



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO



COMMISSIONE RAPPORTI INTERNAZIONALI
ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

Centro di ricerca coordinato (CRC)
"Garanzie difensive e processo penale in Europa"
Università degli studi di Milano

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ALL'ESTERO

a cura di
Lucio Camaldo

e-book
gratuito



GIUFFRÈ EDITORE



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO



COMMISSIONE RAPPORTI INTERNAZIONALI
ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

Centro di ricerca coordinato (CRC)
"Garanzie difensive e processo penale in Europa"
Università degli studi di Milano

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ALL'ESTERO

a cura di
Lucio Camaldo



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 9788814226885

Il presente volume è stato realizzato nell'ambito delle attività
del Centro di ricerca coordinato (CRC)
“*Garanzie difensive e processo penale in Europa*”
Coordinatore scientifico: Prof. Lucio Camaldo
Università degli Studi di Milano

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2018
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: www.giuffre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Centro di ricerca coordinato (CRC)
« *Garanzie difensive e processo penale in Europa* »
Università degli Studi di Milano

Il Centro di ricerca coordinato (CRC) “*Garanzie difensive e processo penale in Europa*”, istituito presso l’Università degli Studi di Milano (con Decreto Rettorale del 19 gennaio 2017) tra il Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” (Dipartimento coordinatore) e il Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale, si propone di costituire un punto di riferimento della ricerca scientifica volta ad approfondire, con una prospettiva interdisciplinare, la nuova fisionomia assunta dalle garanzie difensive in ragione dell’influenza esercitata dalla normativa e dalla giurisprudenza europea sul processo penale, attraverso l’elaborazione di pubblicazioni, lo svolgimento di progetti di ricerca, la realizzazione di attività di formazione e lo scambio di personale tra Università e istituzioni europee (es. Eurojust).

Coordinatore scientifico: Prof. Avv. Lucio Camaldo — Associato di Diritto processuale penale — Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” — Università degli Studi di Milano.

Comitato di indirizzo:

Prof.ssa Novella GALANTINI, Ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano

Prof.ssa Daniela VIGONI, Ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano

Prof. Fabio BASILE, Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Milano

Prof.ssa Marilisa D’AMICO, Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

Prof.ssa Chiara AMALFITANO, Associato di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano

Dott. Filippo SPIEZIA, Magistrato — Membro Nazionale e Vice Presidente di Eurojust

INDICE

<i>Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero: riflessioni introduttive</i> , di <i>Lucio Camaldo</i>	1
--	---

Capitolo I

IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO: EVOLUZIONE NORMATIVA

di *Annamaria Feroletto*

1. Il mandato di arresto europeo: definizione e finalità	7
2. Campo di applicazione ed aspetti procedurali	13
3. La giurisdizionalizzazione della procedura	15
4. Il rifiuto della consegna del soggetto ricercato	16
5. I diritti del ricercato	21
6. I limiti temporali	24
7. La travagliata approvazione della legge del 22 aprile 2005 n. 69	26
8. Alcune riflessioni sulla trasposizione della decisione quadro nel nostro ordinamento giuridico	30
9. I rapporti con la procedura di estradizione	34
10. Le recenti modifiche introdotte dalla Direttiva 2013/48/UE attuata con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184.	35

Capitolo II

LA GIURISPRUDENZA SUL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

di *Francesca Manfredini*

1. La procedura passiva di consegna	45
1.1. Il contenuto del mandato d'arresto europeo	46
1.2. I motivi di rifiuto: la mancata previsione di limiti massimi della custodia preventiva	49
1.3. Il diverso grado di tutela del cittadino italiano rispetto al residente	55
2. La procedura attiva di consegna. Il giudice competente all'emissione del mandato	59
2.1. La computabilità della custodia cautelare all'estero	65
3. Alcune recenti questioni poste all'attenzione della Corte di giustizia	69
3.1. Mandato d'arresto europeo e decisioni pronunciate <i>in absentia</i>	69

3.2.	Il rinvio dell'esecuzione del mandato in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti	75
3.3.	La previsione di un nuovo termine per procedere alla consegna del ricercato	78

Capitolo III

IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO NELL'ESPERIENZA DI ALTRI PAESI DELL'UNIONE EUROPEA

di *Valentina Vasta*

1.	L'esperienza francese: l'adeguamento costituzionale	81
1.1.	La legge di attuazione del 10 marzo 2004, n. 204	82
1.2.	La procedura di emissione del mandato d'arresto europeo	83
1.3.	L'esecuzione del mandato d'arresto europeo	84
1.4.	L'incostituzionalità dell'art. 695-46 c.p.p	89
1.5.	La questione di costituzionalità	90
1.6.	Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia	91
1.7.	La decisione della Corte di giustizia	91
1.8.	La pronuncia di illegittimità costituzionale del <i>Conseil constitutionnel</i>	92
2.	L'esperienza tedesca: la legge federale del 21 luglio 2004	93
2.1.	La disciplina normativa tedesca.	94
2.2.	La pronuncia del <i>Bundesverfassungsgericht</i> che annulla la legge tedesca di attuazione del mandato d'arresto europeo	98
2.3.	La questione di costituzionalità	99
2.4.	La decisione del Tribunale costituzionale tedesco	101
2.5.	La legge di riforma del 20 luglio 2006.	103
3.	L'esperienza spagnola: le leggi nn. 2 e 3 del 14 marzo 2003	104
3.1.	La procedura attiva.	106
3.2.	La procedura passiva.	107

Capitolo IV

LE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ALL'ESTERO

di *Marina Troglià*

1.	Premessa. (Dis)parità delle parti?	111
2.	La posizione della giurisprudenza in tema di investigazioni difensive all'estero	114
3.	Gli eventuali ostacoli alla possibilità di svolgere indagini private all'estero.	117
4.	Il ricorso all'istituto della rogatoria internazionale	119
5.	Rimedi per il difensore e nuovi strumenti di cooperazione	123
6.	Conclusioni	125

Capitolo V**LA NORMATIVA SULLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE
IN ALTRI PAESI DELL'UNIONE EUROPEA***di Daniela Cristina Cultrera*

1. Il diritto di difesa nell'Unione europea e la prospettiva di un "difensore europeo"	127
2. La normativa sulle investigazioni difensive in Germania.	130
3. Diritti e poteri della difesa in Francia	132
4. Le indagini difensive in Spagna.	135
5. Confronto con il potere d'indagine difensiva riconosciuto all'accusato nei sistemi di <i>common law</i>	138
6. Considerazioni conclusive	139

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ALL'ESTERO: RIFLESSIONI INTRODUTTIVE

di *Lucio Camaldo* (*)

Nel panorama, sempre più ampio, dei nuovi strumenti di cooperazione investigativa e giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea, è opportuno soffermare l'attenzione su due temi che assumono particolare rilevanza sotto il profilo delle garanzie e delle prerogative della difesa nel procedimento penale: il mandato di arresto europeo e le indagini difensive all'estero.

Con il mandato d'arresto europeo, che ha rappresentato, come è noto, il modello delle successive e numerose iniziative volte a semplificare e rendere più incisiva la collaborazione tra autorità giudiziarie straniere, si è inteso dare un'innovativa e decisiva svolta alle modalità di consegna di persone ricercate, ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza, sostituendo, nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, il tradizionale e farraginoso meccanismo dell'extradizione, che si è rivelato, nel corso del tempo, inadeguato per un'efficace e tempestiva lotta alla criminalità transnazionale.

La normativa, che è stata elaborata dal legislatore europeo, dopo gli attentati terroristici dell'11 settembre 2001, con la decisione quadro del 13 giugno 2002, e che si fonda sulla (presunta) reciproca fiducia e sul (nuovo) principio di libera circolazione delle decisioni giudiziarie tra Stati membri dell'Unione, non ha avuto, tuttavia, un immediato e uniforme recepimento da parte degli ordinamenti nazionali.

Nel nostro Paese, in particolare, l'iter legislativo, che ha condotto all'innesto nella disciplina domestica del sistema europeo di cattura e

(*) Professore associato di Diritto processuale penale e Coordinatore scientifico del Centro di ricerca coordinato (CRC) "Garanzie difensive e processo penale in Europa" — Università degli Studi di Milano.

consegna delle persone, si è rivelato piuttosto lungo e travagliato, poiché è stato accompagnato da un ampio e vivace dibattito, sia in sede parlamentare, che in ambito dottrinale, in relazione alla compatibilità della normativa sovranazionale rispetto alle previsioni costituzionali in materia di tutela della libertà personale (art. 13 Cost.), come illustrato nel presente lavoro (v. capitolo I). Ha così iniziato ad affermarsi la c.d. teoria dei “controlimiti”, secondo cui il primato del diritto dell’Unione europea si deve fermare dinanzi al contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona.

È significativo notare come proprio da parte dell’Avvocatura siano state presentate numerose e rilevanti riserve, al fine di evitare che le spinte eurounitarie verso più moderni meccanismi di collaborazione giudiziaria potessero portare a una riduzione o addirittura a uno “sradicamento” delle garanzie, faticosamente conquistate e ben “impiantate” nella Carta costituzionale, tra le quali, in particolare, l’inviolabilità della libertà personale, la rigorosa riserva di legge in tale materia, la necessaria adozione con provvedimento dell’autorità giudiziaria di qualsiasi misura limitativa della libertà e l’articolato sistema delle impugnazioni e dei controlli in materia cautelare.

Una sensibile e profonda “frattura” va registrata anche rispetto ad alcuni principi ben consolidati in materia di assistenza giudiziaria internazionale: oltre all’eliminazione di ogni valutazione di natura politica, a favore di una decisione rimessa soltanto all’autorità giudiziaria, viene, tra l’altro, rivisitato il divieto di estradizione del cittadino (previsto dall’art. 26, comma 1, Cost.); si deroga ampiamente alla garanzia della doppia incriminazione (per un catalogo di trentadue ipotesi di reato, ove siano punite con una pena detentiva non superiore a tre anni di reclusione); non è più obbligatoriamente previsto il rigetto della richiesta di consegna quando si proceda per reati politici; sono stabiliti termini precisi che scandiscono la procedura (sebbene di natura meramente ordinatoria).

La “scossa sismica”, provocata dal nuovo meccanismo d’arresto europeo, non sembra essersi completamente sedata nemmeno dopo l’adozione della legislazione di attuazione (legge n. 69/2005). Numerose sono state, infatti, le pronunce della Corte costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione, intervenute su diversi profili della legge in questione, al fine di chiarire l’interpretazione di alcune sue disposizioni, nonché di assicurarne la coerenza sistematica con l’ordinamento giuridico nazionale (v. capitolo II).

In un primo momento, le sentenze delle giurisdizioni superiori si sono prevalentemente espresse in relazione a quei profili della legge di

attuazione che si caratterizzano per una considerevole dissonanza rispetto alle indicazioni contenute nella decisione quadro europea. In tale prospettiva, la Corte di cassazione ha ridimensionato le conseguenze derivanti da eventuali lacune del mandato d'arresto o dalla mancanza della documentazione ad esso collegata (ossia il provvedimento restrittivo della libertà personale o la sentenza di condanna, la relazione sui fatti addebitati alla persona, il testo delle disposizioni di legge applicabili, nonché i dati segnaletici e le altre informazioni relative all'identità e nazionalità della persona ricercata), precisando che spetta all'autorità giudiziaria (nazionale) di esecuzione stabilire, in caso di indicazioni o di allegati mancanti, se, in considerazione della concreta fattispecie penale dedotta e di ogni altra informazione trasmessa, tali lacune possano considerarsi ostative alla consegna.

Inoltre, la Cassazione ha avuto modo di precisare come non si richieda all'autorità giudiziaria italiana di effettuare una pregnante valutazione dei gravi indizi di colpevolezza a sostegno di una richiesta di mandato di arresto europeo, ma il giudice possa limitarsi a verificare che il mandato sia fondato su un compendio indiziario, la cui valutazione in concreto spetta, in via esclusiva, all'autorità straniera emittente.

Un'attenzione peculiare è stata poi riservata ai motivi che possono fondare il rifiuto, da parte dello Stato di esecuzione, di procedere alla consegna. Com'è noto, infatti, sul punto, il legislatore italiano si è considerevolmente allontanato dalle previsioni normative fissate a livello europeo, attraverso un notevole ampliamento delle ipotesi ostative alla consegna, rasentando, in definitiva, il rischio di vanificare la portata del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, fondante il nuovo meccanismo di cooperazione.

Successivamente, la Corte di cassazione si è, altresì, occupata di rilevanti aspetti attinenti alla disciplina della procedura attiva di consegna, che si configura qualora la richiesta di esecuzione dell'euromandato sia emessa dall'autorità giudiziaria italiana. Sotto tale profilo, riveste centrale importanza la sentenza 21 gennaio 2014, n. 2850, resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che ha posto fine ad un contrasto interpretativo circa l'individuazione del giudice competente ad emettere il mandato d'arresto europeo volto all'esecuzione di una misura cautelare custodiale, individuandolo nel "giudice procedente", il quale dispone degli atti processuali necessari per formulare la richiesta da inviare all'estero.

Da ultimo, al fine di fornire un'esaustiva analisi delle problematiche emergenti dall'introduzione del mandato d'arresto europeo nel sistema giuridico nazionale ed eurounitario, risulta imprescindibile procedere alla ricognizione di alcune pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione

europea sul tema che ci occupa. In proposito, pari attenzione meritano sia sentenze "storiche", quali la pronuncia Melloni, concernente il giudizio in absentia, sia pronunce più recenti, che danno conto delle nuove sfide a cui la giurisprudenza dell'Unione dovrà dare risposta.

Le problematiche, alle quali si è accennato, non hanno interessato unicamente il nostro Paese, ma sono sorte anche in diversi altri Stati europei: si tratta di un aspetto che merita un particolare approfondimento, poiché finora non sembra essere stato adeguatamente affrontato (v. capitolo III).

In Francia, ad esempio, la normativa sul mandato di arresto europeo, che è stata innestata (con quaranta nuove disposizioni) nel codice di procedura penale, ha richiesto, anzitutto, una preventiva revisione della Carta fondamentale (consistita nella modifica dell'art. 88 c. 2 della Costituzione francese), e ciononostante ha subito, dopo dieci anni dalla sua introduzione, un giudizio di legittimità costituzionale, da cui è scaturito un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, alla luce del quale il Conseil constitutionnel ha infine dichiarato l'illegittimità della regola che escludeva la possibilità di ricorso avverso la decisione di consegna, poiché determinava una ingiustificata restrizione del diritto, costituzionalmente garantito, a una tutela giurisdizionale effettiva.

Anche in Germania, il Tribunale costituzionale federale tedesco, con la sentenza del 18 luglio 2005, ha annullato, in toto, la legge interna di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo del 21 luglio 2004, azionando i c.d. "controlimiti" costituzionali ed evidenziando come la lotta alla criminalità organizzata e transfrontaliera non possa mai diventare un modo per sacrificare le libertà e i diritti fondamentali, così come sanciti nelle Carte costituzionali degli Stati membri. Il parlamento tedesco si è successivamente dovuto adeguare alle indicazioni espresse dal Tribunale costituzionale, approvando, il 20 luglio 2006, una nuova legislazione sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale.

La Spagna, invece, ha recepito la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, con la legge del 14 marzo 2003, n. 3, che ha introdotto l'istituto dell'eurooden, ma contestualmente con la legge n. 2/2003, approvata nella medesima data, ha dovuto procedere alla modifica di alcune norme dell'ordinamento giudiziario, al fine di attribuire all'autorità giudiziaria la competenza per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo.

L'altro tema particolarmente rilevante, che non sembra aver trovato sinora adeguate soluzioni, attiene alla possibilità di svolgere, da parte del

difensore, attività di ricerca e raccolta della prova all'estero e di poter utilizzare poi tali elementi nel procedimento penale instaurato in sede nazionale (v. capitolo IV).

L'aspetto che, a tal riguardo, desta maggiori preoccupazioni deriva dall'orientamento giurisprudenziale, ormai risalente di quasi un decennio, ma non ancora superato, secondo cui l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive effettuate all'estero discenderebbe direttamente dai principi generali del codice di procedura penale, essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali deve essere esperita la procedura prevista dal codice di rito in materia di rogatorie internazionali. Da ciò consegue che, non essendo configurata la possibilità di ricorrere autonomamente alla rogatoria da parte del difensore, questi avrebbe l'obbligo di depositare apposita richiesta al pubblico ministero o al giudice per le indagini preliminari, affinché questi ultimi attivino la relativa procedura. Sembra allora rivivere quella "teoria della canalizzazione", che postulava la necessaria "intercessione" del pubblico ministero per lo svolgimento delle investigazioni difensive e che la legge n. 397/2000 ha inteso superare, allo scopo di meglio realizzare (anche se non completamente) il principio di parità tra le parti, attribuendo al difensore il potere di presentare direttamente al giudice i risultati della propria autonoma investigazione, senza alcuna intermediazione.

Tale limitazione al diritto di difendersi "indagando" in territorio straniero appare proprio contrastare con l'articolata e ampia disciplina delle investigazioni difensive, introdotta nel nostro codice di procedura penale, che non trova eguali in altri Stati europei, quali la Spagna, la Germania e la Francia, dove non vi è ancora una specifica e analoga normativa (v. capitolo V).

Si auspica che nuove e migliori prospettive possano derivare dalle disposizioni contenute nella direttiva 2014/41/UE, che è stata recentemente recepita in Italia con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, dove il difensore è espressamente e autonomamente contemplato tra i soggetti legittimati a richiedere l'ordine europeo di indagine penale, che sostituisce, nell'Unione europea, il tradizionale sistema delle rogatorie internazionali.

Capitolo I
IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO:
EVOLUZIONE NORMATIVA

di *Annamaria Feroletto* (*)

SOMMARIO: 1. Il mandato di arresto europeo: definizione e finalità. — 2. Campo di applicazione ed aspetti procedurali. — 3. La giurisdizionalizzazione della procedura. — 4. Il rifiuto della consegna del soggetto ricercato. — 5. I diritti del ricercato. — 6. I limiti temporali. — 7. La travagliata approvazione della legge del 22 aprile 2005 n. 69. — 8. Alcune riflessioni sulla trasposizione della decisione quadro nel nostro ordinamento giuridico. — 9. I rapporti con la procedura di estradizione. — 10. Le recenti modifiche introdotte dalla Direttiva 2013/48/UE attuata con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184.

1. Il mandato di arresto europeo: definizione e finalità.

Il mandato di arresto europeo è stato introdotto nell'ambito dell'Unione europea con la decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI) ⁽¹⁾. Questo nuovo strumento di cooperazione sostituisce quello dell'extradizione nelle relazioni tra gli Stati membri dell'Unione e consiste in una « decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà » (art. 1, § 1, d.q. 2002/584/GAI)

Come si evince dal paragrafo 2 del medesimo articolo, l'istituto *de quo* rientra tra le misure dirette all'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie: all'origine di questo

(*) Avvocato — Dottore di ricerca in Diritto processuale penale all'Università degli Studi di Milano.

⁽¹⁾ V. Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *G.U.U.E.*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

progetto « vi è il principio secondo cui ogni Stato membro dell'Unione europea riconosce piena validità sia ai provvedimenti giudiziari di natura cautelare, sia agli ordini di esecuzione emessi da altri Stati membri senza che ciò avvenga, come in passato, attraverso un vaglio politico » (2).

Tale principio, riconosciuto ormai come uno dei fondamenti della cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione Europea (3), è stato affermato per la prima volta durante il Consiglio europeo di Cardiff (4), tenutosi il 15 e 16 giugno 1998: la creazione del mandato di arresto europeo ne rappresenta, dunque, una delle prime applicazioni concrete. Emblematico, in questo senso, è il testo dei *consideranda* che precedono gli articoli della decisione quadro, secondo i quali il nuovo strumento si propone di sostituire « le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra gli Stati membri » con un « sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive » (5). Inoltre, a livello politico, si è rilevato come tale strumento non può che rafforzare il proposito generale contenuto nel Trattato sull'Unione Europea di fondare l'Unione « su principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri » (6) e creare uno « spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia » (7).

(2) Cfr. A. PAGLIANO, *Limiti e garanzie del principio del "mutuo riconoscimento". Riflessioni in tema di mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 345. Come si vedrà in seguito, la nuova procedura ha un respiro esclusivamente tecnico-giudiziario, relegando ai vari Ministeri di Giustizia compiti di natura amministrativa.

(3) L'attuale art. 82 TFUE afferma che « la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori in cui al paragrafo 2 e all'articolo 83 »; quest'ultima norma richiama le « norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni ».

(4) « Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale. Esso riconosce che occorre potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto e chiede al Consiglio di determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali » (v. punto n. 39 delle conclusioni della Presidenza).

(5) In tal senso, cfr. il *considerando* n. 5 della decisione quadro 2002/584/GAI.

(6) Art. 6, § 1, TUE.

(7) Così è emblematicamente rubricato il Titolo V del TUE.

Alle origini dell'introduzione di questo nuovo strumento di cooperazione vi è l'acquisita consapevolezza dell'inadeguatezza nella lotta alla criminalità (inevitabilmente favorita anche dalla più ampia libertà di circolazione di persone e beni instauratasi tra i paesi dell'Unione europea) di una disciplina, come noto, lunga e complessa come quella dell'estradizione, di cui veniva in particolar modo denunciato l'ampio spazio lasciato a valutazioni prettamente politiche degli organi esecutivi ⁽⁸⁾.

Tutto questo accadeva in una Unione volta alla ricerca di una sostanziale comunanza tra sistemi giuridici degli Stati membri, tutti egualmente improntati al rispetto dei diritti fondamentali, quali garantiti non solo dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali ⁽⁹⁾.

Il sentimento di insoddisfazione prevaleva nonostante in passato, di fronte all'espandersi della criminalità transazionale, fossero state adottate diverse Convenzioni in ambito europeo, in particolare in seno al Consiglio d'Europa: la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e i Protocolli addizionali del 1975 e del 1978 (che

⁽⁸⁾ Si pensi alle polemiche sul caso Battisti, condannato in Italia in via definitiva per reati di terrorismo: prima di ricevere accoglimento nel 2004, le richieste di estradizione formulate a partire dei primi anni '90 alle autorità francesi, rifiutate sulla base della c.d. "Dottrina Mitterand". Questa politica, a decorrere dal 1985 sotto la presidenza di François Mitterand e, in particolare, rivolta agli esponenti italiani del terrorismo di estrema sinistra, prevedeva la possibilità di rifiutare l'estradizione verso l'Italia per i condannati durante il c.d. periodo degli "Anni di piombo". Ci si voleva opporre, in questo modo, alla legislazione anti-terrorismo italiana degli anni '70 e '80, la quale creando lo *status* di 'collaboratore di giustizia', permetteva al soggetto accusato di divenire testimone per lo Stato e, in alcuni casi, di accedere a una riduzione della pena. Veniva, inoltre, denunciata la non conformità agli *standard* europei della nostra normativa in tema di contumacia. Si noti, comunque, come le tesi del Presidente Mitterand non vennero mai trasposte in un atto ufficiale avente valore giuridico, pur tuttavia questa politica continuò ad essere seguita dalle autorità francesi fino all'abrogazione *de facto* del 2002. Sul punto, cfr. il resoconto stenografico della seduta parlamentare tenutasi il 17 febbraio 2005 per la discussione sul d.d.l. italiano: <http://www.camera.it/dati/leg14/lavori/stenografici/Sed588/s080r.htm>. V. anche l'articolo *La culpabilité de Battisti repose sur des preuves*, in *L'Express* del 15 marzo 2004; nonché *Brasile, arrestato Cesare Battisti, superlatitante degli anni di piombo*, in *La Repubblica* del 18 marzo 2007; *Anni di piombo, l'errore storico di Mitterand*, in *La Repubblica* del 15 aprile 2010.

⁽⁹⁾ Cfr. L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 13.

rappresentano la prima regolamentazione multilaterale dell'extradizione), la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977. E ancora, gli Stati membri dell'Unione europea avevano concluso tra di loro alcuni accordi, divenuti parte dell'*acquis* comunitario ⁽¹⁰⁾: la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni del 19 giugno 1990, la Convenzione di Bruxelles relativa alla procedura semplificata di estradizione tra Stati membri dell'Unione europea del 10 marzo 1995, la Convenzione di Dublino, relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 27 settembre 1996 ⁽¹¹⁾.

Le radici di questo nuovo istituto possono essere ravvisate già nella conclusione a Maastricht del Trattato sull'Unione europea del 7 febbraio 1992, da cui emerge la volontà di superare l'originario obiettivo economico della allora Comunità Europea per avviare, tra le altre, anche una politica di cooperazione nel settore degli affari interni e della giustizia ⁽¹²⁾, oggetto del c.d. terzo pilastro della neonata Unione denominato "Giustizia e affari interni" (GAI).

Un ulteriore impulso viene dato dalla firma del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 che, oltre ad incorporare gli Accordi di Schengen, pone come oggetto esclusivo del terzo pilastro la "Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" ⁽¹³⁾. In particolare, all'art. K.3, lett. B) si afferma che l'azione comune comprende anche la "facilitazione dell'extradizione fra gli Stati membri".

Tuttavia, è solo al Consiglio europeo straordinario di Tampere del

⁽¹⁰⁾ L'*acquis* comunitario corrisponde alla piattaforma comune di diritti ed obblighi che vincolano l'insieme degli Stati membri nel contesto dell'Unione Europea. Esso è in costante evoluzione ed è costituito dai principi, dagli obiettivi politici e dal dispositivo dei Trattati; dalla legislazione adottata in applicazione dei Trattati e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; dalle dichiarazioni e dalle risoluzioni adottate nell'ambito dell'Unione; dagli atti che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune; dagli atti che rientrano nel contesto della giustizia e degli affari interni; dagli accordi internazionali conclusi dalla Comunità e da quelli conclusi dagli Stati membri tra essi nei settori di competenza dell'Unione. Vedasi il sito internet ufficiale dell'Unione Europea.

⁽¹¹⁾ Convenzioni richiamate dai *consideranda* nn. 3 e 4 della decisione quadro.

⁽¹²⁾ In tal senso, v. art. K. 3 lett. B) TUE.

⁽¹³⁾ Giova ricordare che vennero trasferite nel c.d. primo pilastro le aree dell'immigrazione illegale, dei visti, dell'asilo e della cooperazione giudiziaria in materia civile.

1999 che, una volta individuato come nuovo fondamento della cooperazione penale nell'Unione europea il richiamato principio del mutuo riconoscimento e invitati gli Stati membri a ratificare le Convenzioni del 1995 e del 1996 sull'extradizione, viene ravvisata anzitutto la necessità di abolire, nei rapporti tra gli Stati membri e per quanto riguarda le persone che si sottraggono alla giustizia dopo essere state condannate definitivamente, la "procedura formale di estradizione", per sostituirla con un "semplice trasferimento" di tali soggetti. Vengono, inoltre, poste le basi per la previsione di "procedure di estradizione accelerate" per gli altri casi, fatto salvo il diritto alla celebrazione di un equo processo ⁽¹⁴⁾.

