedenza, si potrebbe in alternativa pensare ad un rimedio *ex post*: la possibilità che l'arrestato, a seguito di consegna, sia restituito nel termine per proporre impugnazione cautelare. Detto in altre parole: si tratterebbe di applicare in via analogica il contenuto dell'art. 4-*bis* della Decisione quadro 2002/584/GAI (come modificata dalla Decisione quadro 2009/299/GAI), che prevede per lo Stato di esecuzione un motivo facoltativo di rifiuto della consegna dell'arrestato condannato *in absentia*, salvo che questi, debitamente informato della possibilità di riaprire il processo, non eserciti i diritti ivi riconosciutigli.

Si faccia attenzione: si tratterebbe di un'applicazione analogica, atteso che la previsione richiamata è riferita unicamente al mandato d'arresto "esecutivo". Ragionando secondo i principi operanti nell'ordinamento italiano, il principio di tassatività delle impugnazioni lo impedirebbe. Si può anche osservare, però, che simili operazioni ermeneutiche non sono del tutto estranee alla giurisprudenza interna[31].

È vero, l'impostazione che si propone differisce parzialmente da quella adottata dalla Suprema Corte in passato; se non altro, per l'eterogeneità delle fonti interessate: nel secondo caso, infatti, vi starebbe la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; nell'ambito della soluzione qui prospettata, invece, una decisione-quadro. Tuttavia, si ravvisa un rapporto di continuità logica: è noto, difatti, l'inquadramento delle decisioni-quadro all'interno delle fonti normative "cogenti" previste dall'art. 117 Cost. (che

---

[30] SIRACUSANO, *Il procedimento di emissione,* in *Mandato d'arresto europeo,* Giappichelli, 2005, pag. 396; CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, 2010, pag. 363.

[31] Il precedente "illustre" si rinviene nella nota pronuncia di Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2008 (dep. 11 dicembre 2008), n. 45807, Drassich, in *Cass. pen.*, pag. 1457, la quale, al fine di ottemperare (art. 46 C.e.d.u.) ad una pronuncia di condanna del Giudice di Strasburgo, ha proceduto ad un'applicazione in via analogica del ricorso straordinario e*x a*rt. 625-*bis c*.p.p., la cui *ratio* riposa nell'esigenza di evitare "violazioni del diritto di difesa occorse nell'ambito del giudizio di legittimità e nelle sue concrete e fondamentali manifestazioni che rendono invalida per iniquità la sentenza della Corte di cassazione". Si vedano, in proposito, le osservazioni di CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, pagg. 1465 ss., e DE MATTEIS, *Condanna da parte della corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato interno*, ivi, pagg. 1474 ss.

prescrive l'adeguamento della legislazione interna alle predette)[32]. Se così è, la sostanziale omogeneità del rango delle fonti coinvolte, unitamente all'identità dell'interesse preservato (diritto di difesa), suggerirebbe un'equivalenza del modulo applicativo.

Non sembra d'altronde – per inciso – che tale soluzione costituisca una irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.) con i cautelati "interni": sarebbero, invero, situazioni radicalmente differenti, quella di chi, attinto direttamente da una misura detentiva, possa nell'immediatezza disporre del contatto con l'autorità, e quella – invece – di chi possa materialmente spiegare un intervento solo a seguito della conclusione di una procedura passiva di consegna.

Segue: 9. Il problema della rinuncia all'assistenza difensiva: un possibile ostacolo al mutuo riconoscimento?

Rimane ancora un profilo problematico di riflessione.

L'art. 9 della Direttiva prende in considerazione l'ipotesi della rinuncia da parte dell'imputato (o dell'arrestato, con riguardo ai procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo) ai diritti sanciti rispettivamente dagli artt. 3 e 10. La rinunzia, pertanto, per espressa volontà del legislatore europeo, è limitata all'assistenza del difensore.

Facendo salve le disposizioni delle normative nazionali che affermano l'obbligatorietà della difesa tecnica, è comunque necessario che gli Stati membri, che ammettono l'autodifesa, in ipotesi di rinunzia informino l'interessato circa il contenuto della garanzia dell'assistenza tecnica, quindi sulle conseguenze derivanti dalla rinuncia; questa, ad ogni buon conto, dovrà essere inequivoca e volontaria. Si prevede l'obbligo di verbalizzazione della volontà espressa dell'interessato; lo Stato membro deve inoltre assicurare la possibilità di revocare la rinunzia in qualunque momento, informando la persona coinvolta nel procedimento penale di tale facoltà.

È una disposizione che genera almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, viene in rilievo il profilo dei riflessi che potrebbe avere la rinunzia all'assistenza del difensore all'interno degli Stati in cui, al contrario, la difesa tecnica è obbligatoria (si pensi allo Stato italiano).

Dall'altro lato, il tenore letterale della Direttiva non è cristallino.