Il passo successivo è stato compiuto il 30 novembre 2000 con l'adozione da parte del Consiglio dell'Unione europea del "Programma globale di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali". In questo documento viene affermato che « andrebbe elaborata ed utilizzata tra gli Stati membri dell'Unione europea una decisione che proponga un formulario standard di mandato di arresto europeo, 'Euromandato', con valore di domanda d'arresto provvisorio a fini di estradizione »; viene, inoltre, auspicata l'introduzione di procedure accelerate, richiamando così esplicitamente il punto n. 35 del Consiglio di Tampere.

Se, da un lato, le fonti citate lasciano presagire la futura introduzione dell'istituto del mandato di arresto europeo come oggi lo conosciamo, dall'altro lato non bisogna dimenticare che il nuovo strumento trae ispirazione anche dalla stipulazione di alcuni accordi bilaterali che già avevano previsto procedure di estradizione semplificate nei rapporti, ad esempio, tra l'Italia e la Spagna (Trattato del 28 novembre 2000). Nella Relazione al disegno di legge per la ratifica italiana di tale Trattato si afferma, infatti, che « il superamento dell'extradizione nei rapporti di cooperazione penale tra Italia e Spagna costituisce un'anticipazione a livello bilaterale di quanto gli Stati membri dell'Unione

⁽¹⁴⁾ Cfr. punto n. 33 Conclusioni della Presidenza: « il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria dell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie ». Nonché v. il n. 35 delle Conclusioni, che è richiamato dal *considerando* n. 1 della decisione quadro.

europea hanno deciso nel Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999, e in qualche modo costituisce anche un esempio e un suggerimento per l'Unione europea in questa direzione». Veniva, quindi, prevista «una procedura estremamente rapida e semplice che, partendo dal principio del reciproco riconoscimento dell'efficacia sul rispettivo territorio delle sentenze definitive di condanna e dei provvedimenti cautelari di cattura, è finalizzata a concludersi con un provvedimento di consegna da uno Stato all'altro della persona ricercata, senza che siano valutati aspetti giuridici che sono invece oggetto di verifica e di possibili controversie nella procedura di estradizione»: tra questi, la necessità che il fatto sia previsto come reato da entrambi gli Stati ⁽¹⁵⁾.

Tornando ai lavori in seno all'Unione Europea, la situazione di emergenza a livello internazionale, creatasi in seguito agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, non ha fatto altro che mettere in luce l'esigenza di approvare al più presto un progetto di decisione quadro, su cui la Commissione stava lavorando già dall'inizio dell'anno. La proposta relativa al mandato di arresto accompagnava, infatti, una proposta di armonizzazione delle legislazioni quanto alla definizione dei reati di terrorismo.

Approvate il 19 settembre dal Collegio della Commissione, le due proposte vengono presentate ed accolte nel Consiglio straordinario GAI del 20 settembre 2001. In questa occasione viene, inoltre, incaricato il Comitato degli Alti funzionari, previsto dall'art. 36 TUE, di avviare immediatamente un esame accurato delle due proposte affinché il Consiglio possa pervenire, durante la sessione del 6 e 7 dicembre 2001, ad accordi politici significativi su entrambe. Il Consiglio europeo straordinario, tenutosi il giorno seguente, esprime l'accordo all'introduzione di un mandato di arresto europeo e all'adozione di una definizione comune del terrorismo e incarica il Consiglio di Giustizia e affari interni (GAI) di dare corpo a tale accordo. Si rileva come solo al Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001 viene raggiunto l'accordo politico sul mandato di arresto europeo, corroborato dal successivo parere favorevole del Parlamento europeo nella sessione del 6 febbraio 2002 ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Il testo del Trattato Italia-Spagna è consultabile sul sito internet del Ministero della giustizia (www.giustizia.it).

⁽¹⁶⁾ La Risoluzione del Parlamento europeo è consultabile sul sito internet al seguente indirizzo: www.europarl.europa.eu.

L'atto formale, ovvero la decisione quadro 2002/584/GAI, viene, dunque, adottato il 13 giugno 2002. Ai sensi dell'art. 31 di tale decisione, a partire dal 1° gennaio 2004, quindi, le nuove norme hanno sostituito le corrispondenti disposizioni delle Convenzioni in materia di estradizione *ut supra* richiamate, fatta salva la loro applicazione nelle relazioni tra Stati membri e paesi terzi. Gli Stati membri rimangono liberi di applicare accordi bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro o di concluderne dei nuovi, purché essi non pregiudichino i rapporti con gli Stati membri e, anzi, contribuiscano a realizzare gli obiettivi della decisione quadro e a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato.

2. Campo di applicazione ed aspetti procedurali.

L'art. 2, § 1, d.q. 2002/584/GAI stabilisce che il mandato di arresto europeo è finalizzato alla consegna della persona ricercata per reati puniti con pene detentive, o misure di sicurezza privative della libertà, di durata massima non inferiore a 12 mesi, ovvero a 4 mesi se è già stata irrogata la condanna o inflitta una misura di sicurezza. La procedura trova, dunque, applicazione sia nel caso di decisioni di arresto emesse nella fase istruttoria o delle indagini, sia nel caso di sentenze di condanna (definitive e non) ⁽¹⁷⁾. Si tratta degli stessi limiti già previsti dall'art. 2 della Convenzione europea di estradizione del 1957 ⁽¹⁸⁾. Tuttavia, in essa veniva fatta salva la possibilità, per ciascuna parte contraente la cui legislazione non autorizzasse l'extradizione per taluni dei reati rientranti in quelle categorie, di escludere questi ultimi dal campo di applicazione della Convenzione.

Un modello di mandato viene, pertanto, allegato alla decisione quadro: si tratta di un apposito formulario diviso in campi da compilare, riconosciuto come valido ed efficace su tutto il territorio dell'Unione.

⁽¹⁷⁾ Questo nonostante al punto n. 35 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere si fossero richiamate le sole sentenze definitive di condanna.

⁽¹⁸⁾ La Convenzione di Dublino del 1996, invece, opera una distinzione tra la legislazione dello Stato membro richiedente e quella dello Stato membro richiesto; si dispone all'art. 2, § 1: «Danno luogo all'extradizione i fatti punibili dalla legge dello Stato membro richiedente con una pena privativa della libertà personale o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore, nel massimo a dodici mesi e dalla legge dello Stato membro richiesto con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore, nel massimo, a sei mesi».

Secondo quanto disposto dall'art. 9, quando il luogo in cui si trova il ricercato è conosciuto ⁽¹⁹⁾, è possibile comunicare il mandato direttamente all'autorità giudiziaria di esecuzione. In alternativa, l'autorità emittente può decidere di segnalare la persona ricercata nel Sistema di Informazione Schengen (SIS ⁽²⁰⁾): tale segnalazione equivale ad un mandato di arresto europeo, ma solo ed esclusivamente se corredata dalle informazioni di cui all'art. 8, § 1.

Le autorità giudiziarie competenti possono contare, peraltro, sull'ausilio esterno di diversi organi. Anzitutto, l'art. 10, § 3, permette all'autorità giudiziaria emittente di fare ricorso ai servizi dell'Interpol per comunicare il mandato di arresto europeo, nel caso in cui non sia possibile ricorrere al Sistema di Informazione Schengen.

Inoltre, esse possono servirsi anche di Eurojust ⁽²¹⁾, a cui compete un ruolo eventuale di coordinamento e facilitazione delle procedure. A titolo esemplificativo, si richiama l'art. 16 in base al quale se due o più Stati membri hanno emesso un mandato nei confronti della medesima persona, l'autorità giudiziaria di esecuzione, nel prendere la decisione su quale dei mandati debba essere eseguito, ha la possibilità di richiedere una consulenza a questo organo. Ai sensi dell'art. 17, se uno Stato membro, in circostanze eccezionali, non è in grado di rispettare i termini per la decisione sulla consegna, ne dovrà informare Eurojust indicando i motivi del ritardo.

⁽¹⁹⁾ Si noti che oggi il compito di individuare l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è facilitato grazie alla Rete giudiziaria europea (RGE), istituita con la Decisione 2008/976/GAI del 16 dicembre 2008. Con essa è stato creato uno strumento informatico, il quale permette allo Stato emittente di individuare l'autorità in questione, a cui il mandato dovrà essere trasmesso.

⁽²⁰⁾ Il SIS, istituito per la prima volta con gli Accordi di Schengen del 1985, è costituito da una banca dati in cui le autorità competenti degli Stati membri possono disporre di segnalazioni relative ad alcune categorie di persone (e tra queste, quelle ricercate per l'arresto ai fini di estradizione) e di oggetti al fine del corretto funzionamento dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia. Le sue caratteristiche ed il suo funzionamento sono disciplinate al Titolo IV della Convenzione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

⁽²¹⁾ Agenzia dell'Unione Europea, istituita nel 2002 in base ad un'idea nata durante il Consiglio europeo di Tampere del 1999, con Decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002, con lo scopo di stimolare e migliorare il coordinamento delle indagini e delle azioni penali tra le autorità competenti degli Stati membri e sviluppare una migliore cooperazione degli Stati membri, in particolare agevolando l'assistenza giudiziaria internazionale e l'esecuzione delle richieste di estradizione.

3. La giurisdizionalizzazione della procedura.

Con l'introduzione del mandato di arresto europeo, come visto, viene istituita una procedura di natura puramente giudiziaria. Il cambiamento rispetto al tradizionale procedimento di estradizione, in cui la consegna è disposta non solo sulla base di valutazioni tecnico-giuridiche, ma anche di valutazioni politiche da parte delle autorità di governo, è netto. Il rapporto ora si svolge unicamente tra autorità giudiziarie, cioè una autorità giudiziaria "emittente" (competente ad emettere il mandato in base alla legge dello Stato membro di appartenenza) e una autorità giudiziaria "dell'esecuzione" (competente dell'esecuzione del mandato), senza interferenze da parte del potere esecutivo⁽²²⁾.

La domanda di estradizione, formulata attraverso canali diplomatici o amministrativi⁽²³⁾, è sostituita da un atto riconducibile unicamente al potere giudiziario. Il mandato di arresto europeo, infatti, definito all'art. 1, § 1, come "decisione giudiziaria", è eseguito e riconosciuto come tale dalle autorità competenti all'esecuzione, essendo sufficiente la mera indicazione dell'esistenza del provvedimento sulla base del quale esso è stato emanato e di altre sintetiche informazioni (art. 8, § 1).

Tuttavia, dalla formulazione del *considerando* n. 8, secondo cui « le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna », emerge come rimanga uno spazio di valutazione autonoma da parte dell'autorità di esecuzione, che potrebbe sfociare anche in un eventuale rifiuto della consegna del soggetto.

Gli Stati membri, infine, restano liberi di designare un'autorità centrale, il cui ruolo dovrà essere, come si specifica al *considerando* n. 9, « limitato all'assistenza pratica e amministrativa ». Secondo quanto previsto all'art. 7, dunque, si ribadisce ancora una volta che essa avrà il solo compito di assistere le autorità giudiziarie competenti ed, eventualmente, di occuparsi della trasmissione e della ricezione amministrativa dei mandati, nonché della corrispondenza ufficiale ad essi relativa.

(22) Così viene espressamente specificato all'art. 5 della decisione quadro. Inoltre, all'art. 15, si afferma che l'autorità giudiziaria è l'organo deputato alla decisione in merito alla consegna della persona in ossequio alle disposizioni contenute nella decisione quadro.

(23) Cfr. l'art. 12 della Convenzione europea di estradizione del 1957, nel quale si prevede che « la domanda sarà espressa per iscritto e presentata per via diplomatica ».

4. Il rifiuto della consegna del soggetto ricercato.

Un'altra importante novità introdotta dal legislatore europeo, disciplinata all'art. 17, attiene al fatto che è sempre richiesta la motivazione del rifiuto della consegna da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione. Viene, infatti, previsto nella decisione un *numerus clausus* di ragioni specifiche agli artt. 3 (motivi di non esecuzione obbligatoria) e 4 (motivi di non esecuzione facoltativa).

I primi motivi, afferenti alla motivazione del rifiuto, attengono ai seguenti casi: una amnistia nello Stato di esecuzione che abbia giurisdizione sui fatti posti a base del mandato; la circostanza che la persona sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro (subordinato quanto alla sentenza di condanna alla condizione che la pena sia stata eseguita o sia in atto, o che essa sia eseguibile); la non imputabilità della persona ricercata a causa dell'età secondo la legge dello Stato di esecuzione.

I motivi di non esecuzione facoltativa sono disciplinati, invece, attraverso un'elencazione più ampia, in cui figurano sette fattispecie riguardanti: il difetto di doppia incriminabilità; la pendenza di un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto; la decisione di non esercitare l'azione penale o di porvi fine nello Stato di esecuzione e la decisione definitiva in altro Stato membro che osti all'esercizio di ulteriori azioni; la prescrizione intervenuta nello Stato di esecuzione che abbia giurisdizione sui fatti; la sentenza definitiva per gli stessi fatti in uno Stato terzo (se la sentenza di condanna sia già stata eseguita o sia in corso di esecuzione, o sia inesequibile); il caso in cui lo Stato di esecuzione si impegni ad eseguire la pena o la misura di sicurezza se il ricercato dimora, è cittadino o risiede nello stesso; la commissione del reato in tutto o in parte nel territorio dello Stato di esecuzione, oppure al di fuori del territorio dello Stato emittente, se la legge dello Stato di esecuzione non consente l'esercizio dell'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio.

Non è, inoltre, più possibile rifiutare la consegna sulla base della natura politica del reato contestato, precedentemente classico motivo di non esecuzione dell'extradizione ⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Tale circostanza, oltre ad essere prevista in varie Costituzioni, e nel nostro paese agli artt. 10 e 26 Cost., è sempre richiamata nelle varie Convenzioni già a partire dal 1957, ove all'art. 3, § 1 si stabilisce che « l'extradizione non sarà concessa, se il reato, per il quale essa è domandata, è considerato dalla Parte richiesta come un reato politico

Presupposto imprescindibile è, infatti, la presenza di un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, garantito dal comune obbligo di rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 TUE e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ai sensi dell'art. 2, § 2, non è possibile rifiutare l'esecuzione nemmeno in caso di assenza della doppia incriminazione, altro cardine del procedimento di estradizione, per un elenco consistente di reati, pur sempre a condizione che essi siano puniti con una pena detentiva non inferiore a tre anni di reclusione secondo la legge dello Stato di emissione.

Per quanto riguarda i reati non contemplati nella predetta lista, gli Stati membri restano liberi di subordinare la consegna della persona al rispetto della condizione della doppia incriminazione, come nel classico procedimento di estradizione ⁽²⁵⁾.

La Corte di giustizia delle Comunità Europee, oggi dell'Unione europea, ha avuto modo di pronunciarsi nel 2007 a favore della conformità al diritto comunitario della soppressione del controllo sulla doppia incriminazione, in occasione di un rinvio pregiudiziale da parte della *Court d'arbitrage* belga in un procedimento avente ad oggetto il potenziale contrasto tra la Costituzione e la legge di attuazione della decisione quadro *de qua*. Le autorità belghe avevano, infatti, denunciato una violazione del principio di legalità in materia penale. In particolare, a loro parere « l'elenco di oltre trenta reati per i quali la tradizionale condizione della doppia incriminazione viene abbandonata quando lo Stato membro emittente li punisce con una pena privativa della libertà avente un massimo edittale di almeno tre anni è talmente vago e indefinito da violare, o perlomeno da poter violare, il principio

o come un fatto connesso a un siffatto reato ». Alcune deroghe sono state previste nel Protocollo del 1975, ad esempio riguardo al genocidio, e nella Convenzione europea sulla repressione del terrorismo del 1977 (tra gli altri, in relazione al dirottamento di aerei e alla cattura di ostaggi). La Convenzione di Dublino del 1996 ne ha poi ristretto la portata: secondo l'art. 5, ai fini della Convenzione « nessun reato può essere considerato dallo Stato membro richiesto come un reato politico, un fatto connesso con un reato politico ovvero un reato determinato da motivi politici »; tuttavia, al paragrafo 2 si lasciano gli Stati liberi di applicare il paragrafo 1 solo in relazione ad alcuni reati previsti dalla Convenzione europea per la repressione del terrorismo.

⁽²⁵⁾ Si ricorda che il principio della doppia incriminazione è espressione della volontà dei singoli Stati di tutelare la propria sovranità nelle scelte punitive. Sul punto, l'art. 2, comma 1, Convenzione europea di estradizione del 1957 recita « Danno luogo ad estradizione i fatti che le leggi della Parte richiedente e della Parte richiesta puniscono (...) ».

di legalità in materia penale (...). I reati inclusi in tale elenco non sono corredati della loro definizione di legge, ma costituiscono categorie, definite in maniera molto vaga, di condotte indesiderabili »⁽²⁶⁾ e ancora, « la persona che è stata privata della libertà in esecuzione di un mandato d'arresto europeo senza verifica della doppia incriminazione non godrebbe della garanzia secondo cui la legge penale deve soddisfare condizioni di precisione, chiarezza e prevedibilità tali da consentire a ciascuno di sapere, nel momento in cui commette un atto, se quest'ultimo costituisce o no un reato, e ciò contrariamente a quanto accade a chi è privato della libertà mediante uno strumento diverso dal mandato d'arresto europeo »⁽²⁷⁾.

Una volta ricordato che il principio di legalità implica che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono e che esso fa parte dei principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è stato sancito da diversi Trattati internazionali, tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte risponde che, in conformità all'art. 2, § 2, i reati in questione danno luogo a consegna « se [nello] Stato membro [emittente] il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni (...). Di conseguenza, anche se gli Stati membri riprendono letteralmente l'elenco delle categorie di reati di cui all'art. 2 n. 2, della decisione quadro per darle attuazione, la definizione stessa di tali reati e le pene applicabili sono quelle risultanti dal diritto 'dello Stato membro emittente' ». Dunque, nonostante la soppressione del controllo, la definizione e le pene applicabili rimangono di competenza dello Stato membro emittente, « il quale, come peraltro recita l'art. 1, n. 3, della stessa decisione quadro, deve rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE e, di conseguenza, il principio di legalità dei reati e delle pene »; non sono state, quindi, create nuove figure delittuose.

All'ulteriore affermazione secondo cui la distinzione tra i reati contenuti nell'elenco e gli altri reati non sarebbe oggettivamente giu-

⁽²⁶⁾ Tesi sostenuta anche da autorevole dottrina in Italia: cfr. S. MANACORDA, *La deroga della doppia punibilità nel mandato di arresto europeo e il principio di legalità* (osservazioni a Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05), in *Cass. pen.*, 2007, p. 4346. Secondo l'autore si tratterebbe di una lista contenente categorie eterogenee e vaghe, suscettibili di includere anche fatti di entità medio-bassa.

⁽²⁷⁾ Cfr. Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3078.

stificata e produrrebbe una disparità di trattamento, violando così il principio di uguaglianza, la Corte legittima la differenziazione ribattendo che « il Consiglio ha ritenuto, in base al principio del reciproco riconoscimento e considerato l'elevato grado di fiducia e di solidarietà tra gli Stati membri che, vuoi per la loro stessa natura, vuoi per la pena comminata — d'un massimo edittale di almeno tre anni — le categorie di reati di cui trattasi rientrassero tra quelle che arrecano all'ordine e alla sicurezza pubblici un pregiudizio tale da giustificare la rinuncia all'obbligo di controllo della doppia incriminazione ». Si può osservare, infatti, che si tratta di fattispecie di una certa gravità (tra gli altri, sono richiamati i reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, omicidio volontario, stupro e i reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale) in relazione alle quali pare ragionevole presumere una certa omogeneità tra i vari sistemi giuridici. In questo senso, la disposizione non ha altra funzione se non quella di *facilitare* il compito dell'autorità giudiziaria, permettendole di prescindere dalla verifica della previsione bilaterale, limitandosi unicamente alla verifica della riconducibilità a una delle categorie richiamate. Di conseguenza, la soppressione riguarderebbe non tanto il principio della doppia incriminazione, quanto, piuttosto, la necessità di effettuare il controllo sulla previsione bilaterale del fatto come reato ⁽²⁸⁾.

Il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali trova una delle sue più importanti applicazioni concrete in materia di “*ne bis in idem*”, dal momento che risultano ampliate le ipotesi di rifiuto basate su questo principio. Costituisce motivo di non esecuzione obbligatoria, secondo l'art. 3, punto 2 della decisione quadro, il fatto che la persona sia stata « giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna » ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ In tal senso, cfr. E. SELVAGGI, *La decisione quadro sul mandato d'arresto non viola il diritto comunitario* (osservazioni a Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05), in *Cass. pen.*, 2007, p. 3079.

⁽²⁹⁾ Si osservi, sul punto, la diversa formulazione disciplinata all'art. 9 della Convenzione europea di estradizione del 1957: « L'extradizione non sarà consentita quando l'individuo reclamato è stato definitivamente giudicato dalle autorità competenti della Parte richiesta per i fatti che motivano la domanda. Essa potrà essere rifiutata se le autorità competenti della Parte richiesta hanno deciso di non aprire un perseguimento penale o di chiuderne uno già avviato per gli stessi fatti ». Il Protocollo

Per quanto riguarda la nozione di “*stessi fatti*”, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha avuto modo di fornire la sua interpretazione in occasione di un rinvio pregiudiziale da parte della Corte tedesca che chiedeva se essa dovesse essere intesa come nozione autonoma del diritto dell’Unione europea o se, invece, andasse valutata alla stregua degli ordinamenti nazionali (in tema di esecuzione e di emissione del mandato di arresto europeo). La risposta della Corte è stata nel senso che « la nozione di “*stessi fatti*” (...) non può essere lasciata alla discrezionalità delle autorità giudiziarie dei singoli Stati membri sulla base del loro diritto nazionale. Infatti, dalla necessità di garantire l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione discende che i termini di una disposizione di tale diritto, laddove non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri con riguardo alla nozione medesima, devono essere oggetto, nell’intera Unione, di un’interpretazione autonoma e uniforme. Essa costituisce, quindi, una nozione autonoma del diritto dell’Unione (...) » ⁽³⁰⁾. Segue, dunque, nel segno di una continuità rispetto al passato, un richiamo all’interpretazione dell’art. 54 della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen (CAAS), secondo la quale è possibile parlare di *idem factum* nel senso della « sola identità dei fatti materiali, ricomprendente un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dei fatti medesimi o dall’interesse giuridico tutelato. Alla luce dell’obiettivo comune degli artt. 54 della CAAS e 3, n. 2, della decisione quadro, consistente nell’evitare che una persona venga nuovamente perseguita o giudicata penalmente per gli stessi fatti, si deve riconoscere che l’interpretazione di tale nozione fornita nell’ambito della CAAS si applica parimenti nel contesto della decisione quadro ».

addizionale del 1975 aggiunge che « l’extradizione di un individuo contro il quale è stata pronunciata una sentenza definitiva in uno Stato terzo, Parte Contraente della Convenzione, per il fatto o per i fatti in merito ai quali la domanda è presentata, non sarà consentita: *a*) quando detta sentenza è di assoluzione; *b*) quando la pena privativa di libertà o un’altra misura inflitta: I. è stata subita completamente; II. è stata oggetto di una grazia o di un’amnistia, nella sua totalità o limitatamente alla parte non eseguita; *c*) quando il giudice ha constatato la colpevolezza dell’autore del reato senza pronunciare una sanzione ». Segue una serie limitata di eccezioni e, viene fatta salva l’applicazione di disposizioni nazionali più estese concernenti l’effetto di *ne bis in idem* conferito alle decisioni giudiziarie pronunciate all’estero.

⁽³⁰⁾ Cfr. Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sent. 16 novembre 2010, causa C-261/09, in *Cass. pen.*, 2011, 1215.

La decisione quadro abolisce la non esecuzione della consegna, prevista dal vecchio sistema dell'extradizione, a motivo della nazionalità della persona ricercata ⁽³¹⁾: l'essere cittadino ⁽³²⁾, residente o dimorante stabile nello Stato di esecuzione non determina di per sé il rifiuto della consegna. Tuttavia, come accennato, lo Stato di esecuzione può rifiutare la consegna del ricercato, che sia cittadino o residente, ponendo in esecuzione la pena irrogata nello Stato di emissione (art. 4, n. 5, decisione quadro). Inoltre, questo *status* può costituire motivo facoltativo di rifiuto *ex art.* 5, n. 3, se lo Stato di emissione non si impegna, dopo aver ascoltato la persona e se in tal senso è stato richiesto dallo Stato di esecuzione, a rinviare il soggetto nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà eventualmente pronunciata nello Stato membro emittente.

5. I diritti del ricercato.

La nuova disciplina prevede un generale rafforzamento dei diritti e delle garanzie processuali della persona ricercata, in particolare sotto il profilo del diritto di difesa e in materia di misure cautelari. Ai sensi dell'art. 11 della decisione quadro, il ricercato ha diritto ad essere informato, al momento dell'arresto da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione competente, « del mandato d'arresto europeo e del suo contenuto, nonché della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente ». Inoltre, a norma dell'art. 14, nel caso in cui l'arrestato non presti il consenso alla propria consegna, ha diritto ad essere sentito da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a provvedere sulla consegna.

Riflessi positivi di tale disciplina derivano anche dal fatto che la procedura deve ora svolgersi entro termini temporali precisi, dal cui

⁽³¹⁾ La Convenzione europea di estradizione del 1957 lasciava a ciascuna parte contraente la facoltà di rifiutare l'extradizione dei suoi cittadini (si veda a tal proposito, l'art. 6, comma 1). L'art. 7 della Convenzione di Dublino del 1996 poneva, invece, come principio generale, il divieto di rifiutare l'extradizione per il motivo che la persona oggetto della domanda di estrazione fosse un cittadino dello Stato membro richiesto; ma ciascuno Stato membro aveva la possibilità di dichiarare la propria volontà di non concedere l'extradizione dei propri cittadini o di autorizzarla solo a determinate condizioni da esse specificate.

⁽³²⁾ Si rileva che l'extradizione dei cittadini è vietata da diverse Carte costituzionali nazionali. Nel nostro ordinamento l'art. 26 Cost. ammette l'extradizione del cittadino solo se espressamente prevista da convenzioni internazionali.

mancato rispetto deriva la caducazione della misura cautelare eventualmente disposta.

All'art. 1, § 3, viene fatto salvo, nell'attuazione della nuova disciplina, « l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ». Sono, in tal modo, richiamati « i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati » (art. 6, comma 1, TUE), nonché quelli sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (comma 2), cui l'Unione europea aderisce. In ogni caso, i diritti fondamentali elencati da quest'ultima Convenzione « fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali », come specificato al comma 3.