L'espressione "fatto salvo il diritto nazionale che impone la presenza o l'assistenza tecnica obbligatoria di un difensore" (art. 9), infatti, si presta a più significati: un'interpretazione letterale porterebbe a concludere che essa si limiti a confermare la legittimità di quelle previsioni nazionali che impongono la difesa tecnica; la locuzione, però, potrebbe lasciare aperta una diversa (e più insidiosa) opzione interpretativa: che il legislatore europeo (avuto riguardo al generale favore per la presenza del difensore), pur non disconoscendo l'autodifesa nei processi penali, lascia impregiudicata la possibilità

[32] Corte cost., sent. 21 giugno 2010, n. 227.

per gli Stati membri non soltanto di sancire l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva, ma di prevedere puntualmente le conseguenze di un eventuale difetto della medesima (anche, quindi, in ipotesi di avvenuta rinuncia).

Invero, un'impostazione che riconnettesse alla rinuncia al difensore, nella procedura di consegna, un effetto invalidante nel procedimento penale, finirebbe per tradire il sistema di cooperazione giudiziaria che, attraverso la nuova Direttiva, si intende agevolare. Senza contare, peraltro, l'antinomia nella quale il legislatore europeo ulteriormente incorrerebbe: nel "facoltizzare" l'autodifesa e, ad un tempo, permetterne l'inquadramento in un possibile motivo di rifiuto di cooperazione.

Non parendo possibile ipotizzare un sistema nei termini sopra illustrati, resta da chiedersi, dunque, se la violazione degli obblighi di informazione, sanciti dall'art. 9, con riferimento agli ordinamenti nazionali che ammettano la rinunzia all'assistenza difensiva, comporti delle conseguenze all'interno dello Stato di emissione.

In questo caso, pur tacendo sui possibili riflessi della violazione (la cui disciplina è demandata, a quanto pare, agli Stati membri), il legislatore europeo enuncia in modo chiaro ed incondizionato una serie di obblighi a carico delle autorità nazionali: obblighi, evidentemente, diretti ad assicurare l'effettività di una garanzia che costituisce una indiscutibile premessa di equità processuale. Anche in questo caso, tuttavia, la possibilità di un effetto caducatorio, che operi all'interno del procedimento nello Stato di emissione, sebbene si palesi come la soluzione maggiormente intuitiva, collide con le altrettanto evidenti difficoltà, sia di ordine giuridico che pratico, prese in considerazione più sopra. Insomma, pare potersi concludere che il sistema vigente ammetta una tutela esclusivamente "interna" della garanzia difensiva in tema di mandato di arresto: i vizi che si verificano all'interno della procedura passiva rimarrebbero ivi confinati, e in quella sede soltanto suscettibili di riparazione (attraverso i mezzi di impugnazione o, più in generale, i rimedi all'uopo previsti).

10. Una possibile via di uscita: i mezzi di ricorso *ex* art. 12.

Giunti a questo punto, l'interrogativo sorge spontaneo: quali strumenti predispone la Direttiva per reagire alle eventuali violazioni dei diritti sanciti?

L'art. 12 impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere, tanto nell'ambito dei procedimenti penali, quanto nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, mezzi di ricorso che assicurino in modo effettivo il rispetto della garanzia affermata.

Giova subito dire che la prescrizione, trasfusa nel disposto richiamato, risulta "mutilata" rispetto a quanto dalla Commissione inizialmente proposto[33]; questa, infatti, aveva previsto il dovere degli Stati membri di garantire strumenti di tutela effettivi: *id est*, che assicurassero all'accusato una vera e propria *reductio in pristino*.

[33] Art. 13, par. 2 e 3 della Proposta di Direttiva.

In relazione alle questioni innanzi ipotizzate, in una lettura riduttiva, si potrebbe concludere che l'odierna previsione si limiti a sancire l'obbligo, per le Parti contraenti, di predisporre, in ciascuna procedura, un coacervo di rimedi per le violazioni inerenti alle garanzie protette dall'atto legislativo europeo. Rimedi – vale la pena rimarcare – interni alla procedura in cui sia avvenuta la violazione, ed unicamente in seno alla stessa esperibili.

L'aggettivo "effettivi", evocato dall'art. 12, unitamente ad un'interpretazione in chiave sostanzialistica della locuzione "mezzi di ricorso" (da intendersi, quindi, come qualsiasi rimedio attraverso cui contestare un provvedimento dell'autorità e rimuovere un effetto pregiudizievole), potrebbe suggerire qualcosa in più: e cioè che quando la violazione, posta in essere nella procedura passiva di consegna, si traduca in un'intollerabile compressione del diritto di difesa nell'ambito del procedimento penale da cui l'euromandato ha tratto origine, si debba in via di *extrema ratio* rimediare in seno a quest'ultimo. Insomma: non è impossibile pensare ad una soluzione ermeneutica che assicuri alla difesa (nell'ambito dei procedimenti transnazionali) una tutela più ampia ed integrata, con riferimento alle ipotesi più gravi in cui il diritto dell'interessato sia indebitamente violato.