Come è noto, la Carta di Nizza enuncia solennemente i valori fondamentali dell'Unione europea, i diritti affermati ruotano attorno ai concetti di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà e giustizia. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata nel corso del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950 a Roma ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, contiene anch'essa una serie di diritti e libertà di fondamentale importanza, tra i quali il diritto alla vita, il divieto di tortura e schiavitù, il diritto alla libertà e alla sicurezza, il diritto a un giusto processo, i principi di legalità e irretroattività della legge penale, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la libertà di pensiero, di coscienza, di religione e di espressione, la libertà di riunione e di associazione, il diritto di contrarre matrimonio, il diritto a un ricorso effettivo, infine, il divieto di discriminazione.

Si rileva come non solo la violazione di queste norme non sia prevista direttamente dal legislatore dell'Unione europea come motivo di non esecuzione di una richiesta ⁽³³⁾, ma anche come lo stesso legislatore, nonostante, come si è appena visto, proponga una disciplina più garantista rispetto a quella classica dell'extradizione, si sia limitato a un'enunciazione sintetica e generale che sembra quasi abbia un valore più politico che prettamente giuridico, rinunciando all'esplicitazione di

⁽³³⁾ Si noti che alcuni Stati, tra i quali l'Italia, l'hanno tuttavia prevista nella loro disciplina di attuazione.

tale importantissimo corredo di diritti, per lo meno nella parte dispositiva della decisione quadro ⁽³⁴⁾.

È interessante notare come questo tema sia affrontato in modo approfondito nella parte dei *consideranda*. In particolare, al *considerando* n. 10, viene fatto riferimento alla possibilità di sospendere il meccanismo del mandato di arresto europeo basato, come noto, su un « elevato livello di fiducia tra gli Stati membri », in caso di « grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione Europea » (*considerando* n. 12). Per ciò che concerne la prima parte, quella relativa al rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e i richiami normativi all'art. 6 TUE, è stata riportata nell'art. 1, § 3; la seconda parte impone il divieto di procedere alla consegna di una persona « qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi » ⁽³⁵⁾.

Si afferma, inoltre, che la decisione quadro « non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione », lasciando, quindi, la possibilità di prevedere più ampie garanzie alle singole normative interne di attuazione. Infine, il *considerando* n. 13 statuisce il divieto di dare esecuzione al mandato anche nel caso in cui sussista un serio rischio che la persona « venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti », richiamati in tal senso all'art. 6 CEDU e all'art. 2, comma 2, della Carta di Nizza.

Queste previsioni sembrano invero essere corroborate da quanto viene affermato al richiamato *considerando* n. 8, il quale, ponendo una

⁽³⁴⁾ In dottrina, v. J.P. PIERINI, *La consegna della persona ricercata nell'ambito dell'Unione europea e le prospettive di attuazione del mandato d'arresto europeo in Italia*, in *Giur. it.*, 2004, p. 10, il quale sostiene che il richiamo ai diritti fondamentali nel contesto rappresenta niente più che la motivazione dell'atto e, volendo, l'espressione delle buone intenzioni dei deliberanti.

⁽³⁵⁾ Il principio di non discriminazione trova comunque espressione sia nell'art. 3 CEDU che nell'art. 21, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

sorta di “filtro” ⁽³⁶⁾ che impedisce che la circolazione delle decisioni penali tra gli Stati membri sia subordinata a un mero controllo formale, sancisce che « le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla consegna ». Sembra, dunque, che permanga uno spazio per un sindacato da parte dell'autorità giudiziaria competente all'esecuzione del mandato anche sul rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

A questa impostazione non sono mancate critiche da parte della dottrina che ha sostenuto che un'opera di specificazione sarebbe stata utile per una maggiore chiarezza interpretativa a favore dei legislatori nazionali, mentre una collocazione delle garanzie nella parte dei *consideranda* potrebbe lasciare pensare a un depotenziamento delle stesse.

6. I limiti temporali.

Rappresenta una novità rispetto al passato il fatto che siano previsti termini temporali precisi che scandiscano la procedura, nonostante abbiano natura meramente ordinatoria.

Mentre all'art. 17, § 1 della decisione quadro, si afferma che il mandato dev'essere « trattato ed eseguito con la massima urgenza », sono previste poi delle cadenze, sia per la fase giurisdizionale, che per quella esecutiva in cui si articola la procedura passiva di consegna.

Per quanto riguarda la fase giurisdizionale viene determinato il termine massimo entro il quale dovrà essere emessa una decisione definitiva sulla consegna della persona. Ai sensi dell'art. 17, § 2, il termine di dieci giorni decorre dall'eventuale consenso formale alla consegna da parte del ricercato; negli altri casi, secondo l'art. 17, § 3, il termine è pari a sessanta giorni decorrente dal momento dell'arresto nello Stato di esecuzione. Si noti che, ai sensi dell'art. 13, § 4, in questo ultimo termine non è computato il periodo intercorrente tra la prestazione del consenso e la sua revoca nel caso in cui gli Stati membri prevedano la possibilità di revocare il consenso, dichiarato « in linea di massima irrevocabile » dal § 1.

Entrambi i termini sono suscettibili di proroga di ulteriori trenta giorni per non più di una volta.

⁽³⁶⁾ Tale espressione è di A. PAGLIANO, *Limiti e garanzie del principio del “mutuo riconoscimento”*. *Riflessioni in tema di mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 345.

All'art. 17, § 4, invece, viene disposta una soglia temporale massima di novanta giorni per casi particolari in cui il mandato non può essere eseguito entro i termini previsti dai paragrafi 2 e 3. Non viene specificato quali possano essere i motivi di tale prolungamento, ma viene imposto all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di informare immediatamente l'autorità emittente.

Inoltre, in tali circostanze eccezionali in cui gli stessi termini prorogati potrebbero non essere rispettati, lo Stato di esecuzione ha l'obbligo di informare Eurojust, indicando i motivi del ritardo. Infine, ai sensi del paragrafo 7, uno Stato membro, che ha subito ripetuti ritardi nell'esecuzione dei mandati di arresto da parte di un altro Stato membro, ha la possibilità di adire il Consiglio affinché sia valutato, a livello dell'Unione europea, il grado di attuazione della decisione quadro.

Il mancato rispetto dei termini per la decisione sulla consegna non comporta, secondo il testo della decisione quadro, l'automatica scarcerazione del ricercato e non ha effetto sull'efficacia del mandato. Tuttavia, la liberazione immediata del soggetto è prevista, in base all'art. 23, § 5, nel caso in cui venga violato il termine stabilito per la materiale consegna successivamente all'adozione della decisione. Si specifica, infatti, che, intervenuta una pronuncia favorevole alla consegna, essa deve essere eseguita « al più presto » e, comunque, entro dieci giorni dalla data della decisione definitiva (art. 23, §§ 1 e 2).

Tuttavia anche in questa fase è possibile differire la consegna nei casi di forza maggiore, di gravi motivi umanitari o, ai sensi dell'art. 24, § 1, per esigenze di giustizia interne allo Stato richiesto. La decisione quadro non stabilisce nessun termine entro il quale, venuti meno questi motivi, gli Stati debbano concordare una nuova data di consegna, ma si limita a prescrivere all'art. 23, §§ 3 e 4, che, una volta riattivata la procedura con la fissazione di una nuova data per la consegna, essa avvenga entro i successivi dieci giorni.

Infine, non è imposto agli Stati membri di prevedere procedure di impugnazione avverso la decisione di consegna, lasciando piena discrezionalità ai diversi ordinamenti. Tuttavia, nel caso in cui tali procedure siano previste sarà necessario che rispettino i termini massimi prefissati nella decisione quadro ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ La previsione di un mezzo di gravame non è stato principio generale nemmeno nel tradizionale sistema di estradizione.

7. La travagliata approvazione della legge del 22 aprile 2005 n. 69.

La disciplina del mandato di arresto europeo è stata attuata nel nostro ordinamento dalla legge 22 aprile 2005, n. 69, recante “Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri”. La legge è suddivisa in tre titoli, “disposizioni di principio” (artt. 1-4), “norme di recepimento interno” (artt. 5-37) e “disposizioni transitorie e finali” (artt. 38-40).

Resta inteso che rispetto al regime processuale applicabile nell’ambito dei rapporti tra Stati membri dell’Unione europea, basato sullo strumento del mandato di arresto europeo, continuano ad essere applicate sia la disciplina contenuta negli accordi internazionali multilaterali o bilaterali nei rapporti con gli altri Paesi, anche europei ma non aderenti all’Unione europea, sia quella residuale, contenuta nel codice di procedura penale, nei rapporti con i Paesi con cui non vi è alcun tipo di accordo internazionale.

La tardiva approvazione della legge in commento, come noto, è stata preceduta da un ampio dibattito, sia in sede parlamentare, che in ambito dottrinale, in ordine alla compatibilità della disciplina contenuta nella decisione quadro rispetto alle previsioni costituzionali, quasi, si è detto, che le garanzie proposte dalla stessa non fossero “all’altezza” di quelle previste dalla nostra Carta fondamentale. Un problema posto dalla c.d. teoria dei controlimiti, elaborata dalla nostra giurisprudenza costituzionale, secondo la quale il primato del diritto dell’Unione europea si arresterebbe solo dinanzi al contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o con i diritti inviolabili della persona umana ⁽³⁸⁾.

Autorevole dottrina, chiamata ad intervenire sul tema dalla Presidenza del Consiglio, si era pronunciata, con un proprio parere, nel senso dell’incompatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano della normativa contenuta nella decisione quadro trasposta in diversi disegni di legge ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Foro it.*, 1990, p. 1855.

⁽³⁹⁾ Più precisamente, v. V. CAIANIELLO-G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462. Ci si riferisce al d.d.l. C. 4246, di iniziativa dei deputati Kessler, Finocchiaro, Bonito, Carboni e Ranieri; al d.d.l. C. 4431, di iniziativa dell’On. Buemi e, infine, al d.d.l. C. 4436 di iniziativa degli On. Pisapia e Mascia.

Non solo, era stata denunciata una possibile violazione del principio di tassatività e quello della necessaria riserva di legge in materia penale.

Nel citato parere si era rappresentato che l'elenco dei reati per i quali sarebbe soppresso il controllo della doppia incriminazione non avrebbe rispettato questi canoni, risolvendosi in una enunciazione sommaria di generici fatti o comportamenti che, secondo la comune opinione, hanno un disvalore.

Secondo altri autori era stato osservato, come poi avrebbe fatto la Corte di giustizia nel 2007 ⁽⁴⁰⁾, che niente sarebbe rimasto più lontano dagli intendimenti del legislatore europeo di creare un decalogo di fattispecie di reato di natura sostanziale. La lista dei reati di cui all'art. 2, § 2, della decisione quadro consisterebbe non già in un'elencazione di figure criminose sovrapponibili a quelle esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, piuttosto in una definizione dell'ambito di operatività di un meccanismo di esclusiva portata processuale, congegnato per superare i problemi derivanti dall'operatività, espressamente mantenuta dal paragrafo 4 dello stesso art. 2, del requisito della doppia incriminazione, che deve sussistere per tutti i reati non riconducibili alle categorie non indicate in elenco ⁽⁴¹⁾.

Pertanto, l'autorità giudiziaria di uno Stato membro emetterà il mandato europeo di arresto in base alla propria legislazione nazionale e secondo le proprie regole di competenza territoriale e l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione avrà il compito prioritario di verificare se, in base alla descrizione del fatto e alla qualificazione giuridica data dall'autorità giudiziaria che lo ha emesso, il reato rientri o meno nelle categorie elencate nell'art. 2, § 2, senza necessità di individuare nella propria legislazione una figura di reato corrispondente o almeno equipollente (secondo una lettura meno rigida del requisito della doppia incriminazione) ⁽⁴²⁾.

L'indicazione che quel determinato reato rientra in una delle categorie dell'elenco *de quo*, da parte dell'autorità giudiziaria che lo ha emesso, varrebbe come presunzione semplice di assolvimento in en-

⁽⁴⁰⁾ Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, sent. 3 maggio 2007, causa C-303/05, cit., p. 3078.

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. SELVAGGI-O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 445.

⁽⁴²⁾ Così E. SELVAGGI-O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, cit., p. 445.

trambi gli ordinamenti del requisito della doppia incriminazione, mentre la collocazione fuori da tale lista richiederà la sopra richiamata operazione da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato richiesto.

Giova ribadire che il principio del reciproco riconoscimento si basa sul presupposto della fiducia che gli operatori europei nutrono nei rispettivi ordinamenti ed implica, da un lato, comportamenti ispirati alla buona fede da parte degli Stati membri, dall'altro, la persistenza della possibilità di una prova contraria in ordine al mancato rispetto delle condizioni legittimanti l'emissione della misura.

Non sono mancate, inoltre, polemiche sulla mancata previsione, nel testo della decisione quadro, di un motivo di rifiuto basato sul carattere politico del reato, principio che regola l'estradizione agli artt. 10 e 26 Cost. Tali disposizioni, secondo il richiamato parere richiesto dalla Presidenza del Consiglio, esprimono la volontà di salvaguardia delle libertà democratiche riconosciute dalla Costituzione della Repubblica, come valori che eccedono lo spazio e gli interessi strettamente nazionali.

Secondo un diverso orientamento, è stato ritenuto sufficiente a scongiurare ogni timore il tenore del *considerando* n. 12, il quale espressamente prevede il rifiuto della consegna qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato è stato emesso allo scopo di perseguire o punire la persona stessa a motivo del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua nazionalità, delle sue opinioni politiche o delle sue abitudini sessuali. E ciò tralasciando il fatto che anche nell'ambito dei trentadue reati, che oggi prevedono la consegna automatica del ricercato, non ve ne è alcuno che possa essere considerato oggettivamente politico.

Il dibattito dottrinale ha riguardato altresì il presunto contrasto con l'art. 13 Cost., il quale afferma solennemente l'inviolabilità della libertà personale ⁽⁴³⁾. Ai sensi dell'art. 104, comma 1, Cost., poi, l'autorità giudiziaria, legittimata a comprimere la libertà personale prima della sentenza di condanna, è la magistratura costituita come ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere, i cui provvedimenti sono sempre motivati e suscettibili di ricorso in Cassazione per

⁽⁴³⁾ Giova ricordare che l'inviolabilità della libertà personale può essere ristretta solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, salvo situazioni eccezionali di necessità e urgenza indicate tassativamente dalla stessa, in cui ciò è permesso anche all'autorità di pubblica sicurezza, seppure in un procedimento che richiede l'intervento tempestivo dell'autorità giudiziaria.

violazione di legge (art. 111, comma 2, Cost.). Secondo il parere citato, tali garanzie sarebbero risultate svuotate dall'equiparazione di un provvedimento giudiziario proveniente da altro Stato membro all'atto motivato ricorribile per Cassazione. L'automatismo nell'esecuzione del mandato di arresto europeo avrebbe l'effetto di consentire la restrizione della libertà personale con atto di un'autorità giudiziaria che non è quell'ordine autonomo indipendente cui si affida il Costituente, con un atto che non è detto sia motivato secondo i crismi e i contenuti che il diritto vivente ha dato al precetto costituzionale e con rimedi di impugnazione che non sono stati ancora oggetto di scelte di effettiva omogeneizzazione tra gli ordinamenti degli Stati membri ⁽⁴⁴⁾.

Si è evidenziato come il problema fosse in realtà solo apparente in quanto, tra le diverse tipologie di atti che può adottare l'Unione europea, la decisione quadro, ai sensi dell'allora vigente art. 34, lett. B), TUE, sarebbe stata vincolante per gli Stati membri con riguardo al risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi da impiegare a tal fine. Orbene, la legge 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. legge La Pergola), a cui ancora è necessario fare riferimento per quanto riguarda la disciplina della partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e delle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari, non contempla alcun meccanismo di tipo standard nell'ordinamento interno. Il classico strumento della legge ordinaria, usato per l'attuazione di altre decisioni quadro, avrebbe dunque permesso al nostro legislatore di prevedere una normativa sufficientemente garantista anche sotto questo punto di vista. La stessa decisione quadro prevede, inoltre, agli artt. 13 e 15 che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione dovrà effettuare essa stessa una valutazione sia sulla permanenza in stato di detenzione del soggetto arrestato in forza del mandato, sia sulla consegna anche nel caso in cui lo stesso abbia prestato il consenso ad essa, emanando un apposito provvedimento ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. V. CAIANIELLO-G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, cit., p. 462.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. E. SELVAGGI-O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, cit., p. 445.

8. Alcune riflessioni sulla trasposizione della decisione quadro nel nostro ordinamento giuridico.

I dubbi espressi durante i lavori parlamentari sembrerebbero non essere rimasti senza conseguenze sul testo definitivo della legge di attuazione. Emblematica apparirebbe la formulazione dell'art. 1, comma 1, l. 69/2005, nella parte in cui si afferma che l'attuazione della decisione quadro avviene « nei limiti in cui tali disposizioni non sono incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo ».

Quanto previsto nell'art. 1, comma 1, l. 69/2005 è rafforzato dalle previsioni del successivo art. 2, che rappresenta una sorta di seconda barriera difensiva contro la violazione dei diritti, e che si orienta alla materiale esecuzione del nuovo strumento e, in particolare alla procedura passiva di consegna, rivolgendosi, dunque, allo stesso giudice. Si specifica, infatti, che l'Italia « darà esecuzione al mandato d'arresto europeo nel rispetto dei seguenti diritti e principi stabiliti dai trattati internazionali e dalla Costituzione ». Per quanto riguarda quest'ultima, sono evidenziati i principi e le regole attinenti al giusto processo, in cui assumono rilevanza la tutela della libertà personale, il diritto di difesa, il principio di uguaglianza, ma anche quelli relativi alla responsabilità penale e alla qualità delle sanzioni penali. Per le finalità di cui al comma 1 citato, il comma 2 dell'art. 2, apre alla possibilità di richiedere idonee garanzie allo Stato membro di emissione per far sì che l'esecuzione avvenga nel rispetto dei predetti principi.

Il nostro legislatore ha precisato all'art. 3, comma 1, l. 69/2005 che l'Italia darà esecuzione al mandato a condizione che esso « sia sottoscritto da un giudice, sia motivato, ovvero che la sentenza da eseguire sia irrevocabile », mentre la decisione quadro si limita stabilire che esso deve provenire da un'autorità giudiziaria.

Per quanto sembra essere apprezzabile la scelta di porre in evidenza il necessario rispetto di questi diritti e principi fondamentali, sembra che il legislatore italiano abbia voluto assicurare la dottrina riguardo alle perplessità e alle affermazioni di incompatibilità espresse durante i lavori parlamentari. Non a caso alcuni autori hanno affermato che il legislatore italiano si sia posto in un'ottica di giustapposizione, anziché di esecuzione della decisione quadro, evidentemente letta come se davvero si trattasse di un modo per dare efficacia ai provvedimenti

cautelari o alle decisioni definitive emesse in un altro Stato membro ⁽⁴⁶⁾.

Numerose altre disposizioni sembrano contraddire o, comunque, depotenziare le novità introdotte con la disciplina del mandato di arresto europeo.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'art. 7, comma 1, l. 69/2005 ove si afferma che l'Italia darà esecuzione al mandato di arresto europeo solo nel caso in cui il fatto sia previsto come reato anche dalla legge nazionale. Il canone della doppia incriminazione, nonostante le deroghe previste nello stesso articolo ed in quello successivo, continua a rappresentare la regola generale. Sorprendono all'occhio del giurista le previsioni dell'art. 8, comma 1, l. 69/2005, in cui vengono ampiamente rielaborate, con una descrizione più analitica, le fattispecie per le quali è prevista la consegna obbligatoria, a prescindere dal controllo sulla doppia punibilità. Si considerino i reati di razzismo e xenofobia previsti in generale dalla decisione quadro, nella legge italiana, all'art. 8, comma 2 lett. s), l. 69/2005, vengono riportati con la seguente formula: « incitare pubblicamente alla violenza, come manifestazione di odio razziale nei confronti di un gruppo di persone, o di un membro di un tale gruppo, a causa del colore della pelle, della razza, della religione professata ovvero dell'origine nazionale o etnica; esaltare, per razzismo o xenofobia, i crimini contro l'umanità ». Al comma 2 si afferma anche che « l'autorità giudiziaria italiana accerta quale sia la definizione dei reati per i quali è richiesta la consegna, secondo la legge dello Stato membro di emissione, e se la stessa corrisponda alle fattispecie di cui al comma 1 », lasciando, dunque, un'ampia possibilità di sindacato alla stessa.

Risultano poi più numerosi i casi di rifiuto obbligatorio della consegna.

Anzitutto all'art. 18, comma 1 lett. f), l. 69/2005 viene di fatto reintrodotta il divieto di esecuzione del mandato per reati politici, fatte salve alcune esclusioni tassativamente previste.

Inoltre, non trovano riscontro nel testo della decisione quadro le situazioni a cui viene fatto riferimento alle lettere b) e c) dell'art. 18 in discorso (la commissione del reato avvenuta con il consenso dell'avente diritto secondo la legge italiana o nell'esercizio di un diritto, nell'adem-

⁽⁴⁶⁾ Tra gli altri, v. D. MANZIONE, *Commento alla decisione-quadro*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 23.

pimento di un dovere ovvero determinata da caso fortuito o forza maggiore), alle lettere *i*) e *s*) (il destinatario del mandato è un soggetto infraquattordicenne al momento della commissione del reato, una donna incinta o una madre con prole convivente di età inferiore a tre anni), alla lettera *e*) (la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva) e alla lettera *t*) (il provvedimento cautelare in base al quale è stato emesso il mandato è privo di motivazione), nonché quella a cui viene fatto riferimento all'art. 8, comma 3, l. n. 69/2005, ovvero la mancata conoscenza da parte del soggetto in questione, senza propria colpa, della norma penale dello Stato membro di emissione in base alla quale è stato emesso il mandato di arresto europeo. Quest'ultima espressione degli approdi contemporanei cui è pervenuta l'analisi del principio di colpevolezza da parte della dottrina ⁽⁴⁷⁾ si lega concettualmente alla previsione dell'art. 17, comma 4, l. n. 69/2005, ai sensi della quale la consegna è subordinata alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza. Tale condizione non si rinviene nella decisione quadro: si tratterebbe di un'altra regressione rispetto alla valorizzazione del principio del mutuo riconoscimento, dal momento che una valutazione simile permetterebbe all'autorità di esecuzione un sindacato che, in forza di tale principio, dovrebbe essere riservato all'autorità emittente.

Si guardi poi alle allegazioni richieste all'autorità emittente il mandato, quali, ai sensi dell'art. 6, commi 3 e 4, l. 69/2005, la copia del provvedimento della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa; la relazione sui fatti addebitati, con l'indicazione delle fonti di prova, del tempo e del luogo di commissione dei fatti e della loro qualificazione giuridica; il testo delle disposizioni di legge *et alia*.

Nonostante la decisione quadro non le ritenga parimenti indispensabili, a parere di chi scrive, le predette allegazioni sembrerebbero invero una valida espressione del rispetto dei nostri principi costituzionali, tra i quali il corretto esercizio di difesa; diversamente sembrerebbe trattarsi di una mera attuazione di un meccanismo burocratico volto esclusivamente a dare esecuzione alle richieste formulate dall'autorità giudiziaria emittente il mandato del ricercato, un automatismo

⁽⁴⁷⁾ In tal senso, cfr. V. MAIELLO, *La disciplina interna del mae tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 112.

normativo che si vorrebbe fare salvo solo ed esclusivamente in quanto proveniente da uno Stato membro.

Infine, è possibile scorgere un'ulteriore divergenza tra le due normative con riferimento agli artt. 9, § 1, della decisione quadro e 4 della legge di attuazione, dal momento che nel primo viene affermato che « quando il luogo in cui si trova il ricercato è conosciuto, l'autorità giudiziaria emittente può comunicare il mandato d'arresto europeo direttamente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione », mentre nel secondo viene posta come regola generale la trasmissione e la ricezione amministrativa dei mandati, nonché la corrispondenza ufficiale ad essi relativa, attraverso il Ministro della giustizia, mentre la corrispondenza diretta può essere consentita in condizioni di reciprocità e nei limiti e con le modalità previsti dagli accordi internazionali. Inoltre, è sempre previsto un obbligo di immediata informativa al Ministro della giustizia della ricezione o dell'emissione di un mandato. L'organo politico conserva, dunque, un ruolo più ampio rispetto a quanto viene consentito dal testo europeo.

Da tale breve analisi è possibile scorgere una sostanziale dissonanza tra la normativa italiana e l'obiettivo perseguito a livello europeo, ovvero quello di attuare, anche attraverso lo strumento del mandato di arresto europeo, il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ⁽⁴⁸⁾.

Viene lasciato ampio spazio ai controlli sulle valutazioni dell'altrui sistema giudiziario che potevano risultare giustificate nell'ambito del tradizionale regime estradizionale, poiché esso non presupponeva quel substrato giuridico comune che lega gli Stati membri e sul quale si basa l'azione di cooperazione in materia penale dell'Unione europea.

La stessa Commissione europea, nella prima Relazione di valutazione sull'applicazione della decisione quadro nei diversi Stati membri, presentata il 24 gennaio 2006, ha affermato che l'Italia è andata « al di là della decisione quadro », in particolare laddove ha previsto il rifiuto della cooperazione per motivazioni politiche o per motivi implicanti un controllo nel merito del provvedimento di arresto ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. E. CALVANESE, *Problematiche attuative del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1926.

⁽⁴⁹⁾ La Relazione è consultabile sul sito internet del diritto dell'Unione Europea al seguente indirizzo: <http://eur-lex.europa.eu/>

9. I rapporti con la procedura di estradizione.

Giova rilevare come la decisione quadro non ha abrogato le convenzioni e gli accordi in materia di estradizione: gli artt. 31 e 32 forniscono una serie di criteri per regolare il concorso tra la nuova fonte e quelle relative al procedimento tradizionale.

Anzitutto, si stabilisce che le richieste di consegna trasmesse entro il 31 dicembre 2003 continuano ad essere disciplinate dal *corpus* di accordi e convenzioni in materia di estradizione; a quelle formulate dal 1° gennaio 2004, invece, deve essere applicato il nuovo sistema ⁽⁵⁰⁾.

Il concorso tra le due discipline dipende dalle dichiarazioni unilaterali formulate da alcuni Stati membri, ai sensi dell'art. 32, § 2, i quali possono decidere di continuare a trattare « le richieste relative a reati commessi prima di una data da esso precisata conformemente al sistema di estradizione applicabile anteriormente al 1° gennaio 2004 », la data *de qua*, tuttavia, non poteva essere posteriore al 7 agosto 2002, che, come noto, segna l'entrata in vigore della decisione quadro.

Il legislatore italiano ha elaborato, come anticipato, un sistema più complesso rispetto a quello delineato dalla decisione quadro. Ai sensi dell'art. 40, comma 1, infatti, la procedura di consegna trova applicazione per i mandati emessi e ricevuti a partire dall'entrata in vigore della legge interna (ovvero il 14 maggio 2005). A ben vedere si tratterebbe di una manifesta violazione del termine previsto dalla normativa europea, con la conseguenza che ad essere applicabile sarebbe la previgente disciplina di estradizione ⁽⁵¹⁾.

Infine, in parziale deroga a queste disposizioni, l'art. 40, comma 3,

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Corte di giustizia U.E., sent. 12 agosto 2008, causa C-296/08, in *Cass. pen.*, 2009, p. 373: « L'art. 32 (...) dev'essere interpretato nel senso che non osta all'applicazione, da parte dello Stato membro di esecuzione, della convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione Europea, stabilita con atto del Consiglio il 27 settembre 1996 e firmata in pari data da tutti gli Stati membri, anche se quest'ultima convenzione è divenuta applicabile in questo Stato membro dopo il 1° gennaio 2004 ».

⁽⁵¹⁾ Lo Stato richiedente sarebbe stato tenuto a trasmettere all'Italia una « formale domanda di estradizione — alla quale può ritenersi equipollente anche un mandato di arresto europeo, a condizione però che siano soddisfatti tanto i requisiti e i contenuti formali, che i profili attinenti alla competenza dell'autorità richiedente — e la richiesta dovrà essere trattata dall'Italia in conformità alle disposizioni in materia di estradizione », così, *Cass. pen.*, Sez. VI, 15 febbraio 2007, n. 20428, in *Foro it.*, 2007, p. 668. In senso conforme, v. *Cass. pen.*, Sez. VI, 13 luglio 2007, n. 29150, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4268.

l. 69/2005, affermava che le disposizioni di cui all'art. 8 della decisione quadro si applicavano unicamente ai fatti di reato che sono stati commessi dopo l'entrata in vigore della legge interna; con la conseguenza che l'autorità giudiziaria italiana avrebbe dovuto procedere alla verifica della sussistenza del requisito della previsione bilaterale degli stessi. Risultava in questo modo sminuita una delle novità più significative introdotte dalla nuova disciplina ⁽⁵²⁾.

10. Le recenti modifiche introdotte dalla Direttiva 2013/48/UE attuata con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184.

Va innanzitutto rilevato come la Corte europea abbia ribadito il concetto che il mandato di arresto europeo, come ogni altro istituto di diritto comunitario, deve essere interpretato non solo basandosi sul dato letterale delle varie disposizioni interessate, ma anche tenendo conto dello scopo che, con esso, il legislatore europeo si è inteso prefiggere.

Nel contesto del recupero della *ratio* e dello scopo sotteso al nuovo istituto del mandato di arresto europeo, inteso a sostituire tra i Paesi membri dell'Unione europea il tradizionale istituto dell'extradizione, la Corte europea rilevava come tale finalità consistesse nel rendere più efficace e spedita la consegna delle persone ricercate all'interno dello spazio giudiziario europeo.

In fondo, questo era il dato di partenza che aveva fatto dire ad autori italiani, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2005 (che ha dato attuazione alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo), che il riferimento alla condizione dei gravi indizi di colpevolezza, in caso di mandato di arresto processuale (art. 17, comma 4), non poteva essere inteso come se imponesse una verifica sulla consistenza probatoria della richiesta: sarebbe stato contraddittorio con lo scopo del nuovo istituto imporre tale verifica, ad esempio in una richiesta proveniente dalla Francia e non operarla, invece, nel caso di richiesta proveniente dall'Azerbaijan (secondo la Convenzione europea di estradizione, infatti, non è prevista la verifica in punto di colpevolezza della persona ricercata ⁽⁵³⁾).

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 13545, in CED n. 252574.

⁽⁵³⁾ In tal senso S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una prima lettura contestualizzata del caso Taricco*, in Cass. pen., 2016, p. 3488.

Dalla giurisprudenza della Corte di europea in merito al mandato di arresto europeo (e potenzialmente agli altri strumenti dell'Unione europea sul reciproco riconoscimento) emerge una certa prudenza, che corrisponderebbe sostanzialmente all'aver demandato agli Stati membri il controllo delle garanzie nella cornice della disciplina del diritto primario e derivato dell'Unione ⁽⁵⁴⁾.

In materia di mutuo riconoscimento, esigenze di celerità e semplificazione hanno guidato le scelte politico-criminali dell'Unione, per cui quest'ultima, per controbilanciare questa spinta efficientista, ha richiamato la tutela dei diritti fondamentali ed ha istituito un minimo *standard* di garanzie ⁽⁵⁵⁾.

Con riguardo alle recenti novità legislative, non si può non far riferimento al 2009, più precisamente ai lavori dell'Unione europea sul rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali che sono stati condotti sulla base della tabella di marcia adottata sotto la presidenza svedese dal Consiglio il 30 novembre 2009 ("*Stockholm roadmap*" ⁽⁵⁶⁾), che — ribadendo il legame fra reciproco

⁽⁵⁴⁾ Cfr. V. CAIANIELLO-G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato di arresto europeo*, cit., p. 462; V. MAIELLO, *La disciplina interna del mae tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, cit., p. 112.

⁽⁵⁵⁾ Si veda il parere di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Parere 2/13 della Corte (Seduta Plenaria) 18 dicembre 2014, in cui viene riconosciuto in capo agli Stati membri un dovere di presunzione sul rispetto dei diritti fondamentali « sicché risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione » (parr. 191-192); in dottrina, cfr. V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 457 e già prima V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1286.

⁽⁵⁶⁾ Si veda il Libro verde della Commissione — Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, 19.2.2003 COM(2003)75. L'interesse della Commissione era duplice: da un lato, voleva accertare se le cause transfrontaliere presentassero un problema particolare in questo settore e, dall'altro, rafforzare la fiducia reciproca tramite una legislazione euro unitaria. Cfr. Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali.

riconoscimento, fiducia reciproca e tutela dei diritti procedurali ⁽⁵⁷⁾ — definiva un approccio graduale verso l'elaborazione di un catalogo completo dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, evidenziando come i diritti citati nella « tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali », figurante nell'allegato della risoluzione, « sono considerati diritti procedurali fondamentali e all'azione relativa a tali diritti dovrebbe essere attribuita priorità » ⁽⁵⁸⁾.

Come anticipato sono intervenute, in funzione chiarificatrice, le direttive europee che hanno dato attuazione alla tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali e al “pacchetto” di misure presentato dalla Commissione il 27 novembre 2013. Sul primo versante, la direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, la direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e la direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, sul diritto di avvalersi di un difensore nel

⁽⁵⁷⁾ « Il reciproco riconoscimento presuppone che le autorità competenti degli Stati membri abbiano fiducia nei sistemi di giustizia penale degli altri Stati membri. Per rafforzare la reciproca fiducia all'interno dell'Unione europea, è importante, a integrazione della convenzione, disporre di norme dell'Unione europea per la tutela dei diritti procedurali che siano correttamente attuate ed applicate negli Stati membri » (considerando 8 risoluzione, *cit.*).

⁽⁵⁸⁾ Misura A: traduzione e interpretazione, Misura B: informazioni relative ai diritti e all'accusa, Misura C: consulenza legale e assistenza legale gratuita, Misura D: comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari, Misura E: garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili, Misura F: Libro verde sulla detenzione preventiva. Si evidenzia come il punto 12 della Risoluzione riconosceva il carattere non esaustivo del catalogo di misure stabilito nella tabella di marcia; nel Programma di Stoccolma, il Consiglio Europeo adottava la Tabella di marcia, statuendo che « la tutela dei diritti degli indagati e imputati nei procedimenti penali è un valore fondante dell'Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell'Unione. Il Consiglio europeo si compiace pertanto dell'adozione da parte del Consiglio della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, la quale rafforzerà i diritti in questione quando sarà pienamente attuata. La tabella di marcia farà parte d'ora in avanti del programma di Stoccolma » ed invitava contestualmente la Commissione a « presentare le proposte previste nella tabella di marcia per una rapida attuazione della stessa, alle condizioni ivi stabilite; esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore ».

procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; sul secondo versante, si collocano la direttiva 2015/800/UE, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali ⁽⁵⁹⁾ (da attuare entro l'11 giugno 2019) e la direttiva 2016/1919/UE, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo ⁽⁶⁰⁾ (da attuare entro il 25 maggio 2019).

La direttiva 2013/48/UE all'art. 10, da leggersi in combinato disposto ai considerando nn. 42-47, disciplina il diritto di accesso a un difensore nei procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo ⁽⁶¹⁾. Anzitutto, si considera il diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di esecuzione al momento dell'arresto eseguito in conformità al mandato di arresto europeo (art. 10 § 1) e si specifica (art. 10 § 2 lett. *a* e *b*) che le persone richieste in consegna hanno diritto di accedere al difensore in maniera tale da consentire loro di esercitare in modo effettivo i propri diritti ⁽⁶²⁾ e in ogni caso senza indebito ritardo dal momento in cui sono private della libertà personale, nonché di incontrare il difensore che le assiste e di comunicare con lui.

A sua volta il *considerando* n. 43 prevede che gli Stati membri possono dettare disposizioni pratiche sulla durata e frequenza degli incontri (a seconda delle circostanze particolari del caso concreto) e per garantire la sicurezza del difensore e della persona richiesta in consegna nel luogo in cui tali incontri si svolgono, che « non dovrebbero pregiudicare l'effettivo esercizio e l'essenza del diritto delle persone

⁽⁵⁹⁾ A tal riguardo, v. L. CAMALDO, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 12, p. 4572 ss.

⁽⁶⁰⁾ Sul tema, cfr. L. CAMALDO, *La direttiva 2016/1919/UE sul gratuito patrocinio completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2016.

⁽⁶¹⁾ *Ex multis*, v. C. AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati nei procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Legisl. pen.*, 2014, p. 27.

⁽⁶²⁾ Cfr. *considerando* n. 42 primo periodo, direttiva 2013/48/UE.

ricercate di incontrare il loro difensore»; mentre, per il *considerando* n. 44, il diritto di comunicare con il difensore che le assiste nello Stato membro di esecuzione dovrebbe venire assicurato alle persone ricercate ad ogni stadio della procedura, anche prima dell'incontro con il medesimo difensore, e gli Stati membri possono dettare disposizioni pratiche relative a durata, frequenza e modalità della comunicazione, incluse videoconferenza o altre tecnologie. A sua volta, il *considerando* n. 45 sottolinea che lo Stato membro di esecuzione dovrebbe adottare le disposizioni necessarie ad assicurare alle persone ricercate l'esercizio effettivo del loro diritto di avvalersi di un difensore, « anche predisponendo l'assistenza di un difensore qualora le persone ricercate non ne abbiano uno, a meno che non abbiano rinunciato a tale diritto»: le disposizioni dovrebbero venire disciplinate dal diritto nazionale e « potrebbero prevedere, tra l'altro, che le autorità competenti predispongano l'assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili » tra i quali le persone destinatarie del mandato di arresto europeo potrebbero effettuare la propria scelta. È inoltre previsto all'art. 10, § 2 lett. c), il diritto alla presenza e alla partecipazione del difensore all'audizione della persona ricercata da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione, in conformità con le disposizioni nazionali da applicare anche per verbalizzare tale partecipazione: il *considerando* 42, secondo periodo, precisa che il difensore può, « tra l'altro, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale, porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni ».

Si applicano ai procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo (art. 10 § 3) i diritti contemplati agli artt. 4, 5, 6, 7 e 9 della direttiva 2013/48/UE, ossia le disposizioni che riguardano il rispetto della riservatezza nelle comunicazioni con il difensore; il diritto di informare una terza persona della privazione della libertà e a comunicare con essa; il diritto a comunicare con le autorità consolari; la disciplina della rinuncia a uno dei diritti menzionati nell'art. 10, fatto salvo il diritto nazionale che impone la presenza o l'assistenza obbligatoria di un difensore, scelta, comunque, revocabile (cfr. art. 9 §§ 1 e 3).

Il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184, nel recepire la direttiva 2013/48/UE, è intervenuto sia sulle norme di attuazione del codice di procedura penale, sia sulla legge 22 aprile 2005, n. 69, attuativa della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, occupandosi della disciplina concernente la “*dual defence*”.

Dalla prima angolazione, con l'art. 3 d.lgs. n. 184/2016 è stato interpolato l'art. 29, comma 4 lett. *c*), disp. att. c.p.p., relativo agli elenchi e tabelle dei difensori di ufficio: ora il sistema informatizzato (di cui si avvale l'ufficio istituito presso l'Ordine forense di ciascun capoluogo di distretto di Corte di appello) deve garantire l'istituzione di un turno differenziato non solo per gli indagati e gli imputati detenuti, ma anche per quelli « arrestati all'estero in esecuzione di mandato di arresto europeo nell'ambito di procedura attiva di consegna, al fine di agevolare la tempestiva nomina di un difensore che assista quello officiato nello Stato di esecuzione ».

Nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, inviato alle competenti Commissioni parlamentari per l'espressione del relativo parere, si sottolineava che se il soggetto, « raggiunto evidentemente in altro Paese UE da mandato di arresto europeo, non ha nominato un difensore di fiducia, la possibilità di accedere ad una lista dei difensori d'ufficio, organizzati per turni in relazione agli imputati detenuti anche in forza di mandato di arresto, consente di ritenere adeguatamente assolti gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'autorità di esecuzione » ⁽⁶³⁾, discendenti dall'art. 10 e dal *considerando* n. 46 della direttiva *de qua*.

Nell'ambito della procedura passiva di consegna, viceversa, con l'art. 4, comma 1 lett. *a*) e *b*), d.lgs. n. 184/2016 sono stati modificati, rispettivamente, gli artt. 9 e 12 l. 69/2005: nell'art. 9 è stato inserito il comma 5 *bis*, sulla cui base, all'atto di eseguire l'ordinanza che ha applicato la misura coercitiva (emessa ai sensi dell'art. 9 comma 4 l. n. 69/2005), « l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria informa altresì la persona della quale è richiesta la consegna che ha facoltà di nominare un difensore nello Stato di emissione. Della nomina ovvero della volontà dell'interessato di avvalersi di un difensore nello Stato di emissione, il presidente della Corte di appello dà immediato avviso all'autorità competente » di quest'ultimo. Nell'art. 12, dedicato agli adempimenti conseguenti all'arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria, è stato inserito il comma 1 *bis*, che impone alla polizia di effettuare l'informativa contemplata dall'art. 9 comma 5 *bis* primo periodo l. n. 69 del 2005.

Nella Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, si precisa che l'omissione dell'informazione in oggetto « comporta una

⁽⁶³⁾ Cfr. Senato della Repubblica, XVII legislatura, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 317, Relazione illustrativa.

menomazione dei diritti della difesa, integrando una nullità di ordine generale (artt. 178 e 180 c.p.p.), sotto il profilo della mancata assistenza e rappresentanza dell'imputato ». Dalla tabella di concordanza tra l'art. 10 della direttiva e la nostra disciplina nazionale si ricava, secondo il Governo, che la l. n. 69/2005 « regola un procedimento in cui è riconosciuto » alla persona destinataria di un mandato di arresto europeo « il diritto di difesa mediante la possibilità di nominare un difensore di fiducia nello Stato membro di esecuzione o, in difetto, mediante la nomina di un difensore d'ufficio »; dall'esame delle varie disposizioni richiamate, emergeva quindi una « lacuna » da colmare, non essendo previsto dalla normativa interna che alla persona privata della libertà venisse dato avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia nello Stato membro di emissione, con i conseguenti obblighi in capo alla competente autorità italiana, nel caso di procedura passiva di consegna; inoltre, si rendeva necessario prevedere anche che « l'autorità competente dello Stato di emissione » fornisse « ogni utile informazione in ordine ai nominativi cui attingere per la scelta del difensore ». Infine, sulla scorta dell'art. 39 l. 69/2005, che, in assenza di previsioni specifiche della medesima legge, rinvia alle disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili, vanno considerate operanti le disposizioni che « disciplinano l'esercizio dei diritti di informazione e comunicazione della persona privata della libertà personale con il difensore, con i familiari e con eventuali terzi (datori di lavoro e agenti consolari) » ⁽⁶⁴⁾.

La proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (COM [2013] 824 def.), rientrando nel più volte richiamato "pacchetto" di misure presentato dalla Commissione nel novembre 2013, intendeva, con specifico riferimento all'euro-mandato, rendere effettivo per il ricercato il diritto alla "duplice difesa", nello Stato membro di esecuzione e in quello di emissione, collegandosi a quanto stabilito nell'art. 10 della direttiva 2013/48/UE.

Nella Relazione di accompagnamento si sottolineava che la proposta imponeva « agli Stati membri di concedere l'accesso al patrocinio a

⁽⁶⁴⁾ Così M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 dicembre 2016.

spese dello Stato anche oltre l'ammissione provvisoria, dal momento che non sempre i ricercati sono privati della libertà personale». Premessa l'applicazione della normativa ai «ricercati» (art. 2 lett. *b*), l'art. 4 della proposta (Ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato) stabiliva che gli Stati membri dovessero assicurare tale ammissione provvisoria ai ricercati privati della libertà personale nello Stato membro di esecuzione (§ 1 lett. *b*), con possibile recupero dei costi dal ricercato che non rispondesse ai criteri di ammissibilità previsti dal diritto nazionale (art. 4 § 5). A sua volta, l'art. 5 della proposta (Patrocinio a spese dello Stato per i ricercati) prevedeva per i ricercati il diritto al patrocinio a spese dello Stato nello Stato membro di esecuzione (§ 1) e in quello di emissione (§ 2), precisando (§ 3) che esso «può essere subordinato alla valutazione delle risorse del ricercato e/o dell'interesse della giustizia a concedere tale beneficio, secondo i criteri di ammissibilità applicabili nello Stato membro in questione». Quanto alla «verifica delle risorse», la Raccomandazione della Commissione osservava che la valutazione della situazione economica del richiedente dovrebbe venire effettuata sulla base di elementi oggettivi (quali reddito, patrimonio, situazione familiare, tenore di vita, costo di un difensore) e che il ricercato non dovrebbe essere tenuto «a dimostrare al di là di ogni dubbio» che è privo di «risorse finanziarie sufficienti a coprire le spese della difesa e del procedimento»⁽⁶⁵⁾.

Nella versione finale, la direttiva (UE) 2016/1919/UE si applica (art. 2 § 2), in seguito all'arresto nello Stato membro di esecuzione, alle persone ricercate che hanno il diritto di avvalersi di un difensore in virtù della direttiva 2013/48/UE. Secondo l'art. 5 § 1, lo Stato membro di esecuzione assicura che la persona ricercata goda del diritto al patrocinio a spese dello Stato dal momento dell'arresto (eseguito in conformità al mandato di arresto europeo) fino alla consegna o fino al momento in cui la decisione sulla mancata consegna diventi definitiva. A sua volta, lo Stato membro di emissione, in caso di mandato di arresto europeo emesso per l'esercizio di un'azione penale (non, quindi, trattandosi di mandato di arresto europeo esecutivo: la limitazione non era presente nella proposta di direttiva) e se la persona ricercata esercita il diritto di nominare un difensore in tale Stato perché assista il difensore nello Stato membro di esecuzione, assicura che la

⁽⁶⁵⁾ Cfr. M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, cit.

persona, nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, abbia diritto al patrocinio a spese dello Stato sul suo territorio, nella misura in cui il patrocinio « sia necessario ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia » (art. 5 § 2: il parametro non era richiamato dalla proposta di direttiva); per il *considerando* n. 21 secondo periodo, « ciò si applica quando il difensore nello Stato membro di esecuzione non è in grado di svolgere i propri compiti (...) in modo efficiente ed efficace senza l'assistenza di un difensore nello Stato membro di emissione ». Il criterio, che corrisponde a quello enunciato nell'art. 47 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (lo ricorda il *considerando* 21 primo periodo), finisce tuttavia con il rimettere all'autorità competente dello Stato membro di emissione un giudizio discrezionale sull'attuazione del diritto in parola.

La direttiva non chiarisce poi la durata del diritto al patrocinio a spese dello Stato riconosciuto dallo Stato membro di emissione, anche se dovrebbe istituirsi un parallelismo con la durata del medesimo diritto nello Stato membro di esecuzione, visto il loro simbiotico legame: d'altro canto, il *considerando* n. 22 — specie se raffrontato con il *considerando* 21 — si mostra del tutto generico nell'affermare che, per assicurare alle persone ricercate di potersi effettivamente avvalere di un difensore, « gli Stati membri dovrebbero garantire loro il diritto al patrocinio a spese dello Stato fino alla consegna, o fino al momento in cui la decisione sulla consegna diventa definitiva ». Ad ogni buon conto, il diritto della persona ricercata alla “duplice difesa” non deve pregiudicare l'osservanza dei termini previsti per la decisione sulla consegna (art. 10 § 6 direttiva 2013/48/UE).

Al di là della clausola di non regressione contenuta nell'art. 14 direttiva 2013/48/UE, occorrerà quindi vigilare affinché non si ceda alla tentazione di interpretare al ribasso gli *standards* internazionali nelle materie disciplinate dalla direttiva, facendo leva sul riferimento all'equità complessiva del processo, equità complessiva che potrebbe pregiudicare l'esercizio dei singoli diritti inviolabili, aprendo così a pericolose valutazioni discrezionali sulla concreta effettività delle garanzie processuali.

A parere di chi scrive, si tratta di obiettivi fondamentali e che si sta tentando di porre in primo piano nella legislazione interna. Preso atto del difficile passaggio dal vecchio al nuovo sistema, emblematiche sono, da questo punto di vista, le diverse formule adottate dalla legge n. 69/2005, che riportano *in toto* o parzialmente le norme codicistiche sull'estradizione ovvero le numerose pronunce delle nostri Corti, che

talvolta sembrano denotare uno spirito conservatore visto il continuo richiamo ai diritti fondamentali sanciti dal nostro ordinamento positivo, ma certamente apprezzabile è il tentativo del nostro legislatore a rapportarsi alla normativa europea con la dovuta cautela.

Tuttavia, appare ragionevole ritenere che se, da un lato, è necessario uno sforzo da parte dell'Italia, come qualunque altro Stato membro, a conformarsi alla disciplina di derivazione europea, dall'altro lato, tale compito dovrebbe essere facilitato da un rafforzamento ulteriore a livello di Unione dei diritti fondamentali dell'individuo, accompagnato da una contestuale armonizzazione delle leggi domestiche, che in tali valori possano trovare un fondamento comune. Solo in tal modo quei timori di lasciare spazio all'invasione di una normativa che proviene dal di fuori dei confini nazionali potranno essere superati con fiducia e senza riserve.

Capitolo II

LA GIURISPRUDENZA SUL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

di *Francesca Manfredini* (*)

SOMMARIO: 1. La procedura passiva di consegna. — 1.1. Il contenuto del mandato d'arresto europeo. — 1.2. I motivi di rifiuto: la mancata previsione di limiti massimi della custodia preventiva. — 1.3. Il diverso grado di tutela del cittadino italiano rispetto al residente. — 2. La procedura attiva di consegna. Il giudice competente all'emissione del mandato. — 2.1. La computabilità della custodia cautelare all'estero. — 3. Alcune recenti questioni poste all'attenzione della Corte di giustizia. — 3.1. Mandato d'arresto europeo e decisioni pronunciate *in absentia*. — 3.2. Il rinvio dell'esecuzione del mandato in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti. — 3.3. La previsione di un nuovo termine per procedere alla consegna del ricercato.

1. La procedura passiva di consegna.

Fin dai primi mesi successivi all'entrata in vigore della legge 22 aprile 2005, n. 69, la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale hanno svolto un'importante opera interpretativa, volta a chiarire alcuni aspetti centrali dell'applicazione del mandato d'arresto europeo.

È importante rilevare come le pronunce delle Corti abbiano prevalentemente interessato quei profili della legge italiana, che presentano significative divergenze rispetto alle disposizioni contenute nella decisione quadro 2002/584/GAI (1).

(*) Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale all'Università degli Studi di Milano.

(1) Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI), in *G.U.U.E.*, 18 luglio 2002, L 190/1.

1.1. Il contenuto del mandato d'arresto europeo.

In tale ambito, un primo tema affrontato dalla Corte di cassazione è stato quello attinente al contenuto che deve caratterizzare il mandato d'arresto europeo.

L'art. 6 l. 69/2005 prevede, infatti, che, oltre alle informazioni contemplate dall'art. 8 della decisione quadro, siano allegati al mandato ulteriori documenti. Essi sono individuati nel provvedimento restrittivo della libertà personale o nella sentenza di condanna, nella relazione sui fatti addebitati alla persona, nel testo delle disposizioni di legge applicabili, nonché nei dati segnaletici e nelle altre informazioni relative all'identità e nazionalità della persona ricercata. Inoltre, ai sensi dell'art. 16 l. 69/2005, la Corte d'appello ha la possibilità di richiedere all'autorità dello Stato di emissione la trasmissione di ulteriori informazioni integrative, occorrenti ai fini della decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo, fissando, a tal fine, un termine massimo di trenta giorni ⁽²⁾. In tal modo, la legislazione italiana appesantisce notevolmente la procedura di cooperazione, sminuendo la portata del principio del mutuo riconoscimento e tradendo, dunque, lo spirito posto a fondamento della decisione quadro.

La portata della questione si coglie pienamente ove si consideri che, ai sensi dell'art. 6, comma 6, l. 69/2005, l'incompletezza della documentazione da allegare al mandato d'arresto obbliga la Corte d'appello a rigettare la richiesta di consegna.

Con numerose pronunce sul punto, la Corte di cassazione ha ridimensionato le conseguenze derivanti da eventuali lacune del mandato d'arresto, precisando che « spetta all'autorità giudiziaria di esecuzione stabilire, in presenza di indicazioni mancanti, se, in considerazione della concreta fattispecie penale dedotta e di ogni altra informazione trasmessa, la lacuna possa considerarsi ostantiva alla conse-

⁽²⁾ Secondo la giurisprudenza di legittimità, le informazioni integrative, che possono essere richieste, sono le informazioni e i documenti già in possesso dello Stato di emissione del mandato. È, infatti, incompatibile con il principio di sovranità e con i tempi della procedura di consegna la richiesta diretta all'acquisizione di prove non ancora eseguite (cfr. Cass. pen., Sez. fer., 14 settembre 2005 n. 33642, in *CED* n. 232119). Inoltre, il termine previsto dall'art. 16 ha natura ordinatoria e decorre dal momento in cui la richiesta perviene all'autorità estera (v. Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2007 n. 4614, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, p. 1911).

gna» (3). Diversamente, si consentirebbe che qualsiasi lacuna del mandato e delle altre informazioni trasmesse determini la conclusione negativa del procedimento, scadendo in un formalismo burocratico contrario sia al principio del mutuo riconoscimento, che all'esigenza di reali garanzie difensive (4).