È una soluzione, la presente, che nasce dalla più che intuitiva relazione che avvince la procedura passiva di consegna e il procedimento "a monte" che si svolge nello Stato di emissione; a voler continuare sulla medesima linea logica: la circostanza che il legislatore europeo abbia sancito, all'interno di uno stesso testo normativo, un'equivalenza di garanzie valevoli tanto per la prima che per il secondo, induce a considerare che il rispetto dei diritti (ivi previsti), nel corso della procedura passiva di consegna, incida sul corso della procedura che verrà ad esplicarsi nello Stato emittente.

Al più (e questo sembrerebbe il vero nodo da sciogliere), si tratterebbe di rinvenire, in sede di recepimento, un insieme di soluzioni in grado di contemperare il principio di leale cooperazione e di mutuo riconoscimento con l'adeguata protezione delle garanzie individuali.

11. Riflessioni conclusive.

Le considerazioni svolte impongono un quesito finale: se, a parte l'affermazione vigorosa della garanzia disciplinata (che – giova ripetere – costituiva già un consolidato assioma nelle tradizioni giuridiche dei vari Stati), la Direttiva si esaurisca in una mera enunciazione di principio, priva di concrete previsioni in ordine ai rimedi esperibili in caso di trasgressione. In altre parole: se la necessità di un'effettiva protezione dell'accesso al difensore imponga che la sua violazione, verificatasi all'interno di una procedura, abbia delle ricadute in seno all'altra.

Va evidenziato un aspetto. Vero è che la protezione dei diritti delle persone coinvolte nei procedimenti penali impone un sufficiente grado di dettaglio delle norme

in materia[34]; ed è altrettanto vero che la direttiva, *ex se*, costituisca strumento normativo che, dato un oggetto, indica agli Stati un obiettivo. In sostanza: è insito nella natura di tale provvedimento un *deficit* di tassatività. Ciò, inevitabilmente, si ripercuote sul problema dell'armonizzazione e, conseguentemente, sull'efficacia dei risultati raggiunti dalle Parti contraenti in sede di recepimento.

Quanto appena sottolineato, tuttavia, non consente di arrestarsi di fronte alla carenza del dettato normativo: poiché il problema del rapporto fra procedimento "principale" e procedura "servente" trascende quello dell'allineamento delle legislazioni nazionali, coinvolgendo – si è detto – la tenuta del mutuo riconoscimento e, quindi, dell'intero sistema di cooperazione giudiziaria.

Si è visto in precedenza come i principi di sistema impediscano che la violazione dell'accesso al difensore, commessa nella procedura di consegna, si risolva in un effetto caducatorio nel procedimento penale *a quo*. Considerazioni analoghe valgono per la situazione inversa; oltre alla difficoltà di immaginare una violazione della garanzia nello Stato richiedente, al momento dell'emissione dell'euromandato (attesa la segretezza della relativa procedura), vi sarebbe qui un ulteriore problema: ciò, infatti, si risolverebbe introduzione di un nuovo motivo di rifiuto della consegna dell'arrestato, non previsto dalla Decisione – quadro 2002/584/GAI.

Diversamente, un opportuno presidio dovrebbe avere il diritto dell'arrestato al difensore nello Stato di emissione: rimedio da apprestare nell'ambito della procedura passiva (nel sistema italiano: attraverso una nullità – vuoi a regime assoluto od intermedio – ai sensi degli artt. 178 lett. *c* e 179 c.p.p.).

Alla resa dei conti, le riflessioni complessivamente svolte ci conducono ad un punto: l'operazione di bilanciamento, condotta dal legislatore europeo, fra diritti individuali e interessi dell'Unione[35].

Nel tentativo di giungere ad un equo contemperamento delle poste in gioco, pare che il risultato finale, ravvisabile nella Direttiva 2013/48/UE, costituisca un esito "obbligato": probabilmente, oltre non ci si poteva spingere (o, per lo meno, i tempi non sono ancora maturi per concepire concretamente un processo europeo integrato).

Se così è, dunque, un ruolo determinante avrà il legislatore interno: invero, incomberà su quest'ultimo, da un lato, il dovere di tradurre un enunciato di principio in una protezione della garanzia effettiva ed adeguata[36]; un recepimento all'interno del sistema domestico, dunque, che si risolva nella puntuale previsione di un apparato di rimedi esperibili lungo l'intero arco della procedura passiva. Dall'altro lato, l'impegno degli Stati membri – così pare ragionevolmente – dovrebbe essere profuso anche nella predisposizione di un circuito che garantisca all'arrestato, ad un tempo, un rapido

---

[34] SPRONKEN, *EU policy*, cit., p. 229.

[35] Sulla necessità di adottare soluzioni che consentano a un cittadino attinto, da un mandato di arresto europeo nell'ambito di un procedimento poi risoltosi con un proscioglimento o un non doversi procedere, di poter fruire di adeguati strumenti compensativi, cfr. BANG FUGSLANG MADSEN SØRENSEN, *Mutual recognition and the right to damages for criminal investigation*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 194 s.

[36] SYMEONIDOU – KASTANIDOU, *The Right to a Lawyer*, cit., p. 5.

accesso all'assistenza difensiva, ed un efficace e necessario dialogo con il difensore dello Stato di emissione.