La giurisprudenza si è prevalentemente interessata, in particolare, ai profili concernenti la mancata allegazione della copia del provvedimento restrittivo, nonché la mancata trasmissione della relazione sui fatti addebitati al ricercato, nella quale deve essere specificamente dato conto delle fonti di prova (5). Nell'ottica del legislatore, infatti, dalla mancata allegazione di tali documenti deriverebbe l'impossibilità per la Corte d'appello di controllare la sussistenza degli ulteriori requisiti sanciti agli artt. 17, comma 4, e 18, lett. *t*), l. 69/2005. In caso di mandato d'arresto processuale, non sarebbe, infatti, possibile verificare, da un lato, che il provvedimento cautelare sia motivato; dall'altro, che sussista un grave compendio indiziario, in grado di giustificare la limitazione della libertà personale del soggetto.

Entrambi i profili sono stati analizzati dalla Corte di cassazione, che, con numerose pronunce, ha stabilito il principio per cui l'omessa allegazione del provvedimento restrittivo e della relazione illustrativa non è di per sé ostativa alla consegna, qualora il mandato d'arresto —

(3) Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 12 dicembre 2006 n. 40614, in *Cass. pen.*, 2007, n. 7-8, p. 2912. A tal proposito la Corte ha ulteriormente precisato che «l'incompletezza del mandato di arresto europeo non ne determina di per sé la nullità quando si tratti di invalidità in sé irrilevante o inidonea a riverberarsi sulla validità degli atti processuali successivi» (v. Cass. pen., Sez. fer., 15 settembre 2008 n. 35288, in *CED* n. 240720).

(4) In tal senso, v. Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2006 n. 16542, in *Cass. pen.*, 2007, n. 3, p. 1159.

(5) Con riferimento ai profili concernenti la mancata allegazione del testo delle disposizioni normative applicabili nello Stato membro di emissione, la Corte di cassazione ha precisato che essa «non costituisce di per sé causa di rifiuto della consegna, trattandosi di documentazione necessaria solo quando sorgano particolari problemi interpretativi la cui soluzione necessiti dell'esatta cognizione della portata della norma straniera, come nel caso della verifica della doppia punibilità» (v. Cass. pen., Sez. VI, 6 maggio 2011 n. 17797, in *Cass. pen.*, 2012, n. 7-8, p. 2649; Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2008 n. 15650, in *CED* n. 239679). Quanto all'omessa allegazione dei dati segnaletici, la Corte ha stabilito che la normativa di attuazione «non impone, ai fini di determinare l'identità della persona della quale è domandata la consegna, un'allegazione formale al mae della scheda dattiloscopica o di altri dati tecnici, dovendosi considerare sufficiente che tali oggettive tracce identificative siano desumibili dal complesso degli atti integranti l'intera procedura di consegna» (cfr. Cass. pen., Sez. fer., 16 settembre 2009 n. 35907, in *Cass. pen.*, 2010, n. 10, p. 3546).

ovvero altri atti ad esso equipollenti — contenga tutti gli elementi conoscitivi necessari e sufficienti affinché la Corte d'appello possa esercitare il controllo affidatole dalla legge nazionale ⁽⁶⁾. In proposito, la Suprema Corte ha rilevato come il controllo sulla sussistenza della motivazione — di cui all'art. 18, lett. *t*) — e quello sui gravi indizi di colpevolezza — di cui all'art. 17, comma 4 — possano essere effettuati direttamente sul mandato di arresto europeo ⁽⁷⁾.

Più nello specifico, la Corte ha avuto modo di precisare come il requisito dei gravi indizi di colpevolezza non richieda all'autorità giudiziaria italiana di effettuare una pregnante valutazione di merito. Posto che l'obiettivo della decisione quadro è quello di semplificare le procedure di cooperazione tra Stati, in ragione dell'alto grado di fiducia reciproca tra i Paesi membri dell'Unione europea, la Corte ha stabilito che l'esecuzione dell'euromandato non possa essere subordinata alla verifica e alla rappresentazione argomentativa, da parte dell'autorità giudiziaria italiana, della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. In caso contrario, si determinerebbe l'imposizione di un regime valutativo e motivazionale assimilabile a quello previsto dal codice di procedura penale in tema di estradizione passiva. A giudizio della Corte di cassazione, pertanto, i gravi indizi devono essere semplicemente riconoscibili dall'autorità giudiziaria nazionale, la quale deve limitarsi a verificare che il mandato sia fondato su un compendio indiziario, la cui valutazione in concreto spetta, in via esclusiva, all'autorità emittente ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ In tal senso, v. Cass. pen., Sez. VI, 30 dicembre 2010 n. 45668, in *Cass. pen.*, 2012, n. 4, p. 1452; Cass. pen., Sez. fer., 2 settembre 2009 n. 33600, in *CED* n. 244388; Cass. pen., Sez. fer., 14 agosto 2009 n. 33389, in *Cass. pen.*, 2010, n. 9, p. 3186; Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2009 n. 15223, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 1900; Cass. pen., Sez. VI, 23 aprile 2008 n. 16942, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3758; Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 4054, in *CED* n. 238394.

⁽⁷⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 4054, in *CED* n. 238394; Cass. pen., Sez. VI, 3 luglio 2007 n. 25421, in *Cass. pen.*, 2008, n. 11, p. 4269; Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 2006 n. 14993, in *CED* n. 234126.

⁽⁸⁾ V. Cass. pen., Sez. fer., 27 agosto 2010 n. 32381, in *Cass. pen.*, 2011, n. 10, p. 3507; Cass. pen., Sez. VI, 18 settembre 2008 n. 35832, in *CED* n. 240722; Cass. pen., Sez. VI, 3 luglio 2007 n. 25421, in *Cass. pen.*, 2008, n. 11, p. 4269; Cass. pen., Sez. Un., 5 febbraio 2007 n. 4614, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, p. 1911; Cass. pen., Sez. VI, 7 marzo 2006 n. 7915, in *Cass. pen.*, 2007, n. 4, p. 1713; Cass. pen., Sez. fer., 14 settembre 2005 n. 33642, in *Foro it.*, 2005, n. 10, II, p. 497. *Contra*, v. Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2006 n. 12453, in *Dir. giust.*, 2006, n. 28, p. 79, che ha sollecitato una puntuale verifica della gravità indiziaria, sulla base dei canoni di valutazione probatoria propri dell'ordinamento interno.

Quanto al controllo sulla sussistenza della motivazione del provvedimento restrittivo, la Corte ha precisato che tale presupposto non può essere inteso come strettamente corrispondente alla nozione propria della tradizione giuridica italiana, la quale richiede l'esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio. Ai fini dell'esecuzione del mandato è, infatti, sufficiente che l'autorità d'emissione "giustifici" il mandato d'arresto, anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali, risultanti a carico della persona chiesta in consegna ⁽⁹⁾.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina, la Corte di cassazione ha, in tal modo, notevolmente circoscritto l'ambito di operatività dell'ipotesi di diniego della consegna contemplata dall'art. 6, comma 6, attraverso un'interpretazione *praeter legem*, conforme alla lettera e all'obiettivo dell'atto normativo europeo ⁽¹⁰⁾.

1.2. I motivi di rifiuto: la mancata previsione di limiti massimi della custodia preventiva.

Un ulteriore tema, sul quale si sono concentrate le pronunce della Corte di cassazione e della Corte costituzionale è quello concernente i motivi di rifiuto alla consegna.

Anche in tale settore, infatti, il legislatore italiano è andato ben oltre alle indicazioni contenute nella decisione quadro del 2002, ampliando le ipotesi ostative alla consegna, al fine di garantire il rispetto di previsioni costituzionali ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 19 aprile 2008 n. 16362, in *Cass. pen.*, 2009, n. 9, p. 3530; Cass. pen., Sez. Un., 5 febbraio 2007 n. 4614, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, p. 1911; Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 2006 n. 14993, in *CED* n. 234126; Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2005 n. 37649, in *Giur. it.*, 2006, n. 10, p. 1932; Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 2005 n. 34355, in *CED* n. 232053.

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. BARGIS, *Riflessioni in tema di mandato di arresto europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, n. 3, p. 617; P. SPAGNOLO, *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Legisl. pen.*, 2007, n. 3, p. 599.

⁽¹¹⁾ Risultano, in particolare, estranei alle previsioni della decisione quadro i motivi di rifiuto relativi alle ipotesi in cui: il diritto è stato leso con il consenso di chi, secondo la legge italiana, può validamente disporne (art. 18, lett. *b*); per la legge italiana il fatto costituisce esercizio di un diritto, adempimento di un dovere ovvero è stato determinato da caso fortuito o forza maggiore (art. 18, lett. *c*); la legislazione dello Stato membro di emissione non prevede limiti massimi alla carcerazione preventiva (art. 18, lett. *e*); la persona di cui si chiede la consegna è una donna incinta o madre di prole di

La Corte di cassazione si è, anzitutto, concentrata sui profili problematici emergenti dalla previsione di cui all'art. 18, lett. e), l. 69/2005, la quale ha espressamente stabilito che la Corte d'appello deve rifiutare la consegna della persona sottoposta al mandato d'arresto europeo nell'ipotesi in cui la normativa dello Stato di emissione « non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva ».

Le criticità derivanti da tale previsione sono essenzialmente riconducibili a due aspetti: in primo luogo, il motivo di rifiuto appare totalmente sconosciuto alla decisione quadro, che non lo contempla né tra i motivi facoltativi, né, tantomeno, tra quelli obbligatori. In secondo luogo, va rilevato come la previsione normativa costituisca la proiezione interstatuale della disciplina nazionale, che, in linea con il dettato dell'art. 13, comma 5, Cost., regola i termini di durata della custodia cautelare. Conseguentemente, il tenore dell'art. 18, lett. e) pare escludere la possibilità di concludere positivamente la procedura di cooperazione con quegli Stati membri che, pur caratterizzandosi per una tradizione giuridica pienamente rispettosa dei principi dettati dalla CEDU, non contemplano un meccanismo di controllo della durata della carcerazione preventiva perfettamente assimilabile a quello previsto dal nostro ordinamento nazionale.

Appare, dunque, evidente la delicatezza della questione, ove si consideri che essa può efficacemente ricondursi ad un'ipotesi in cui l'obiettivo di garantire la buona riuscita delle procedure di cooperazione tra Stati appartenenti all'Unione europea viene sacrificato alla luce della necessaria tutela di un bene inviolabile e costituzionalmente tutelato, qual è la libertà personale.

In proposito, preme, anzitutto, rilevare come il testo dell'art. 18, lett. e) della legge di attuazione abbia pressoché letteralmente riproposto il disposto dell'art. 13, comma 5, Cost. Inoltre, è importante evidenziare che la tutela costituzionale della libertà personale trova riscontro anche a livello sovranazionale. Il bene di cui all'art. 13 Cost. rientra, infatti, pacificamente tra i diritti fondamentali, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, pertanto, costituisce un principio generale del diritto dell'Unione⁽¹²⁾. Esso trova, peraltro, specifica tutela sia all'interno della Carta dei diritti fonamen-

età inferiore ai tre anni con lei convivente, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale gravità (art. 18, lett. s); il provvedimento cautelare che fonda la richiesta è mancante di motivazione (art. 18, lett. t), sul quale v., *supra*, § 1.1.

(12) Cfr. art. 6 TUE.

tali dell'Unione europea ⁽¹³⁾, che nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ⁽¹⁴⁾. Infine, la stessa d.q. 2002/584/GAI contiene un'importante indicazione in merito al profilo in esame: il considerando n. 12 afferma, infatti, che l'atto normativo « rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea », e che esso « non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo ».

I profili problematici delineati hanno posto rilevanti dubbi in sede applicativa, sui quali si è espressa la giurisprudenza di legittimità, ricorrendo a due diverse opzioni interpretative.

Un primo orientamento ha privilegiato un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 18, lett. e) ritenendo che la causa ostativa alla consegna sia integrata in tutti i casi in cui l'ordinamento dello Stato di emissione del mandato d'arresto europeo non disciplini legislativamente i termini massimi di durata della carcerazione preventiva ⁽¹⁵⁾. Tale conclusione deriva dalla constatazione che il legislatore nazionale, con la disposizione citata, ha palesemente manifestato l'intenzione di voler assumere la disciplina interna, riguardante la carcerazione cautelare, quale unico parametro idoneo ad assicurare concretamente la ragionevole durata della detenzione preventiva. A fronte della chiarezza del dato normativo non appare, dunque, possibile seguire la via dell'interpretazione sistematica, volta a privilegiare l'efficienza della procedura di consegna tra Stati membri, posto che, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il principio di interpretazione conforme non può spingersi fino a condurre ad una lettura *contra legem* del diritto nazionale ⁽¹⁶⁾.

Pertanto, non spetta alla giurisdizione valutare se ulteriori e diversi meccanismi di controllo sulla carcerazione preventiva, contemplati dagli ordinamenti esteri, siano equipollenti alla previsione legislativa italiana. Tale valutazione potrebbe essere effettuata unicamente da parte del legislatore, unico soggetto legittimato a rimeditare la portata

⁽¹³⁾ V. art. 6 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁽¹⁴⁾ V. art. 5 CEDU.

⁽¹⁵⁾ V. Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2006 n. 16542, in *Cass. pen.*, 2007, n. 3, p. 1159.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, P. c. Italia.

della condizione ostativa in esame, al fine di evitare l'insorgenza di difficoltà nei rapporti tra l'Italia e gli altri Stati membri dell'Unione.

Un secondo indirizzo interpretativo ha, invece, preferito privilegiare la buona riuscita della procedura di cooperazione. Invero, non è stato ritenuto applicabile il motivo di rifiuto in questione tutte le volte in cui — pur non prevedendo l'ordinamento dello Stato di emissione una disciplina relativa ai termini massimi di durata della custodia cautelare — fossero contemplati meccanismi diversi, ma ugualmente efficaci nel tutelare adeguatamente la libertà personale ⁽¹⁷⁾.

Valorizzando le ragioni fondanti l'emanazione della d.q. 2002/584/GAI, tale orientamento ha, infatti, ritenuto di « ammettere una valutazione “per equivalente” dei diversi sistemi di custodia cautelare in carcere e dei loro limiti temporali » ⁽¹⁸⁾.

In particolare, la reciproca fiducia, che informa i rapporti tra Stati membri dell'Unione, ha portato la Corte ad escludere che l'art. 18, lett. e), l. 69/2005 subordini l'esecuzione del mandato d'arresto a una perfetta identità degli ordinamenti nazionali in materia di detenzione preventiva. La corretta lettura del dettato normativo impone, invece, « all'autorità giudiziaria di rifiutare la consegna tutte le volte che il sistema di custodia cautelare in carcere dello Stato richiedente non fornisca — in ragione delle norme che lo regolano e delle prassi di loro applicazione — una garanzia ritenuta “equivalente” a quella offerta dal nostro ordinamento attraverso il sistema dei limiti massimi di custodia ».

Spetta, pertanto, all'autorità giudiziaria nazionale valutare se, nel singolo caso sottopostole, il meccanismo di controllo della carcerazione preventiva, contemplato dall'ordinamento dello Stato emittente, è idoneo a garantire una tutela della libertà personale assimilabile a quella disciplinata dal sistema normativo interno, attraverso la previsione dei limiti massimi di custodia legislativamente predeterminati.

Il contrasto interpretativo illustrato è stato risolto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali hanno ritenuto di aderire al secondo orientamento ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ V. Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2006 n. 38852, in *Dir. giust. online*, 2006.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2006 n. 38852, cit.

⁽¹⁹⁾ V. Cass. pen., Sez. Un., 5 febbraio 2007 n. 4614, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, p. 1911. Sul tema, v. M. NADDEO, *Mandato di arresto europeo: incertezze applicative e prassi giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 4, p. 1447; E. CALVANESE, *Proble-*

La Corte evidenzia, anzitutto, come la causa ostativa di cui all'art. 18, lett. e) della legge di attuazione non sia espressamente prevista dalla decisione quadro. Ciononostante, il mero elemento formale non può condurre a ritenere che la disposizione normativa interna sia in contrasto con l'atto europeo. A tale conclusione la Corte giunge rilevando come il motivo di rifiuto in esame sia riferibile alle garanzie sul giusto processo, richiamate dal considerando n. 12, nonché ai diritti fondamentali previsti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri e dalla CEDU.

Proprio con riferimento alla tutela assicurata alla libertà personale in ambito sovranazionale, la Cassazione evidenzia come la CEDU non imponga la fissazione di termini rigidi di durata della custodia cautelare. Tale impostazione è confermata dalla giurisprudenza di Strasburgo, che, ai fini del rispetto dell'art. 5 della Convenzione, non richiede la fissazione di termini prestabiliti di durata della carcerazione preventiva, prospettando, piuttosto, l'esigenza che in concreto il soggetto sottoposto a restrizione sia al più presto portato in giudizio o sia altrimenti scarcerato ⁽²⁰⁾.

In continuità con tale impostazione si pone, inoltre, la raccomandazione sull'uso della custodia preventiva del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ⁽²¹⁾, che evidenzia l'opportunità che gli Stati aderenti si dotino di meccanismi di *continuous reviews*, da realizzare ad intervalli temporali regolari, al fine di valutare la necessità del mantenimento della detenzione cautelare. In proposito, la raccomandazione esprime chiaramente una preferenza per meccanismi di controllo periodici, ritenendo non sufficienti a garantire un'effettiva tutela della

matiche attuative del mandato di arresto europeo, in *Cass. pen.*, n. 5, 2007, p. 1926; G. FRIGO, *Annulare la garanzia del limite massimo sconfinando nelle prerogative del legislatore*, in *Guida dir.*, 2007, n. 10, p. 55; E. SELVAGGI, *Recuperata una soglia di ragionevolezza*, *ivi*, p. 60; D. SERVI, *Mandato di cattura europeo e limiti massimi alla carcerazione preventiva: l'adattamento della disciplina italiana secondo le Sezioni Unite*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, n. 4, p. 488; A. MONTAGNA, *Mandato d'arresto europeo e verifica del sistema cautelare straniero*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, n. 4, p. 440.

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte EDU, 6 novembre 2003, Ricorso n. 60851/00, causa Pantano c. Italia, in *www.giustizia.it*.

⁽²¹⁾ *Recommendation, Rec(2006)13, of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*, del 27 settembre 2006, disponibile al sito *www.coe.int*.

libertà personale quei sistemi fondati esclusivamente sulla previsione di periodi massimi di carcerazione cautelare ⁽²²⁾.

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni unite hanno ritenuto che la disposizione di cui all'art. 18, lett. e), l. 69/2005 sia suscettibile di un'interpretazione adeguatrice, che renda la norma « adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, dovendosi sfuggire alla tentazione di parametrare al significato di nozioni ed espressioni evocative di precisi istituti dell'ordinamento interno dettati normativi concepiti dal legislatore italiano ai fini di una loro proiezione interstatuale » ⁽²³⁾.

Pertanto, si deve ritenere che siano rispettosi del requisito di cui all'art. 18, lett. e) tutti quei sistemi normativi, che prevedono meccanismi processuali di controllo sulla sussistenza della necessità della custodia cautelare, al fine di valutarne la prosecuzione o l'immediata cessazione. In tali sistemi è, infatti, rinvenibile l'esistenza implicita e indiretta di un limite massimo alla carcerazione preventiva, derivante dalla previsione di un controllo, che deve essere instaurato entro un tempo inderogabile — predeterminato dalla legge — e che, se non effettuato, ovvero se riscontrante una valutazione di non necessità di mantenimento della custodia, conduce all'automatica liberazione del soggetto ristretto ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Il punto 23 della raccomandazione specifica, infatti, che « *any specification of a maximum period of remand in custody shall not lead to a failure to consider at regular intervals the actual need for its continuation in the particular circumstances of a given case* ».

⁽²³⁾ Sulla base del rilievo per cui il sistema delineato dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo si fonda sul riconoscimento di quelle garanzie minime, condivise dagli Stati membri, codificate nella Carta di Nizza e nella CEDU, la Corte ha stabilito che l'art. 18, lett. e) non possa essere interpretato nel senso di richiedere la previsione di termini di durata della custodia cautelare « che si accompagnino a tutto l'iter del procedimento, compresi i giudizi di impugnazione, fino alla sentenza irrevocabile ». Una diversa interpretazione renderebbe inesigibile il rispetto della disposizione normativa da parte di un gran numero di Stati membri e si paleserebbe in pieno contrasto con quanto stabilito dalla giurisprudenza di Strasburgo, che riferisce la nozione di custodia preventiva esclusivamente alla fase antecedente il giudizio di primo grado, prevedendo che « la condanna, anche se non definitiva, legittima il protrarsi della detenzione, che cessa pertanto di essere "cautelare" ». Pertanto, la Corte ha ritenuto compatibili con il dettato dell'art. 18, lett. e) i sistemi giuridici in cui sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado.

⁽²⁴⁾ Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto compatibile con il disposto di cui all'art. 18, lett. e) la normativa della Germania. Essa, infatti, oltre a prevedere un limite massimo di custodia cautelare — prorogabile in presenza di presupposti specifici —,

A giudizio della Corte, inoltre, la possibilità che una valutazione positiva circa la permanenza della necessità di ricorrere allo *status custodiae* si risolve in una proroga della durata della detenzione non è incompatibile con il concetto di “limite massimo” contenuto nella disposizione di attuazione ⁽²⁵⁾. A tale proposito, infatti, la Corte rileva come gli stessi termini di durata massima della custodia cautelare, di cui all’art. 303 c.p.p., siano suscettibili di proroga ⁽²⁶⁾. Pertanto, « secondo lo stesso linguaggio normativo interno, il termine “massimo” non è quindi sinonimo di “assoluto” o “improrogabile” » ⁽²⁷⁾.

1.3. Il diverso grado di tutela del cittadino italiano rispetto al residente.

Ulteriore questione, che merita un approfondimento, è quella attinente all’opzione legislativa di accordare un regime differenziato di consegna a favore del cittadino italiano ⁽²⁸⁾.

assicura che la necessità di ricorrere allo *status custodiae* sia sottoposta a controlli *ex officio*, cronologicamente cadenzati. Tali controlli hanno natura obbligatoria: in caso di loro mancanza la legislazione impone un automatico effetto liberatorio. Successivamente, la Corte di cassazione ha ritenuto compatibili con gli *standard* richiesti dall’art. 18, lett. e) i sistemi normativi dell’Austria (v. Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2007 n. 12405, in *CED* n. 235907), della Lituania (v. Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2008 n. 12665, in *CED* n. 239155), della Spagna (v. Cass. pen., Sez. fer., 8 settembre 2008 n. 34781, in *CED* n. 240921), della Grecia (v. Cass. pen., Sez. fer., 3 settembre 2008 n. 34574, in *CED* n. 240716), della Scozia (v. Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2010 n. 26194, in *CED* n. 247827), dell’Ungheria (v. Cass. pen., Sez. VI, 5 gennaio 2015 n. 49, in *CED* n. 261847), del Lussemburgo (Cass. pen., Sez. VI, 11 luglio 2017 n. 34439, in *Dejure*).

⁽²⁵⁾ A giudizio della Corte, la nozione di “limiti massimi” è meno rigorosa rispetto a quella di “termini massimi”, di cui all’art. 303 c.p.p., e non implica che il mero decorso del tempo produca un automatico effetto liberatorio, il quale potrebbe anche derivare da provvedimenti giudiziali, negativi o positivi, conseguenti a una certa e prefissata cadenza temporale.

⁽²⁶⁾ La Corte prende in specifico esame le ipotesi di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, contemplati dall’art. 304 c.p.p., nonché le ipotesi di proroga, di cui all’art. 305 c.p.p.

⁽²⁷⁾ La soluzione interpretativa prospettata dalle Sezioni unite è stata successivamente richiamata da parte della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 18, lett. e) sollevata in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, comma 1, della Costituzione. V. Corte cost., ord. 14 aprile 2008 n. 109, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, p. 3667.

⁽²⁸⁾ Cfr. G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 770 ss.

A tale proposito, quanto alle cause ostative alla consegna, l'art. 18, lett. *r*) dispone che la Corte d'appello debba rifiutare di eseguire un mandato d'arresto europeo, finalizzato all'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, qualora « la persona ricercata sia cittadino italiano, sempre che la Corte d'appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno ».

Tale previsione attua nell'ordinamento nazionale l'art. 4, n. 6, d.q. 2002/584/GAI, con la rilevante differenza che l'atto normativo europeo accorda la tutela in esame non solo al cittadino dello Stato di esecuzione, ma anche alla persona che ivi dimora o risiede.

In un primo momento, la giurisprudenza ha ritenuto che la scelta del legislatore italiano non si ponesse in contrasto con i principi stabiliti nella decisione quadro. In particolare, configurando l'art. 4, n. 6 un motivo di rifiuto meramente facoltativo, esso non imponeva al legislatore nazionale di estendere le garanzie, eventualmente riconosciute in favore dei propri cittadini, anche agli stranieri dimoranti o residenti nel territorio italiano ⁽²⁹⁾. La trasposizione nell'ordinamento nazionale di un motivo di rifiuto facoltativo sarebbe, infatti, espressione di una valutazione discrezionale, rimessa all'esclusiva competenza del legislatore interno, immune da qualsivoglia censura di irragionevolezza.

Tuttavia, le critiche rivolte nei confronti della previsione normativa *de qua* si estendevano ad un ulteriore profilo. Infatti, l'art. 18, lett. *r*) non era solo dissonante rispetto alla decisione quadro, ma presentava anche un difetto di coordinamento con l'art. 19, lett. *c*) della medesima legge di attuazione. Quest'ultimo, relativamente all'ipotesi di mandato d'arresto processuale, subordina la consegna del cittadino e del residente nello Stato italiano « alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione ».

Risulta, quindi, evidente l'asimmetria di trattamento, disegnata dalla normativa interna, nei confronti della persona straniera residente

⁽²⁹⁾ In tal senso, v. Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2008 n. 25879, in *Cass. pen.*, 2009, n. 9, p. 3529; Cass. pen., Sez. VI, 17 aprile 2008 n. 16213 in *CED* n. 239721; Cass. pen., Sez. fer., 7 settembre 2007 n. 34210, in *CED* n. 237055, le quali rilevano come non sia possibile estendere in via interpretativa allo straniero residente il motivo di rifiuto di cui all'art. 18, lett. *r*).

nello Stato italiano. Nel caso di mandato d'arresto esecutivo, il residente non gode di alcuna garanzia peculiare; mentre, nell'ipotesi di mandato d'arresto processuale, gli è assicurata la medesima tutela prevista per il cittadino. In altri termini, se lo straniero residente in Italia viene attinto da una sentenza definitiva di condanna, dovrà scontare la pena nello Stato di emissione; se, invece, è stato emesso nei suoi confronti un mandato d'arresto europeo a fini processuali, egli potrà rientrare in Italia per l'espiazione della pena ⁽³⁰⁾.

La portata della questione ha condotto la giurisprudenza di legittimità a sollecitare il vaglio della Corte costituzionale, prospettando un contrasto dell'art. 18, lett. *r*), l. 69/2005 con gli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost. ⁽³¹⁾

Con la sentenza n. 227 del 2010 ⁽³²⁾, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18, lett. *r*) della legge di attuazione, poiché in contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., « nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno ».

⁽³⁰⁾ Cfr. G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 772.

⁽³¹⁾ Cfr. Ordinanza n. 298, 27 agosto 2009, emessa dalla Corte di cassazione sul ricorso proposto da Papierz Miroslaw Kazimierz, in *G.U.*, 16 dicembre 2009, 1° serie speciale, n. 50, p. 71. In particolare, i rimettenti ritenevano sussistente una violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., poiché la legge nazionale non aveva correttamente attuato l'art. 4, n. 6, d.q. 2002/584/GAI, riservando al solo cittadino italiano la possibilità di espriare *in loco* la pena detentiva. Secondo la Corte, la circostanza che l'art. 4, n. 6 disciplini un'ipotesi facoltativa di rifiuto comporta che il legislatore nazionale possa discrezionalmente scegliere se recepire o meno tale causa ostativa alla consegna. Non è, invece, consentito al legislatore interno di operare una manipolazione del contenuto della previsione normativa, giustificato da mere ragioni di politica criminale nazionale. Inoltre, alla luce della *ratio* della previsione, volta a favorire il reinserimento sociale del condannato, si evidenziava come la scelta di discriminare lo straniero residente in Italia implicasse una violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. Infine, la diversità di disciplina emergente dal raffronto tra l'art. 18, lett. *r*) e l'art. 19, lett. *c*), l. 69/2005 configurava una violazione dell'art. 3 Cost.

⁽³²⁾ V. Corte cost., 24 giugno 2010 n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, III, p. 2598. In argomento, v. R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione*, *ivi*, p. 2623; B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r, l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, *ivi*, p. 2630.

L'argomentazione della Corte prende il via dall'analisi delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, che hanno specificamente affrontato il tema del rifiuto alla consegna, previsto dall'art. 4, n. 6, d.q. 2002/584/GAI ⁽³³⁾. Poiché la *ratio*, posta alla base di tale motivo di rifiuto, consiste nel favorire il reinserimento sociale della persona attinta dal mandato d'arresto, la decisione quadro legittima lo Stato membro di esecuzione a rifiutare la consegna dei soggetti, che abbiano dimostrato di avere un sicuro grado di inserimento nella società di detto Stato.

Ciò considerato, la Corte rileva come la cittadinanza non sia idonea a costituire il criterio, in base al quale individuare il contesto più idoneo a favorire la risocializzazione del reo. Al contrario, tale criterio va correttamente individuato nella "residenza stabile", la quale rappresenta « il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della formazione dei figli » ed è, pertanto, rivelatrice della sussistenza di un radicamento reale ed effettivo dello straniero in Italia.

La Corte costituzionale sottolinea, poi, che i termini "residenza" e "dimora", contenuti nella decisione quadro e nella legge italiana di recepimento, rappresentano nozioni autonome di diritto comunitario e, in quanto tali, vanno intesi in conformità all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia.

Pertanto, è corretto ritenere che una persona ricercata risieda nello Stato membro di esecuzione, « qualora essa abbia ivi stabilito la propria residenza effettiva » ⁽³⁴⁾, mentre la nozione di dimora è integrata, « qualora, a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata » nel Paese di esecuzione, il soggetto ricercato « abbia acquisito con tale Stato legami di intensità simile a quella dei legami che si instaurano in caso di residenza » ⁽³⁵⁾. Per riscontrare la sussistenza di tali presupposti, il giudice nazionale dovrà procedere ad una valutazione globale degli elementi che caratterizzano la situazione del ricercato, tenendo conto, in particolar modo, della durata e delle modalità della sua

⁽³³⁾ La Corte costituzionale fa espresso riferimento a Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 6 ottobre 2009, causa C-123/08, Wolzenburg e Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 17 luglio 2008, causa C-66/08, Kozłowski.

⁽³⁴⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 17 luglio 2008, cit., § 54. Sul tema, v. S. RIONDATO, *Nozione di residenza e di dimora ai fini del mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, n. 9, p. 1179.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

presenza nel territorio dello Stato di esecuzione, nonché dei legami familiari ed economici ivi stabiliti ⁽³⁶⁾.

In conclusione, risulta evidente come l'art. 18, lett. *r*), l. 69/2005 tradisca sia la lettera che la *ratio* della norma europea, la quale non può, pertanto, dirsi correttamente attuata. Invero, la differenziazione di trattamento del cittadino, rispetto al residente e al dimorante, operata dalla disposizione di diritto interno, finisce per configurare un'ipotesi di violazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'art. 18 TFUE ⁽³⁷⁾. Tale differenziazione non risulta, infatti, fondata su alcuna giustificazione legittima e ragionevole, traducendosi, in definitiva, in una discriminazione soggettiva ⁽³⁸⁾.

2. La procedura attiva di consegna. Il giudice competente all'emissione del mandato.

La giurisprudenza nazionale si è anche occupata di rilevanti aspetti attinenti alla disciplina della procedura attiva di consegna, relativa all'ipotesi in cui la richiesta di esecuzione dell'euromandato sia emessa dall'autorità giudiziaria italiana.

In tale ambito, un tema di centrale importanza, sul quale sono intervenute le Sezioni unite della Suprema Corte, è quello attinente all'individuazione del giudice funzionalmente competente all'emissione

⁽³⁶⁾ A tali indicazioni si è uniformata la giurisprudenza di legittimità. V., Cass. pen., Sez. VI, 5 gennaio 2017 n. 520, in *www.ilsole24ore.com*; Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2014 n. 50386, in *CED* n. 261375.

⁽³⁷⁾ Tale impostazione è stata, più di recente, confermata dalla Corte di giustizia, la quale, nella causa Lopes Da Silva, ha ribadito che l'art. 4, n. 6, d.q. 2002/584/GAI e l'art. 18 TFUE « devono essere interpretati nel senso che uno Stato membro, pur potendo, in sede di trasposizione [...] decidere di limitare le situazioni in cui l'autorità giudiziaria nazionale dell'esecuzione può rifiutare la consegna di una persona rientrante nell'ambito di applicazione di tale disposizione, non è legittimato ad escludere in maniera assoluta e automatica da tale ambito di applicazione i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo ». V. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 5 settembre 2012, causa C-42/11, Lopes Da Silva.

⁽³⁸⁾ La Corte rileva come, sotto tale profilo, sia stata ritenuta rispettosa dell'art. 18 TFUE la normativa olandese, ai sensi della quale il non cittadino può beneficiare del motivo di rifiuto della consegna, di cui all'art. 4, n. 6, d.q. 2002/584/GAI, solo qualora abbia soggiornato legalmente e in via continuativa nel territorio dello Stato per 5 anni. In tal senso, v. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 6 ottobre 2009, cit.

del mandato d'arresto, che abbia finalità processuali, cioè che sia volto all'esecuzione di una misura cautelare ⁽³⁹⁾.

Sul punto, l'art. 28, lett. a), l. 69/2005 dispone che ad essere competente è « il giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari ».

Se tale disposizione non crea alcun problema nell'ipotesi in cui il mandato d'arresto europeo venga emesso nella stessa fase e nello stesso grado in cui è stato esercitato il potere cautelare, rilevanti questioni interpretative si pongono nel caso in cui l'emissione del mandato d'arresto avvenga in un momento processuale diverso, perché, ad esempio, l'autorità giudiziaria ha ricevuto la segnalazione della presenza dell'imputato latitante in un altro Stato membro a distanza di tempo dall'emissione della misura ⁽⁴⁰⁾.

Aderendo, infatti, ad un'interpretazione strettamente letterale della disposizione, il giudice competente rimarrebbe quello che ha adottato l'ordinanza cautelare custodiale, a prescindere dalla prosecuzione del procedimento penale in una fase o in un grado successivo e, dunque, dalla pendenza dello stesso davanti ad un giudice diverso.

Secondo un'interpretazione logico-sistematica, che tenga conto di quanto previsto dalle disposizioni del codice di procedura penale regolanti l'attribuzione del potere cautelare ⁽⁴¹⁾, la competenza ad emettere il mandato d'arresto europeo spetterebbe, invece, al giudice procedente, variando, quindi, in funzione dello stato e del grado procedimentale.

In un primo momento, la giurisprudenza di legittimità ha sposato questa seconda linea interpretativa, attribuendo la competenza ad emettere il mandato d'arresto europeo all'autorità giudiziaria proce-

⁽³⁹⁾ Nessun problema è stato, invece, rilevato dalla giurisprudenza in relazione alla competenza ad emettere un mandato d'arresto avente finalità esecutiva. A tale proposito, infatti, il testo dell'art. 28 non ha dato luogo a dubbi interpretativi, risultando in linea con l'impostazione codicistica la scelta di attribuire la relativa competenza funzionale al pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione, che ha emesso l'ordine di esecuzione della pena detentiva, ovvero al pubblico ministero presso il magistrato di sorveglianza, nel caso in cui il mandato d'arresto sia finalizzato all'esecuzione di una misura di sicurezza a carattere detentivo.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M.R. MARCHETTI, sub art. 28 l. 22 aprile 2005, n. 69, in A. GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Vol. III, Milano, Ipsoa, 2010, p. 9950.

⁽⁴¹⁾ Vengono, in particolare, in rilievo le previsioni di cui agli artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att.

dente ⁽⁴²⁾. A tale conclusione si era giunti valorizzando una lettura in combinato disposto degli artt. 28, 30 e 39 l. 69/2005. In particolare, tenendo conto della documentazione, che deve corredare il mandato d'arresto ⁽⁴³⁾, è stata rilevata l'opportunità di attribuire la competenza all'emissione dell'euromandato al giudice, che ha la disponibilità degli atti processuali e che, pertanto, conosce l'evoluzione del procedimento. Tale soluzione pare, secondo il presente orientamento, l'unica ragionevole nell'ipotesi in cui tra l'emissione della misura restrittiva e l'emissione del mandato d'arresto intercorra un "considerevole lasso di tempo", considerando che, « in ragione dell'evoluzione dell'*iter* processuale, della fluidità che spesso caratterizza l'ipotesi accusatoria e delle non rare modifiche dell'impianto probatorio, il mandato di arresto può non coincidere *in toto* con la misura originariamente emessa » ⁽⁴⁴⁾. Attraverso tale interpretazione, la Corte riconduce il dettato dell'art. 28, comma 1, lett. a) all'interno di un quadro normativo coerente con il disposto dell'art. 279 c.p.p., il quale individua il giudice *de libertate* in funzione della dinamica evoluzione del rapporto processuale.

Successivamente, tuttavia, è emerso un diverso indirizzo giurisprudenziale — maggiormente aderente al dettato letterale dell'art. 28, lett. a) — in base al quale si è stabilito che « la competenza ad emettere il mandato d'arresto europeo processuale spetta al giudice che ha applicato la misura cautelare, anche se il procedimento pende davanti ad un giudice diverso » ⁽⁴⁵⁾. Tale diverso orientamento è stato, anzitutto, ancorato alla circostanza che l'emissione del mandato d'arresto deriva unicamente dal fatto che l'imputato o il condannato è « residente, domiciliato, o dimorante nel territorio di uno Stato membro del-

⁽⁴²⁾ In tal senso, v. Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2008 n. 26635, in *Cass. pen.*, 2009, n. 12, p. 4793.

⁽⁴³⁾ Ai sensi dell'art. 30, il mandato d'arresto europeo contiene le informazioni, che consentono l'identificazione del ricercato e l'individuazione dell'autorità giudiziaria, nonché quelle concernenti il provvedimento restrittivo della libertà personale, la natura e la qualificazione giuridica del reato, la descrizione del fatto contestato, la pena inflitta — ovvero quella edittale — e, infine, le altre conseguenze del reato. Inoltre, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione ha la possibilità di richiedere la trasmissione di ulteriori informazioni integrative.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2008 n. 26635, in *Cass. pen.*, 2009, n. 12, p. 4793.

⁽⁴⁵⁾ V.. Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2009 n. 15200, in *Foro it.*, 2009, n. 12, II, p. 647. Nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 2009 n. 18569, in *Cass. pen.*, 2010, n. 4, p. 1578.

l'Unione europea»⁽⁴⁶⁾. Pertanto, l'adozione dell'euromandato non è subordinata ad una valutazione di merito e non costituisce esercizio del potere cautelare, esaurendosi in un'attività di riscontro certificativo, o meramente compilativo⁽⁴⁷⁾, unicamente finalizzata all'esecuzione di un provvedimento restrittivo precedentemente emesso. In secondo luogo, quanto alla documentazione da allegare al mandato d'arresto, la Corte ha rilevato come essa sia legata esclusivamente alla misura cautelare emessa, non riferendosi all'*iter* processuale in corso⁽⁴⁸⁾.

Il contrasto giurisprudenziale, concernente la corretta esegesi dell'art. 28, lett. a) è stato definitivamente risolto dalle Sezioni unite, con la sentenza 21 gennaio 2014, n. 2850⁽⁴⁹⁾, la quale, ricorrendo ai

⁽⁴⁶⁾ Cfr. art. 29 l. 69/2005.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. T. ALESCI, *La competenza funzionale all'emissione del mandato d'arresto europeo processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 4, p. 109.

⁽⁴⁸⁾ La Corte precisava, infine, che «la circostanza che la citata legge, art. 39, preveda il richiamo delle norme del codice di procedura penale per quanto non previsto dalla presente legge, conferma che essendo disciplinata in modo specifico la competenza funzionale ad emettere il provvedimento, non è applicabile per analogia l'art. 279 c.p.p. ».

⁽⁴⁹⁾ V. Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2014 n. 2850, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 3990. La questione era già stata precedentemente sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite nel 2012 (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 luglio 2012 n. 30769, in *Cass. pen.*, 2013, n. 11, p. 3847). In tale occasione, tuttavia, il Supremo consesso aveva ritenuto di non pronunciarsi in merito ai profili concernenti la competenza ex art. 28 l. 69/2005, sul presupposto dell'inammissibilità del ricorso. In particolare, la Corte aveva rilevato come, alla luce della costante giurisprudenza di legittimità « nell'ambito della procedura attiva di consegna è possibile contestare, dinanzi all'autorità giudiziaria italiana, soltanto il titolo su cui si fonda il mandato d'arresto, ma non direttamente quest'ultimo, che è atto in sé consequenziale, specificamente indirizzato all'autorità estera in funzione dell'attivazione, da parte della medesima, della procedura di esecuzione ». Pertanto, tutte le questioni attinenti alla procedura di consegna e derivanti dall'emissione del mandato d'arresto attivo possono essere contestate unicamente dinanzi alle autorità dello Stato richiesto, alle quali è attribuita un'esclusiva competenza in materia. Davanti all'autorità giudiziaria italiana sarà, invece, impugnabile il solo provvedimento restrittivo della libertà personale, alla cui esecuzione è finalizzata l'attivazione del meccanismo di cooperazione giudiziaria. Pertanto, sul presupposto che il mandato d'arresto europeo non è atto idoneo ad incidere direttamente ed autonomamente sulla libertà personale, essendo meramente strumentale all'esecuzione del provvedimento cautelare coercitivo, ovvero della pena o della misura di sicurezza detentiva, la Corte ha precisato che il mandato d'arresto attivo non è un provvedimento rientrante nelle categorie per le quali, ai sensi degli artt. 111 Cost. e 568, comma 2, c.p.p., è sancita l'impugnabilità per legge. La Corte ha rilevato come tale ricostruzione risulti in linea con lo stesso disposto della d.q. 2002/584/GAI, la quale non richiede la previsione, da parte dello Stato emittente, di specifici mezzi di impugnazione esperibili dalle persone oggetto

principi che regolano il procedimento cautelare, ha stabilito che « la competenza funzionale ad emettere il mandato d'arresto europeo per l'esecuzione di una misura cautelare custodiale, anche in funzione del conseguimento dell'assenso alla consegna suppletiva, spetta al giudice investito della competenza sulla gestione della misura nel procedimento in cui la stessa è stata disposta ».

La decisione assunta dalla Corte è principalmente incentrata sulla stretta interdipendenza che lega il mandato d'arresto e il provvedi-

della richiesta di consegna, presumibilmente al fine di evitare « rischiose sovrapposizioni o interferenze » e di « rispettare i meccanismi di impugnazione autonomamente esperibili in ciascuno degli ordinamenti coinvolti nel rapporto di cooperazione, nell'ambito delle fasi di rispettiva pertinenza ». La Corte ha, infine, precisato come alle medesime conclusioni di inammissibilità dell'impugnazione nell'ordinamento giuridico nazionale si debba giungere anche in relazione al provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria italiana nella procedura di estensione attiva della consegna, finalizzata al superamento delle limitazioni poste dal principio di specialità, *ex artt. 32 e 26 l. 69/2005*. Più in particolare, la Corte ha rilevato come, nella disciplina relativa al mandato d'arresto, il principio di specialità non impedisce all'autorità giudiziaria, che ha ottenuto la consegna, di procedere nei confronti del medesimo soggetto anche per reati diversi rispetto a quelli posti a fondamento della richiesta e ad essa antecedenti. Detto principio preclude unicamente la possibilità di eseguire, nei confronti del consegnato, misure restrittive della libertà personale in assenza del consenso all'estensione della consegna da parte dello Stato di esecuzione (in tal senso si sono chiaramente espresse la Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, Leymann e Pustovarov e Cass. pen., Sez. VI, 28 ottobre 2011 n. 39240, in *Cass. pen.*, 2012, n. 7-8, p. 2629, con nota di A. CHMIELINSKI BIGAZZI. Sul punto, cfr. F. ROMOLI, *Principio di specialità e mandato di arresto europeo: involuzioni ed evoluzioni giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, n. 7, p. 1664). Con riferimento al regime di impugnabilità della richiesta di assenso, la Corte evidenzia come anch'essa non sia suscettibile di ricorso interno allo Stato di emissione, ferma restando l'esperibilità di tutti i rimedi previsti nei confronti del provvedimento che dispone le misure incidenti sulla libertà personale. Infatti, così come il mandato d'arresto, « anche la richiesta di assenso è invero rivolta all'autorità estera e ha palese carattere di accessorietà e strumentalità rispetto al provvedimento restrittivo [...] di cui vuole conseguire la concreta eseguibilità, attraverso la rimozione [...] del divieto derivante dal principio di specialità ». Pertanto, « anche in questo caso eventuali vizi dell'atto in esame potranno essere fatti valere, se e in quanto incidenti sulla procedura di rilascio dell'assenso, solo nello Stato richiesto, e secondo le regole, le forme e i tempi previsti nel relativo ordinamento ». Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. S. BELTRANI, *Gli eventuali vizi possono essere fatti valere nello Stato richiesto e secondo le sue regole*, in *Guida dir.*, 2012, n. 39, p. 80; T. BENE, *Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, n. 10, p. 1286; G. ROMEO, *Le Sezioni Unite ed un'occasione mancata riguardo alla questione della competenza per l'emissione del mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 settembre 2012.

mento cautelare, posto a fondamento della stessa emissione dell'euro-mandato. Tale indissolubile legame è esplicitato, ad avviso della Corte, da quanto previsto dall'art. 31 l. 69/2005, ai sensi del quale il mandato d'arresto europeo perde efficacia quando il provvedimento restrittivo della libertà personale sia revocato, annullato, ovvero divenga inefficace. Pertanto, la non autonomia del mandato d'arresto rispetto al provvedimento interno rende evidente il ruolo determinante che, sulle sorti dell'euro-mandato, esercita il giudice cautelare, da individuarsi, ai sensi dell'art. 279 c.p.p., nel giudice procedente. Attribuire a quest'ultimo la competenza a emettere il mandato d'arresto europeo rappresenta l'unica soluzione in grado di assicurare il rispetto della *ratio* di garanzia, che individua la figura del giudice *de libertate* parallelamente alla dinamica evoluzione del rapporto processuale, sulla base della disponibilità materiale e giuridica degli atti.

Un ulteriore profilo, che milita a favore dell'intervento del giudice procedente in sede di emissione del mandato d'arresto, consiste, ad avviso della Corte, nella circostanza che l'attività espletata dall'autorità emittente non ha natura meramente compilativa e certificativa. Il giudice individuato dall'art. 28, lett. a) è, infatti, chiamato ad effettuare una valutazione inerente, da un lato, alla sussistenza dei presupposti di legge per l'emissione del mandato d'arresto e, dall'altro, all'*an debeat*, vale a dire alla concreta necessità di richiedere l'arresto e la consegna della persona ricercata ad un altro Stato membro dell'Unione europea. L'attività di controllo circa l'*an debeat*, ad avviso delle Sezioni unite, « poggia su un apprezzamento largamente discrezionale », il quale, richiedendo la complessiva valutazione e ponderazione degli elementi storico-fattuali e probatori, potrà essere adeguatamente effettuato unicamente dall'autorità giudiziaria procedente, che tali elementi ha a disposizione ⁽⁵⁰⁾.

Inoltre, ad avviso della Corte, anche la stessa formulazione letterale dell'art. 28, lett. a) fa propendere per la coincidenza tra il giudice

⁽⁵⁰⁾ Il giudice dovrà verificare l'opportunità di emettere il mandato alla luce dei diversi istituti del codice di procedura, che consentono o impongono modificazioni o revoche della misura cautelare. Poiché l'emissione del mandato d'arresto è soggetta ai limiti generali di ragionevolezza e di proporzionalità, l'autorità emittente dovrà tener conto di elementi, quali la gravità del reato, la personalità dell'autore e la durata della misura cautelare. Tali verifiche sono "naturalmente" affidate al giudice che procede, esulando dall'ambito cognitivo del giudice — non più procedente — che ha emesso l'originaria ordinanza cautelare. In tal senso, v. T. ALESCI, *La competenza funzionale all'emissione del mandato d'arresto europeo processuale*, cit., p. 109.

competente all'emissione del mandato e quello precedente. Il dettato legislativo, infatti, riferendosi espressamente al “giudice che ha applicato la misura cautelare” — e non a quello che l'ha emessa —, richiama il disposto dell'art. 279 c.p.p., riconducendo così la normativa ad unità logica e sistematica.

La Corte conclude il proprio *iter* argomentativo prendendo specificamente in analisi la procedura per l'emissione della richiesta di assenso dello Stato estero alla consegna suppletiva. Poiché, in riferimento a tale ipotesi, la l. 69/2005 non prevede alcun criterio determinativo della competenza, ad avviso della Corte, tale lacuna normativa va colmata, *ex art.* 39 l. 69/2005, ricorrendo alla disciplina prevista dal codice di procedura penale e, quindi, ai criteri stabiliti dall'art. 279 c.p.p., individuando il giudice competente in quello che procede. Conseguentemente, viene evidenziato dalla Corte come solo interpretando sistematicamente l'art. 28 sia possibile applicare le medesime regole di competenza sia all'ipotesi di emissione di mandato d'arresto processuale, sia all'ipotesi della richiesta di assenso per l'estensione della consegna.

2.1. La computabilità della custodia cautelare all'estero.

Un ulteriore profilo attinente alla procedura attiva di consegna, che è stato oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza, è quello disciplinato dall'art. 33 l. 69/2005, dedicato alla computabilità della custodia cautelare all'estero.

In particolare, la Corte costituzionale, con sentenza n. 143 del 2008 ⁽⁵¹⁾, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare subita all'estero, in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, venga computata anche agli effetti della durata dei termini di fase. La formulazione normativa dell'art. 33, infatti, delimita l'operatività della deducibilità del periodo di custodia sofferto all'estero unicamente in relazione alla determinazione della pena detentiva — *ex art.* 657 c.p.p. — e al computo dei termini massimi di durata della custodia cautelare, *ex art.* 303, comma 4, e 304 c.p.p.

Emerge chiaramente come nella redazione dell'art. 33 l. 69/2005 il legislatore abbia preso a modello la lettera dell'art. 722 c.p.p., relativo,

(51) V. Corte cost., 16 maggio 2008 n. 143, in *Giur. cost.*, 2008, III, p. 1753.

appunto, allo scomputo del periodo di custodia cautelare subita all'estero in conseguenza di una domanda di estradizione, presentata dallo Stato italiano. Come è noto, tale disposizione era stata censurata dalla Corte costituzionale nel 2004 ⁽⁵²⁾, in quanto, limitando la computabilità del periodo di custodia sofferto all'estero solo agli effetti della durata massima della custodia e non anche agli effetti della durata dei termini di fase, *ex art. 303*, commi 1, 2 e 3, c.p.p., andava a determinare un'evidente disparità di trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost. A giudizio della Corte, infatti, una volta stabilita in via legislativa l'equivalenza tra la detenzione cautelare all'estero in attesa di estradizione e la custodia cautelare sofferta in Italia, ragioni di coerenza logico-sistematica impongono di applicare alla custodia cautelare subita fuori dal territorio nazionale la medesima disciplina prevista per la durata dei termini di custodia cautelare in Italia.

Tenendo in considerazione tale precedente giurisprudenziale, la pronuncia costituzionale del 2008 si presentava come un evento annunciato ⁽⁵³⁾. Tale valutazione è confermata dallo stesso tenore della decisione in esame, la quale rinviene il proprio fondamento nella medesima *ratio decidendi* della sentenza del 2004.

Ad avviso della Corte, infatti, « se l'equivalenza tra custodia all'estero e custodia cautelare in Italia è stata affermata con riferimento all'extradizione, essa, a maggior ragione, deve operare in relazione ad uno strumento quale il mandato d'arresto europeo che poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale ».

Considerando che l'istituto del mandato d'arresto europeo si fonda su rapporti diretti tra autorità giudiziarie e che esso è volto a semplificare i meccanismi di consegna di soggetti imputati o condannati, la

⁽⁵²⁾ Cfr. Corte cost., 21 luglio 2004 n. 253, in *Giur. it.*, 2005, n. 6, p. 1122.

⁽⁵³⁾ Cfr. M.R. MARCHETTI, *Mandato d'arresto europeo: riaffermata l'equivalenza tra detenzione all'estero e custodia cautelare in Italia*, in *Giur. cost.*, 2008, III, p. 1758. Parte della dottrina aveva rilevato, infatti, come alla luce dell'evidente contrasto tra la formulazione normativa dell'art. 33 l. 69/2005 e quella dell'art. 722 c.p.p., risultante dall'intervento della Corte costituzionale, non fosse possibile effettuare un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione in esame, senza incorrere in una interpretazione *contra legem*. Parimenti, l'univocità testuale dell'art. 33 l. 69/2005 impediva di ampliare la portata del dettato normativo ricorrendo al principio di interpretazione conforme. In tal senso, v. M. CAIANIELLO, *La custodia cautelare all'estero*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo: dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 207.

Corte evidenzia come, sul piano costituzionale, non sia tollerabile una disparità di trattamento tra il soggetto sottoposto a custodia cautelare nel territorio nazionale (al quale è equiparato l'estraddando), da un lato, e il soggetto destinatario di un mandato d'arresto, dall'altro. Tale assetto si sostanzierebbe, infatti, in un ingiustificato « squilibrio delle garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo interno o esterno, rispetto ai confini nazionali nel quale la carcerazione stessa è patita ».

Una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea è strettamente connessa al tema del computo della custodia subita all'estero ⁽⁵⁴⁾. Con tale sentenza, infatti, la Corte ha, per la prima volta, chiarito la portata della nozione di "custodia", contenuta nell'art. 26 d.q. 2002/584/GAI.

Rispondendo alla questione pregiudiziale sottoposta ⁽⁵⁵⁾, la Corte ha, anzitutto, precisato che la nozione in esame costituisce un concetto proprio del diritto dell'Unione, il quale deve essere interpretato « in maniera autonoma e uniforme sul territorio di quest'ultima » ⁽⁵⁶⁾, alla luce del tenore della disposizione in cui è inserito, del suo contesto e della finalità perseguita dalla normativa di cui fa parte.

Sulla base di tale precisazione, i giudici di Lussemburgo hanno

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, JZ c. Prokuratura Rejonowa Łódź - Śródmieście. Per un commento sulla pronuncia, v. S. CARRER, *La nozione di "custodia" nel diritto dell'Unione Europea, tra restrizione e privazione della libertà: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 10.

⁽⁵⁵⁾ Il caso portato all'attenzione della Corte riguardava un cittadino polacco, che, in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, era stato sottoposto alla misura degli arresti domiciliari notturni con sorveglianza elettronica, unitamente al divieto di chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio, nonché all'obbligo di presentarsi regolarmente presso un commissariato di polizia e di essere costantemente reperibile al telefono. Avanti al giudice polacco, la difesa chiedeva che il periodo trascorso dal ricorrente agli arresti domiciliari fosse computato ai fini della pena privativa della libertà inflittagli. Sulla base di tale richiesta, il giudice polacco si rivolgeva alla Corte di giustizia, domandando se l'art. 26, par. 1, d.q. 2002/584/GAI dovesse essere interpretato nel senso che « misure quali gli arresti domiciliari per un periodo di nove ore notturne, associati alla sorveglianza della persona interessata a mezzo di un braccialetto elettronico, all'obbligo di presentarsi quotidianamente o più volte alla settimana ad un commissariato di polizia ad ore stabilite, nonché al divieto di chiedere il rilascio di documenti validi per l'espatrio, possono esse qualificate come "custodia" ». Cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 28 luglio 2016, cit., par. 31.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 28 luglio 2016, cit., par. 37. Solo in tal modo è possibile garantire il rispetto del principio di uguaglianza.

stabilito che il termine “custodia”, di cui all’art. 26, § 1, d.q. 2002/584/GAI, va interpretato « in modo da ricomprendere, oltre alla carcerazione, qualsiasi misura o insieme di misure imposte alla persona interessata che, per tipo, durata, effetti e modalità di esecuzione »⁽⁵⁷⁾ determinino un’analoga privazione della libertà personale⁽⁵⁸⁾. Conseguentemente, la disposizione analizzata dalla Corte impone allo Stato membro di emissione del mandato d’arresto di determinare il periodo di detenzione, che dovrà essere scontato dal soggetto consegnato, deducendovi non solo i periodi di carcerazione da questo trascorsi nello Stato di esecuzione, ma anche quelli in cui sono state applicate altre misure, che comportino un’analoga privazione della libertà. Rimangono, dunque, escluse dalla nozione di custodia le altre misure, che, pur essendo finalizzate ad evitare la fuga del soggetto interessato ed incidendo sulla sua libertà personale, si concretizzano in una mera restrizione della libertà di movimento e non comportano una coercizione tale da giustificare una loro equiparazione alla carcerazione⁽⁵⁹⁾.

Tale interpretazione, a giudizio della Corte, è pienamente rispettosa dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁽⁶⁰⁾, nonché degli obiettivi che il legislatore europeo si era prefissato con l’emanazione della decisione quadro sul mandato d’arresto. In particolare, essa garantisce il rispetto del diritto alla libertà personale e del principio di proporzionalità delle pene, assicurando che il soggetto sottoposto al mandato « non abbia a scontare, in definitiva, una custodia la cui durata complessiva — tanto nello Stato membro di

⁽⁵⁷⁾ *Ivi*, par. 47.

⁽⁵⁸⁾ Al paragrafo 51 della sentenza in esame, la Corte di giustizia rileva come tale interpretazione sia conforme alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, secondo la quale il « diritto alla libertà », di cui all’art. 5, § 1, CEDU, non riguarda le mere restrizioni della libertà di circolazione, ma concerne unicamente le misure di privazione della libertà. Secondo i giudici di Strasburgo, inoltre, la distinzione tra misure privative e misure restrittive della libertà personale si fonda su diversi criteri, tra i quali figurano il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata.

⁽⁵⁹⁾ Con particolare riferimento al caso esaminato, la Corte ha ritenuto che le misure a cui era stato sottoposto il cittadino polacco fossero riconducibili a una mera limitazione della libertà di movimento, non integrando, pertanto, la nozione di custodia, di cui all’art. 26 d.q. 2002/584/GAI.

⁽⁶⁰⁾ La Corte si riferisce espressamente agli artt. 6 e 49, § 3, della Carta, i quali riguardano, rispettivamente, il diritto alla libertà e alla sicurezza ed il principio di proporzionalità delle pene.

esecuzione quanto nello Stato membro di emissione — superi la durata della pena privativa della libertà a cui è stato condannato » ⁽⁶¹⁾.

3. Alcune recenti questioni poste all'attenzione della Corte di giustizia.

Alla luce delle rilevanti ricadute che le pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea producono nell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati membri, risulta opportuno dar conto delle soluzioni interpretative, rese dai giudici di Lussemburgo, in relazione ad alcuni profili riguardanti la disciplina del mandato d'arresto europeo.

3.1. Mandato d'arresto europeo e decisioni pronunciate *in absentia*.

Un fondamentale tema, che ha da sempre interessato gli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, concerne le decisioni pronunciate in assenza dell'interessato.

Come è noto, le istituzioni europee sono intervenute sul punto con la decisione quadro 2009/299/GAI ⁽⁶²⁾, la quale ha modificato diversi

⁽⁶¹⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 28 luglio 2016, cit., par. 43. Preme rilevare come, a conclusione della propria pronuncia, la Corte di giustizia faccia, inoltre, salva la possibilità per gli Stati membri di imputare alla detenzione, che dovrà essere scontata dal soggetto consegnato, anche il periodo integrante una mera restrizione della libertà personale. In tal modo, viene assicurato il rispetto del più alto livello di tutela dei diritti della persona sottoposta all'euromandato previsto dai sistemi nazionali. Sul punto, cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 28 luglio 2016, cit., par. 55.

⁽⁶²⁾ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in *G.U.U.E.*, 27 marzo 2009, L 8/24. Tale atto normativo ha disciplinato 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. Sul tema, v. E. ZANETTI, *Diritti e processo in absentia*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 93; L. CAMALDO, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 73; A. BIGIARINI, *Mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle*

atti normativi europei, in un'ottica di bilanciamento tra l'efficienza della cooperazione giudiziaria e la tutela delle garanzie difensive ⁽⁶³⁾.

Per quanto qui interessa, l'atto europeo del 2009 ha introdotto nella d.q. 2002/584/GAI l'art. 4-*bis*, secondo il quale «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può [...] rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo [...] se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione» ⁽⁶⁴⁾, a meno che ricorrano specifiche condizioni, tassativamente indicate dalla medesima previsione ⁽⁶⁵⁾. Pertanto, la modifica normativa ha trasferito le decisioni

sentenze penali nei processi in absentia, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 8, p. 999. La decisione quadro è stata recepita nell'ordinamento interno con d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31, in *G.U.*, 8 marzo 2016 n. 56. Per una breve analisi del contenuto della decisione quadro e del decreto legislativo di attuazione, v., volendo, F. MANFREDINI, *L'attuazione della decisione quadro 2009/299/GAI che promuove l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo*, in *www.immigrazione.it*, 1 giugno 2016.

⁽⁶³⁾ Oltre a quanto si dirà circa la disciplina del mandato d'arresto europeo, la decisione quadro 2009/299/GAI ha modificato le seguenti decisioni quadro: 2005/214/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie; 2006/783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea; 2008/947/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive.

⁽⁶⁴⁾ Con due recenti pronunce, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato il significato della nozione di «processo terminato con la decisione». Anzitutto, essa va riferita anche al giudizio d'appello, laddove esso comporti un nuovo esame nel merito della causa e termini con una pronuncia che statuisce definitivamente sulla colpevolezza dell'interessato. Inoltre, secondo i giudici di Lussemburgo, la medesima nozione riguarda, altresì, un procedimento che — pur non statuendo sulla colpevolezza — conduca ad una decisione di modifica dell'entità della pena inflitta. Ciò avviene, ad esempio, nell'ipotesi di un procedimento relativo alla determinazione di una pena cumulativa, il quale attribuisce all'autorità giudiziaria un margine di discrezionalità per la fissazione dell'entità della pena, fondata su diversi parametri, quale la personalità del reo. Cfr. Corte di giustizia UE, Quinta sezione, sent. 10 agosto 2017, causa C-270/17 PPU, Tupikas e Corte di giustizia, Quinta sezione, sent. 10 agosto 2017, causa C-271/17 PPU, Zdziasek.

⁽⁶⁵⁾ In particolare, l'art. 4-*bis* d.q. 2002/584/GAI individua le suddette condizioni nelle ipotesi in cui «il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente: a) a tempo debito: i) è stato citato personalmente ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è

pronunciate *in absentia* dall'ambito delle condizioni ostative alla consegna a quello dei motivi facoltativi di rifiuto ⁽⁶⁶⁾. La rilevanza della modifica introdotta è testimoniata dalle numerose pronunce della

stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato; e *ii*) è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; o *b*) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore; o *c*) dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria: *i*) ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione; o *ii*) non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito; o *d*) non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma: *i*) riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria; e *ii*) sarà informato del termine entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente. 2. Qualora il mandato d'arresto europeo sia emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera *d*), e l'interessato non sia stato precedentemente informato ufficialmente dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, questi può, una volta informato del contenuto del mandato d'arresto europeo, chiedere che gli sia trasmessa copia della sentenza prima della consegna. Non appena ricevuta informazione della richiesta, l'autorità emittente fornisce all'interessato copia della sentenza per il tramite dell'autorità di esecuzione. La richiesta dell'interessato non ritarda la procedura di consegna né la decisione di eseguire il mandato d'arresto europeo. La sentenza è trasmessa all'interessato a soli fini informativi; la trasmissione non costituisce notificazione ufficiale della sentenza né fa decorrere i termini applicabili per la richiesta di un nuovo processo o per la presentazione di un ricorso in appello. 3. Qualora la persona sia consegnata alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettera *d*), e abbia chiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello, la detenzione della persona in attesa di tale processo o appello è riesaminata, fino alla conclusione del procedimento, conformemente al diritto dello Stato membro di emissione, a intervalli regolari o su richiesta dell'interessato. Il riesame verte in particolare sulla possibilità di sospensione o interruzione della detenzione. Il nuovo processo o l'appello hanno inizio in tempo utile dalla consegna ».

⁽⁶⁶⁾ In tal senso, v. E. ZANETTI, *Mandato di arresto europeo e giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 87.

Corte di giustizia sul tema, tra le quali peculiare importanza riveste la sentenza del 26 febbraio 2013 ⁽⁶⁷⁾.

La pronuncia della Corte prende avvio da un'ordinanza di rinvio pregiudiziale proposta dal *Tribunal constitucional* spagnolo ⁽⁶⁸⁾, il quale chiedeva alla Corte di chiarire l'interpretazione dell'art. 4-*bis*, nonché di valutarne la compatibilità con alcuni dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ⁽⁶⁹⁾.

La sentenza in esame muove dalla considerazione che i motivi di rifiuto all'esecuzione dell'euromandato, nell'ipotesi di condanna *in absentia*, sono stati armonizzati dalla d.q. 2009/299/GAI, al fine di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e di potenziare il principio del mutuo riconoscimento. Pertanto, l'art. 4-*bis* prevede, esaustivamente, le fattispecie in cui l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in

⁽⁶⁷⁾ V. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 4, p. 47. Tra i numerosi commenti alla sentenza, v. M. D'AIUTO, *Processo in absentia ed esecuzione del M.a.e.: la conoscenza legale del procedimento obbliga l'autorità richiesta a consegnare il condannato*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 4, p. 55; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto, v. D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2012.

⁽⁶⁹⁾ In particolare, il *Tribunal constitucional* domandava alla Corte di giustizia se l'art. 4-*bis* dovesse essere interpretato nel senso che vieti alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione di poter riesaminare la sentenza di condanna, al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato. In caso di soluzione affermativa a tale questione, si chiedeva di valutare se l'art. 4-*bis* fosse compatibile con gli artt. 47 e 48, § 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rispettivamente relativi al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo e al diritto di difesa. Infine, in caso di soluzione affermativa della seconda questione, il giudice spagnolo domandava se l'articolo 53 della Carta, interpretato in relazione ai diritti riconosciuti dagli artt. 47 e 48 della stessa, consentisse 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.

assenza, deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa. Sulla base di tale presupposto, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che, nel caso in cui siano soddisfatti i requisiti ivi indicati, l'autorità giudiziaria non può subordinare l'esecuzione del mandato d'arresto « alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente ».

La Corte ha ritenuto che tale interpretazione risulti pienamente compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, con il diritto ad un processo equo e con il diritto di difesa, sanciti nella Carta di Nizza. Pur rilevando come il diritto dell'imputato a presenziare al procedimento a suo carico costituisca un importante elemento dell'equo processo, la Corte nega che esso configuri un diritto assoluto. Tale conclusione discende dalla circostanza che l'imputato può sempre rinunciarvi, purché la rinuncia risulti in maniera inequivocabile, sia accompagnata da garanzie minime e non contrasti con un interesse pubblico importante.

Infine, con la pronuncia in esame, la Corte di giustizia ha ribadito la vigenza del c.d. principio del primato del diritto dell'Unione. Sul punto, i giudici hanno rilevato come non sia ammissibile un'interpretazione dell'art. 53 della Carta ⁽⁷⁰⁾, che consenta allo Stato di esecuzione di subordinare la consegna del condannato *in absentia* a condizioni — ulteriori e diverse rispetto a quelle definite nell'art. 4-*bis* — volte ad evitare un'interpretazione restrittiva delle garanzie disciplinate dalla propria Carta costituzionale. Diversamente, sarebbe consentito ad ogni Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione — rispettosi delle garanzie sancite nella Carta di Nizza — ogniqualvolta il livello di protezione dei diritti fondamentali, garantito dalla normativa interna, sia più elevato rispetto a quello derivante dalla Carta. Il risultato sarebbe quello di rimettere in discussione l'unità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali, definito dalla normativa europea, ledendo, in definitiva, il principio di fiducia, che caratterizza i rapporti tra gli Stati membri.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dispone che « nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri ».

Più di recente la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi sul rapporto tra decisione rese in assenza e mandato d'arresto europeo ⁽⁷¹⁾.

Nel caso di specie, la Corte è stata chiamata a chiarire il significato dell'art. 4-*bis*, lett. *a)*, *i)*, d.q. 2002/584/GAI, il quale esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto, qualora l'interessato sia stato, a tempo debito, "citato personalmente" — essendo stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione —, ovvero sia stato "di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato".

La sentenza rileva, anzitutto, come le espressioni "citato personalmente" e "di fatto informato ufficialmente con altri mezzi, della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato" — in assenza di qualsivoglia rinvio ai diritti nazionali degli Stati membri — costituiscano nozioni autonome del diritto dell'Unione, da interpretarsi in maniera uniforme sul suo territorio, « tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione » ⁽⁷²⁾.

Le modalità di citazione disciplinate dall'articolo in esame sono, a giudizio della Corte, finalizzate ad assicurare che l'interessato, condannato in assenza, abbia con certezza ricevuto in tempo utile l'informazione relativa alla data e al luogo del suo processo, garantendo il pieno rispetto dei suoi diritti di difesa.

Pertanto, non può ritenersi rispettoso della previsione di cui all'art. 4-*bis* lett. *a)*, *i)* il caso in cui la citazione sia stata consegnata a un soggetto terzo, che si impegni a trasmetterla all'interessato, ancorché sia convivente di quest'ultimo. Secondo la Corte, « una tale modalità di citazione non permette infatti di stabilire inequivocabilmente né la circostanza che l'interessato abbia "di fatto" ricevuto l'informazione

⁽⁷¹⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 24 maggio 2016, causa C-108/16 PPU, Dworzecki. Sul tema, v. F. ALONZI, *La direttiva UE sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in www.lalegislationepenale.eu.

⁽⁷²⁾ Tale principio era già stato espresso da Corte di giustizia UE, Grande sezione, 17 luglio 2008, cit., sulla quale. v., *supra*, § 1.3.

relativa alla data e al luogo del suo processo né, se del caso, il momento preciso in cui l'ha ricevuta»⁽⁷³⁾.

La consegna della citazione a un terzo risulterà rispettosa della disposizione in esame unicamente qualora sia possibile stabilire inequivocabilmente che tale persona ha effettivamente recapitato la citazione all'interessato. In proposito, la Corte precisa che costituisce onere dell'autorità giudiziaria emittente fornire all'autorità di esecuzione tutte le informazioni idonee ad effettuare una simile verifica, ferma restando la possibilità dell'autorità di esecuzione di chiedere informazioni complementari, *ex art. 15, § 2, d.q. 2002/584/GAI*, qualora ritenga che quelle comunicate dallo Stato membro d'emissione siano insufficienti per prendere una decisione sulla consegna.

3.2. Il rinvio dell'esecuzione del mandato in caso di rischio di trattamenti inumani e degradanti.

Un interessante aspetto, su cui si è pronunciata la Corte di giustizia, è quello attinente all'incidenza che le condizioni di detenzione, vigenti nello Stato di emissione, determinano sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo⁽⁷⁴⁾.

In particolare, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a chiarire se, ai sensi della d.q. 2002/584/GAI, l'incompatibilità delle condizioni detentive nello Stato d'emissione con i diritti fondamentali — in particolare con il divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti, di cui all'art. 4 della Carta — debba comportare il rifiuto della consegna da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione; ovvero, se la consegna debba essere subordinata all'ottenimento di informazioni, provenienti dallo Stato emittente, che consentano di accertare la conformità di tali condizioni di detenzione ai diritti fondamentali.

⁽⁷³⁾ V. Corte di giustizia UE, Quarta sezione, sent. 24 maggio 2016, cit., par. 47.

⁽⁷⁴⁾ V. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, Aranyosi-Căldăraru. Sul tema, v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. — Riv. trim.*, 2017, n. 2, p. 177; F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione nello stato emittente*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2016; N. CANESTRINI, *Rispetto dei diritti fondamentali in ambito europeo tra presunzioni ed effettività. Il decalogo italiano per rilevare nel procedimento MAE il rischio di trattamento carcerario inumano o degradante*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 10.

L'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia precisa, anzitutto, che il meccanismo di consegna, delineato dalla decisione quadro del 2002, presuppone che gli Stati membri rispettino i diritti fondamentali, sanciti dalla Carta di Nizza. Tale requisito è rammentato dal considerando n. 10 della decisione quadro, in base al quale l'attuazione del mandato d'arresto europeo può essere sospesa « in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all'articolo 6, paragrafo 1, TUE ».

Al fine di risolvere la questione sottoposta, la Corte chiarisce, inoltre, la portata del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti, di cui all'art. 4 della Carta. Esso rappresenta un valore fondamentale dell'Unione europea, avente carattere assoluto, in quanto strettamente connesso al rispetto della dignità umana ⁽⁷⁵⁾.

Alla luce di tale premessa, la Corte ha stabilito che l'esecuzione dell'euromandato non può mai condurre ad un trattamento inumano o degradante. Pertanto, è onere dell'autorità giudiziaria d'esecuzione, che decide in ordine alla consegna, valutare se sussista un concreto rischio che tali trattamenti si verifichino a danno dei soggetti detenuti nello Stato membro emittente.

Tale valutazione dovrà essere condotta sulla base di « elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente e comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione » ⁽⁷⁶⁾.

Una volta accertata la sussistenza generalizzata di tale rischio, l'autorità d'esecuzione dovrà, altresì, valutare se, nel caso concreto, la persona da consegnare corra specificamente il pericolo sopra delineato. Per assolvere a tale funzione, potranno essere chieste urgentemente all'autorità dello Stato di emissione le informazioni ritenute necessarie, potendosi anche stabilire un termine per la loro ricezione ⁽⁷⁷⁾. Qualora il rischio di trattamento contrario al divieto di cui all'art. 4 della Carta

⁽⁷⁵⁾ Ai sensi dell'art. 1 della Carta di Nizza « la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata ».

⁽⁷⁶⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sent. 5 aprile 2016, cit., par. 89. La pronuncia precisa come tali indicazioni possano ricavarsi da diverse fonti, quali le sentenze della Corte di Strasburgo, le decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, nonché i documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o delle Nazioni Unite.

⁽⁷⁷⁾ Tale possibilità è garantita dall'art. 15, par. 2, d.q. 2002/584/GAI.

sussista anche nel caso concreto, l'esecuzione del mandato dovrà essere rinviata, ma non potrà essere abbandonata ⁽⁷⁸⁾. Il rinvio si protrarrà fino a quando lo Stato di esecuzione riceverà le informazioni, che consentono di escludere l'esistenza del rischio di trattamenti inumani o degradanti. Ove la sussistenza di un siffatto rischio non possa essere eliminata entro un termine ragionevole, l'autorità giudiziaria nazionale dovrà decidere sulla possibilità di porre fine alla procedura di consegna.

Preme rilevare come i principi affermati dalla Corte di giustizia nella pronuncia esaminata siano stati puntualmente recepiti dai giudici di legittimità nazionali ⁽⁷⁹⁾.

La Suprema Corte ha, in particolare, provveduto a precisare il contenuto della procedura — che dovrà essere svolta dalla Corte d'appello — finalizzata a verificare se la persona raggiunta dall'euro-mandato corra un rischio concreto e "individualizzato" di subire trattamenti inumani o degradanti.

In proposito, i giudici di legittimità hanno, anzitutto, analiticamente esposto il contenuto delle informazioni complementari da richiedere all'autorità di emissione: la Corte d'appello dovrà, *in primis*, domandare se la persona richiesta in consegna sarà detenuta presso una struttura carceraria e, in caso positivo, dovrà chiedere delucidazioni in merito alle condizioni di detenzione, che le saranno riservate ⁽⁸⁰⁾. La Corte d'appello dovrà, inoltre, provvedere a fissare un termine — non superiore a trenta giorni — entro il quale l'autorità d'emissione dovrà comunicare le informazioni richieste.

⁽⁷⁸⁾ In caso di rinvio dell'esecuzione, dovrà essere informato Eurojust, *ex art.* 17, § 7, d.q. 2002/584/GAI.

⁽⁷⁹⁾ V. Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2016 n. 23277, in *Cass. pen.*, 2016, n. 10, p. 3804. Nello stesso senso, cfr. Cass. Pen., Sez. fer., 18 agosto 2017 n. 39207, in *Dir. giust.*, 2017, 23 agosto, la quale ha, altresì, precisato che « ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili ».

⁽⁸⁰⁾ In alternativa a tale ultima informazione, la Corte d'appello potrà domandare all'autorità di emissione il nome della struttura in cui la persona sarà detenuta, lo spazio individuale minimo intramurario che le sarà riservato, le condizioni igieniche e di salubrità dell'alloggio, nonché i meccanismi nazionali o internazionali per il controllo delle condizioni effettive di detenzione del consegnando.

Qualora, all'esito di tale procedura, pervengano informazioni sufficienti ad escludere che il consegnando sarà sottoposto a una violazione dei propri diritti fondamentali, la consegna sarà consentita. In caso contrario, la Corte d'appello dovrà rifiutarla, ai sensi dell'art. 18, lett. *b*), l. 69/2005 ⁽⁸¹⁾.

3.3. La previsione di un nuovo termine per procedere alla consegna del ricercato.

Un ulteriore tema affrontato dalla Corte di giustizia concerne l'interpretazione dell'art. 23 d.q. 2002/584/GAI, relativo ai termini previsti per consegnare il ricercato allo Stato di emissione ⁽⁸²⁾. In particolare, la disposizione specifica che l'autorità d'emissione e quella d'esecuzione devono concordare una data di consegna del ricercato, che deve in ogni caso avvenire « entro dieci giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo » ⁽⁸³⁾. Il paragrafo 3 della norma disciplina un'eccezione a tale regola, prevedendo che, qualora il termine di cui al § 2 non possa essere rispettato per la presenza di cause di forza maggiore, le autorità interessate dovranno fissare una seconda data per la consegna, la quale dovrà aver luogo entro i dieci giorni successivi. Il mancato rispetto dei termini indicati determina il rilascio del ricercato che si trovi in stato di custodia ⁽⁸⁴⁾.

Nel caso di specie, il giudice del rinvio si domandava se l'art. 23, § 3 consentisse alle autorità giudiziarie nazionali di procedere alla fissazione di una terza data di consegna, qualora, a seguito del verificarsi di un'ulteriore causa di forza maggiore, non fosse stato possibile proce-

⁽⁸¹⁾ La Corte di cassazione precisa, infine, che la decisione di rifiutare la consegna costituisce una pronuncia « allo stato degli atti ». Ciò comporta che, laddove l'autorità giudiziaria d'emissione faccia pervenire, successivamente e comunque entro un termine ragionevole, le informazioni richieste, la decisione di rifiuto non impedisce la pronuncia di una successiva sentenza favorevole alla consegna, basata sui nuovi elementi sopravvenuti.

⁽⁸²⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 25 gennaio 2017, causa C-640/15, Vilkas. A tal riguardo, v., volendo, F. MANFREDINI, *Le modalità di esecuzione del mandato d'arresto europeo in caso di resistenza alla consegna da parte del ricercato: la soluzione interpretativa della Corte di giustizia e alcune brevi riflessioni sulla disciplina nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2017.

⁽⁸³⁾ V. art. 23, § 2, d.q. 2002/584/GAI.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. art. 23, § 5, d.q. 2002/584/GAI.

dervi nemmeno in occasione della seconda data stabilita ⁽⁸⁵⁾. Veniva, infatti, chiesto ai giudici di Lussemburgo di stabilire se la citata previsione normativa dovesse essere interpretata nel senso di precludere che le competenti autorità nazionali « concordino una nuova data di consegna [...] qualora la resistenza opposta ripetutamente dal ricercato abbia impedito la consegna del medesimo entro un termine di dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna concordata in applicazione di tale disposizione » ⁽⁸⁶⁾.

A giudizio della Corte di Lussemburgo, l'art. 23, § 3 deve essere interpretato tenendo conto del contesto e dello scopo proprio dell'atto normativo in cui è inserito. Pertanto, è corretto ritenere che la disposizione *de qua* consenta alle autorità degli Stati membri di concordare una nuova data di consegna, qualora, per via di cause di forza maggiore, non sia stato possibile eseguire il mandato entro i dieci giorni successivi a una prima nuova data di consegna, concordata in applicazione della disposizione in parola.

Più in particolare, l'art. 23, § 3, a giudizio della Corte, non pone alcun limite al numero di nuove date di consegna concordabili e non preclude che si possa procedere a tale accordo anche qualora la causa di forza maggiore si verifichi in una data posteriore alla scadenza del termine di cui all'art. 23, § 2. Diversamente interpretando, si finirebbe col sottoporre l'autorità dello Stato di esecuzione ad un obbligo impossibile da adempiere, in violazione dell'obiettivo — proprio dell'atto normativo in esame — di accelerare la cooperazione giudiziaria. Una siffatta esegesi condurrebbe ad esiti ancora più eclatanti ed inaccettabili, laddove si consideri che, ai sensi dell'art. 23, § 5, il ricercato, che si trovi in stato di custodia, dovrebbe essere obbligatoriamente rilasciato una volta trascorsi i dieci giorni successivi alla

⁽⁸⁵⁾ Il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava la consegna, da parte dell'Irlanda, di un soggetto che era stato raggiunto da due mandati d'arresto europei, emessi dal giudice lituano. La relativa esecuzione veniva disposta per due volte dalla *High Court*, ma le autorità irlandesi non riuscivano ad attuare la misura, a causa della resistenza opposta dall'interessato, che vanificava entrambi i tentativi di consegna. In seguito a tali eventi, il Ministro della Giustizia irlandese presentava un'istanza per l'autorizzazione di un terzo tentativo di consegna alle autorità lituane. Il giudice irlandese, tuttavia, si dichiarava incompetente e ordinava la scarcerazione del ricercato. Il Ministro proponeva, quindi, appello dinanzi alla *Court of Appeal*, la quale disponeva la sospensione del procedimento, presentando alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, relativa all'interpretazione dell'art. 23.

⁽⁸⁶⁾ V. Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 25 gennaio 2017, cit., par. 19.

seconda data concordata. La scarcerazione configurerebbe un atto dovuto a prescindere dalle circostanze del caso concreto e, dunque, anche qualora la proroga della consegna non sia riconducibile ad una mancanza di diligenza dell'autorità d'esecuzione, ma, piuttosto, ad una condotta ostruzionistica del ricercato ⁽⁸⁷⁾. Viceversa, l'interpretazione offerta nella sentenza della Corte di giustizia consentirebbe di mantenere la persona da consegnare in stato di custodia, qualora l'esecuzione del mandato d'arresto fosse impedita da cause di forza maggiore.

Infine, la Corte chiarisce la nozione di "cause di forza maggiore", individuandole in quelle « circostanze estranee a colui che l'invoca, anormali e imprevedibili, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso » ⁽⁸⁸⁾. Secondo i giudici, in tale nozione può anche rientrare la resistenza opposta da un ricercato alla propria consegna, a patto che sussistano i presupposti suddetti.

In conclusione, la Corte specifica che, nel caso in esame, qualora il giudice nazionale dovesse escludere che la resistenza reiterata, opposta dal ricercato, possa essere qualificata come "causa di forza maggiore", ciò non farebbe venir meno il dovere delle autorità interessate di eseguire il mandato d'arresto europeo. La mancata applicabilità dell'art. 23, § 3, avrebbe come unica conseguenza la necessaria scarcerazione del soggetto sottoposto al mandato d'arresto, *ex art. 23, § 5*, ma non precluderebbe alle autorità interessate la possibilità di concordare una nuova data di consegna in applicazione dell'art. 23, § 1, d.q. 2002/584/GAI ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ V. Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 25 gennaio 2017, cit., par. 38.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 25 gennaio 2017, cit., par. 53. A tal riguardo, la Corte precisa che l'art. 23, § 3, d.q. 2002/584/GAI costituisce una deroga alla regola sancita dall'art. 23, § 2, e, conseguentemente, la nozione di forza maggiore, ivi contenuta, deve essere interpretata restrittivamente.

⁽⁸⁹⁾ V. Corte di giustizia UE, Terza sezione, sent. 25 gennaio 2017, cit., parr. 69 e 70.

Capitolo III
IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO
NELL'ESPERIENZA DI ALTRI PAESI
DELL'UNIONE EUROPEA

di *Valentina Vasta* (*)

SOMMARIO: 1. L'esperienza francese: l'adeguamento costituzionale. — 1.1. La legge di attuazione del 10 marzo 2004, n. 204. — 1.2. La procedura di emissione del mandato d'arresto europeo. — 1.3. L'esecuzione del mandato d'arresto europeo. — 1.4. L'incostituzionalità dell'art. 695-46 c.p.p. — 1.5. La questione di costituzionalità — 1.6. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. — 1.7. La decisione della Corte di giustizia. — 1.8. La pronuncia di illegittimità costituzionale del *Conseil constitutionnel*. — 2. L'esperienza tedesca: la legge federale del 21 luglio 2004. — 2.1. La disciplina normativa tedesca. — 2.2. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* che annulla la legge tedesca di attuazione del mandato d'arresto europeo. — 2.3. La questione di costituzionalità. — 2.4. La decisione del Tribunale costituzionale tedesco. — 2.5. La legge di riforma del 20 luglio 2006. — 3. L'esperienza spagnola: le leggi nn. 2 e 3 del 14 marzo 2003. — 3.1. La procedura attiva. — 3.2. La procedura passiva.

1. L'esperienza francese: l'adeguamento costituzionale.

Perché il legislatore francese potesse attuare pienamente le direttive comuni contenute nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, si rendeva necessario superare alcune “difficoltà” costituzionali che il nuovo strumento di cooperazione poneva.

In generale, l'attuazione del mandato d'arresto europeo, finalizzata a sostituire nei rapporti tra gli Stati membri la procedura estradizionale, era chiaramente destinata a comportare un cambiamento radicale nei singoli ordinamenti giuridici europei. Ed invero, se l'extradizione era — ed è — una forma di cooperazione tra Stati che mantengono la propria sovranità, il mandato d'arresto, diversamente, vive in uno spazio co-

(*) Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale all'Università degli Studi di Milano.

mune di libertà, sicurezza e giustizia, di cui il riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale è espressione ⁽¹⁾.

L'attuazione di tale principio ha condotto ad un sistema di "consegna" caratterizzato dalla instaurazione di contatti diretti tra le autorità giudiziarie nazionali, con la conseguente abolizione della fase politica.

Tale innovazione ha fatto sì che il *Conseil d'État*, con parere del 26 settembre 2002, n. 368282 ravvisasse un profilo di incompatibilità con la Costituzione francese della disciplina europea sul mandato d'arresto, laddove quest'ultima esclude la possibilità per lo Stato di esecuzione di rifiutare la consegna sul presupposto che la richiesta abbia ad oggetto un reato di carattere politico. Da ciò scaturiva la prima modifica legislativa necessaria alla trasposizione della decisione quadro 2002/584/GAI ⁽²⁾: la revisione costituzionale ⁽³⁾, consistita nella modifica dell'art. 88 comma 2 della Costituzione, a tenore del quale la legge stabilisce le norme sul mandato d'arresto europeo in applicazione degli atti adottati in base al Trattato dell'Unione europea ⁽⁴⁾.

Il richiamo alla legislazione europea consentiva, così, il passaggio al nuovo istituto.

1.1. La legge di attuazione del 10 marzo 2004, n. 204.

Dopo aver "adeguato" la propria Carta costituzionale, la Francia ha introdotto il mandato d'arresto europeo con la legge del 9 marzo 2004, n. 204, c.d. "*Loi Perben II*", la quale ha aggiunto un nuovo Capitolo IV, all'interno del Titolo X del Libro IV del codice di rito francese, intitolato « Del mandato di arresto europeo e della procedura di consegna tra gli Stati membri sulla base della decisione quadro del

⁽¹⁾ Cfr. A. CONFALONIERI, *La legislazione in Francia*, in G. PANSINI-A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 245.

⁽²⁾ Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri (2002/584/GAI), in *G.U.U.E.*, 18 luglio 2002, L 190/1.

⁽³⁾ Cfr. *Loi constitutionnelle*, 25 marzo 2003, n. 267, in *Journal Officiel*, 26 marzo 2003.

⁽⁴⁾ Testualmente « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne* ».

Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 »⁽⁵⁾, introducendo 40 nuovi articoli⁽⁶⁾.

Il Capitolo IV si divide in quattro sezioni (*Sections*): *Section 1* « *Disposition générales* », contenente le disposizioni generali; *Section 2* « *Disposition relatives à l'émission d'un mandat d'arrêt européen par les juridictions françaises* », che disciplina la c.d. “fase attiva”; *Section 3* « *Disposition relatives à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen décerné par les juridictions étrangères* », relativa, invece, alla c.d. “fase passiva”; *Section 4* « *Transit* », concernente la disciplina del transito.

1.2. La procedura di emissione del mandato d'arresto europeo.

La Sezione seconda, dedicata alla procedura attiva, individua nel pubblico ministero procedente (*le ministère public près la juridiction d'instruction, de jugement ou d'application des peines*) l'autorità giudiziaria competente ad emettere un mandato d'arresto europeo. Lo stesso può essere emesso, nel corso di un procedimento penale interno, per un delitto punito con una pena detentiva di durata pari o superiore ad un anno, oppure ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva non inferiore a quattro mesi.

Le regole relative alla traduzione del mandato d'arresto sono contenute tra le disposizioni generali, e recepiscono perfettamente le direttive contenute negli artt. 8 § 2 e 9 della decisione quadro, secondo cui l'atto deve essere tradotto nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione.

Quanto alle modalità di trasmissione, il legislatore francese fa propria la distinzione della decisione quadro tra i casi in cui sia nota la

(5) Testualmente « *Du mandat d'arrêt européen et des procédures de remise entre Etats membres résultant de la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002* ».

(6) In realtà, si tratta di un provvedimento che ha riformato ampiamente la giustizia penale francese, composto da 224 articoli contenenti disposizioni di diversa natura: processuale, sostanziale, ordinamentale. In questo senso, cfr. G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *La Francia chiede l'arresto per delitti puniti con almeno un anno di carcere. La prescrizione rende facoltativa l'esecuzione del mandato*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 24, p. 67; J. TRICOT, *L'intégration européenne et le droit pénal français*, in G. GIUDICELLI-DELAGE-S. MANACORDA (a cura di), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Parigi, Société de législation comparée, 2005, p. 291 ss., per la quale l'ampiezza e la portata di questa legge ha in parte “oscurato” l'impatto esercitato sul meccanismo estradizionale francese.

localizzazione del ricercato e quelli in cui manchi. Nella prima ipotesi, il pubblico ministero può trasmettere il mandato d'arresto direttamente alle autorità giudiziarie competenti dello Stato di esecuzione, negli altri casi, invece, la trasmissione avverrà tramite il sistema SIS o tramite Interpol.

Quanto agli effetti del mandato d'arresto, il legislatore francese ha previsto una serie di disposizioni dedicate al rispetto della clausola di specialità, e alle relative eccezioni, alla quale l'interessato potrà rinunciare, tramite dichiarazione irrevocabile resa di fronte al giudice competente.

Infine, una volta avvenuta la cattura, il pubblico ministero dovrà trasmettere al Ministro della giustizia francese copia del mandato d'arresto trasmesso all'autorità giudiziaria dello Stato membro.

1.3. L'esecuzione del mandato d'arresto europeo.

La disciplina relativa all'esecuzione del mandato d'arresto europeo in Francia (c.d. fase passiva) è contenuta nella Sezione III, la quale è introdotta, al paragrafo 1 (*Conditions d'exécution*), dalle disposizioni concernenti i motivi di rifiuto, obbligatori e facoltativi, alla consegna, che devono, in ogni caso, essere esposti in motivazione.

In particolare, l'art. 695-22 c.p.p. prevede che l'esecuzione del mandato d'arresto debba essere rifiutata nel caso di intervenuta amnistia o prescrizione qualora i fatti alla base del mandato siano perseguibili o giudicabili da una giurisdizione francese.

Se nella previsione dell'amnistia, quale causa di non esecuzione obbligatoria del mandato d'arresto europeo, il legislatore francese ha manifestato fedeltà alla lettera dello strumento sovranazionale (art. 3 § 1), diversamente, se ne è discostato con la c.d. "eccezione di prescrizione" dell'azione penale o della pena, venendo a qualificare come obbligatorio un motivo di rifiuto che la decisione quadro aveva posto tra quelli facoltativi ⁽⁷⁾ (art. 4 § 4).

Altro motivo di rifiuto obbligatorio è rappresentato dal principio del *ne bis in idem*, con riferimento all'esistenza di un precedente

(7) L'opzione esercitata dal legislatore francese è stata indubbiamente condizionata dall'*Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État*, 26 settembre 2002, n. 368282, § 4, che considerava la previsione relativa alla prescrizione quale motivo di rifiuto come essenziale all'esercizio della sovranità nazionale (*d'assurer le respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*).

giudicato sugli stessi fatti sui quali si fonda il mandato d'arresto, formatosi con un provvedimento emesso in Francia o in un altro Stato membro diverso da quello di emissione ⁽⁸⁾.

Le autorità francesi sono, inoltre, obbligate a rifiutare l'esecuzione del mandato emesso nei confronti di chi, al momento della commissione del fatto, non aveva compiuto il quattordicesimo anno d'età.

Infine, l'art. 695-22.5 c.p.p. ha introdotto la c.d. "clausola di non discriminazione", in forza della quale l'esecuzione deve essere rifiutata se il relativo mandato è stato emesso con lo scopo di perseguire o condannare una persona per motivi di sesso, razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua o tendenze sessuali, o, comunque, se la stessa possa subire un pregiudizio per uno di questi motivi.

Tale disposizione non trova alcuna corrispondenza nell'elenco dei motivi di rifiuto contenuti negli artt. 3 e 4 dalla decisione quadro, ma richiama il contenuto del considerando n. 12 ⁽⁹⁾.

Tra i motivi di mancata esecuzione del mandato d'arresto, il legislatore francese fa rientrare anche il requisito della doppia incriminazione, per il quale l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo deve essere rifiutata se il fatto che ne è alla base non costituisce un reato previsto dal diritto francese.

Tale condizione di esecuzione, tuttavia, viene meno per le trentadue categorie di reati elencate all'art. 2 § 2 della decisione quadro, la cui lista viene riprodotta all'art. 695-23.2 c.p.p., sempre che siano punibili, secondo la legge dello Stato di emissione, con una pena privativa della libertà personale o una misura di sicurezza pari o superiore nel massimo a tre anni.

⁽⁸⁾ Sul punto, cfr. G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *La Francia chiede l'arresto per delitti puniti con almeno un anno di carcere*, cit., p. 69, i quali notano come si tratti delle « stesse condizioni previste in materia di *ne bis in idem* dall'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, dirette ad evitare che possano formarsi, all'interno dello spazio giudiziario europeo, aree di impunità penali o prassi di *forum shopping*, con conseguente pregiudizio della azione penale o della effettività della pena ».

⁽⁹⁾ A tal riguardo, cfr. *l'Avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État*, 26 settembre 2002, n. 368282, § 6. In dottrina cfr. J. TRICOT, *L'intégration européenne et le droit pénal français*, cit., p. 297, la quale, all'indomani dell'entrata in vigore della *Loi Perben II*, notava come l'esplicitazione di tale motivo "sottinteso" di rifiuto potesse aprire la strada all'ammissione di cause di rifiuto proprie del diritto dell'estradizione, con il rischio di contraddire concretamente i principi della fiducia e del mutuo riconoscimento che dovrebbero ormai governare le relazioni reciproche tra gli Stati facenti parte dell'Unione.

L'abolizione del controllo relativo alla doppia incriminazione — da considerarsi come una delle “conquiste” più significative della decisione quadro — viene posta come “*dérogation*” al principio generale contenuto nel primo paragrafo dell'art. 695-23 c.p.p., segnando un significativo distacco dal testo e dalla *ratio* della normativa europea che, pur riconoscendo la possibilità di prevedere il rifiuto dell'esecuzione di un mandato in assenza del requisito della doppia incriminazione per i reati “fuori lista”, lo qualifica espressamente come un motivo di rifiuto facoltativo ⁽¹⁰⁾.

L'esecuzione del mandato d'arresto può essere rifiutata, ai sensi dell'art. 695-24 c.p.p., in caso di litispendenza penale avanti alla giurisdizione francese, oppure quando il procedimento interno si sia concluso con l'archiviazione.

È evidente come in tale ultima ipotesi il legislatore faccia dipendere da una valutazione discrezionale di opportunità dell'organo dell'accusa la possibilità o meno di dare esecuzione ad uno strumento di cooperazione internazionale, senza il controllo del giudice di merito ⁽¹¹⁾.

Il secondo motivo di rifiuto facoltativo ricorre quando il mandato d'arresto è stato emesso nei confronti di un cittadino francese ai fini dell'esecuzione della pena, e le competenti autorità nazionali si impegnano ad eseguire nel proprio territorio il relativo provvedimento. Non è previsto, invece, alcun motivo di rifiuto, né obbligatorio né facoltativo, connesso alla cittadinanza del ricercato, in relazione ad un mandato emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Ciò in piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento.

Valutazione opposta merita, viceversa, il motivo di rifiuto facoltativo che ricorre quando il reato sia stato compiuto, in tutto in parte sul territorio francese, poiché tende a “tradire” l'idea di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, in quanto strettamente legato all'aspetto della territorialità, che è motivo di diniego tipico delle forme tradizionali di cooperazione giudiziaria tra gli Stati.

In ultimo, l'esecuzione del mandato d'arresto può essere rifiutata nel caso in cui la condotta sia stata realizzata al di fuori del territorio

⁽¹⁰⁾ V. MALABAT, *Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen*, in *Droit pénal*, 2004, p. 8; C. MAURO, *Réflexions à propos de la loi introduisant le mandat d'arrêt européen en France*, in M.E. CARTIER (cura di), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 210.

⁽¹¹⁾ A. CONFALONIERI, *La legislazione in Francia*, cit., p. 249.

dello Stato emittente e alla stessa non possa essere applicata la legge francese.

Dal punto di vista procedurale, il legislatore nazionale ha messo a punto un procedimento di esecuzione di natura bifasica, che ha luogo di fronte a due organi giudiziari differenti.

La prima fase ha impulso con la ricezione, da parte del procuratore generale territorialmente competente ⁽¹²⁾, del mandato d'arresto ⁽¹³⁾. La persona, arrestata in esecuzione del mandato, deve essere condotta, entro le 48 ore successive innanzi al procuratore generale, il quale, dopo averne accertato le generalità, dovrà informarla, in una lingua a lei comprensibile, dell'esistenza e del contenuto del mandato di cui è oggetto e del suo diritto all'assistenza legale. Di tali informazioni dovrà essere fatta menzione nel verbale sotto pena di nullità dell'intera procedura. In seguito, l'autorità giudiziaria renderà edotto l'arrestato della possibilità di prestare il consenso o opporsi alla propria consegna allo Stato emittente, informandolo delle conseguenze giuridiche che deriveranno dal suo consenso. La persona richiesta, inoltre, sarà informata anche della possibilità di rinunciare al beneficio della clausola di specialità e delle relative conseguenze. Successivamente il procuratore generale adotterà i relativi provvedimenti *de libertate*. In particolare, applicherà la misura della custodia in carcere nel caso in cui non vi siano garanzie sufficienti a ritenere insussistente il pericolo di fuga dell'arrestato nel corso della procedura di esecuzione. Il codice di rito, tuttavia, non prevede alcun rimedio contro il provvedimento del procuratore generale, rispetto al quale, si noti, non è previsto neppure un obbligo di motivazione.

Tale scelta legislativa palesa, da un lato, una perfetta adesione al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, poiché

⁽¹²⁾ La competenza per territorio si radica nel luogo in cui la persona si trova. In ogni caso, qualora il procuratore generale che riceve il mandato ritenga di essere incompetente, lo trasmetterà direttamente al procuratore generale competente dandone avviso all'autorità giudiziaria competente di emissione.

⁽¹³⁾ Il procuratore generale riceve il mandato d'arresto europeo direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione, in originale o copia conforme e con ogni mezzo di trasmissione idoneo a lasciare una traccia scritta, nei casi in cui sia nota la localizzazione della persona ricercata. Negli altri casi, quando si verifica sul territorio francese l'arresto di una persona ricercata sulla base di un mandato di cattura internazionale, trasmesso mediante il sistema SIS o Interpol, il mandato d'arresto europeo dovrà pervenire al procuratore generale entro sei giorni lavorativi dall'esecuzione dell'arresto.

consente di dare immediata esecuzione in Francia all'ordine di arresto contenuto in un provvedimento emesso da un altro Stato membro; dall'altro, lascia trasparire un'incongruenza sistematica rispetto alla disciplina dei provvedimenti cautelari "interni", che affida al giudice la decisione dei provvedimenti di restrizione della libertà personale, con ordinanza motivata in esito ad un'udienza in contraddittorio, la quale è soggetta ad un articolato sistema di impugnazioni ⁽¹⁴⁾.

La seconda fase del procedimento di esecuzione si svolge in udienza pubblica in contraddittorio ⁽¹⁵⁾, innanzi alla *Chambre de l'instruction* presso la Corte d'appello, davanti alla quale l'arrestato deve comparire entro cinque giorni dalla cattura. Questi dovrà, per primo, decidere se prestare o meno il proprio consenso — irrevocabile — alla consegna alle autorità giudiziarie dello Stato di emissione ⁽¹⁶⁾. Nel primo caso, l'organo collegiale, verificata la sussistenza delle altre condizioni di esecuzione del mandato, delibererà con ordinanza, entro sette giorni, la consegna della persona ricercata; nel secondo, invece, la decisione dovrà avere luogo nel termine di venti giorni.

In entrambi i casi viene fatta salva l'eventualità che la *Chambre de l'instruction* ritenga insufficienti, ai fini della decisione, le informazioni contenute nel mandato d'arresto europeo, la quale potrà richiedere all'autorità giudiziaria di emissione informazioni supplementari.

La *Chambre de l'instruction* ha, inoltre, la facoltà di decidere l'esecuzione del mandato d'arresto, subordinandola al verificarsi di due condizioni previste espressamente dalla legge. La prima riguarda il caso in cui oggetto del provvedimento da eseguire sia una sentenza pronunciata *in absentia* nello Stato membro di emissione; in tale ipotesi, perché venga data esecuzione al mandato d'arresto, lo Stato di emissione dovrà prestare idonea garanzia che il ricercato possa presentare opposizione al provvedimento emesso all'esito di un giudizio celebratosi in sua assenza ed essere sottoposto ad un nuovo processo nel quale sia garantita la sua partecipazione. La seconda attiene alla possibilità che la pena inflitta all'estero sia eseguibile in Francia, così che la

⁽¹⁴⁾ A. CONFALONIERI, *La legislazione in Francia*, cit., p. 252.

⁽¹⁵⁾ L'art. 695-30.4 c.p.p. precisa che la *Chambre de l'instruction* può autorizzare lo Stato membro di emissione a partecipare all'udienza tramite un intermediario a ciò specificatamente delegato.

⁽¹⁶⁾ Nel momento in cui l'arrestato manifesta il proprio consenso alla consegna, i giudici della *Chambre de l'instruction* chiederanno se intende rinunciare anche alla regola della specialità, informandolo delle conseguenze giuridiche della rinuncia oltre al suo carattere irrevocabile.

consegna del ricercato può essere condizionata al suo ri-trasferimento nel territorio nazionale per scontarvi la pena.

L'impugnazione mediante ricorso per cassazione della decisione della *Chambre de l'instruction*, è, come ovvio, prevista solamente nel caso di procedura non consensuale, da proporsi nel termine di tre giorni dalla sua emissione.

La decisione definitiva deve essere comunicata a cura del procuratore generale, senza ritardo, all'autorità giudiziaria dello Stato emittente. Questi, in caso di decisione favorevole, provvederà, nei dieci giorni successivi, alla consegna della persona richiesta. Nel caso di impossibilità di rispettare tale termine, dovrà essere concordata con lo Stato di emissione una nuova data di consegna che dovrà aver luogo entro i dieci giorni successivi. Il mancato rispetto di tali termini comporta l'immediata liberazione dell'arrestato.

La *Chambre de l'instruction*, infine, può rinviare la consegna quando la persona ricercata sia detenuta in Francia, o sia stata condannata a pena detentiva, per fatti diversi da quelli oggetto del mandato d'arresto, fatta salva la possibilità di trasferire temporaneamente la persona ricercata nello Stato emittente.

1.4. L'incostituzionalità dell'art. 695-46 c.p.p.

A quasi un decennio di distanza dall'entrata in vigore della l. 204/2004, il *Conseil constitutionnel* dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 695-46 del codice di rito francese, a seguito della questione di costituzionalità proposta con la decisione del 14 giugno 2013, n. 2014-314 QPC.

La decisione trae origine da una pronuncia della *Cour de cassation* ⁽¹⁷⁾ che trasmetteva questione prioritaria di costituzionalità al *Conseil constitutionnel*, il quale, a sua volta, proponeva, ai sensi dell'art. 267 TFUE, questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, all'esito della quale ⁽¹⁸⁾, i giudici costituzionali francesi si dichiaravano competenti a decidere la questione di costituzionalità.

⁽¹⁷⁾ *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 19 febbraio 2013, n. 1087.

⁽¹⁸⁾ Corte di giustizia UE, Seconda sezione, sent. 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, Jeremy F. c. Premier ministre.

1.5. La questione di costituzionalità.

La *Cour de cassation* era stata adita da un cittadino inglese, arrestato a Bordeaux per sottrazione di minore, in forza di un mandato d'arresto europeo emesso dalle competenti autorità britanniche. Dal momento che, in seguito, veniva accertato che l'indagato aveva avuto anche rapporti sessuali con il soggetto minore di quindici anni, lo Stato di emissione, di conseguenza, richiedeva alla Francia l'estensione del mandato di arresto al più grave reato di violenza sessuale, ai sensi dell'art. 27 della decisione quadro. Nella procedura di esecuzione, tuttavia, l'indagato prestava il proprio consenso alla consegna, ma non rinunciava al principio di specialità.

La *Chambre de l'instruction*, ai sensi dell'art. 695-46.4 c.p.p., si trovava, così, a dover decidere sulla consegna suppletiva nel termine di trenta giorni dal ricevimento della richiesta, potendo opporvi i soli motivi di rifiuto previsti dagli artt. 695-22, 695-23 e 695-24 c.p.p. (v., *supra*, § 1.3).

I giudici, pertanto, si trovavano “obbligati” a disporre la consegna del ricercato inglese, senza poter rilevare che il fatto per cui era stata richiesta l'estensione del mandato d'arresto in Francia non costituisse reato, poiché ricompreso nella “lista positiva” di cui all'art. 2 § 2 della decisione quadro, per i quali è escluso il controllo della doppia incriminabilità.

Il ricorrente, nonostante la decisione di consegna suppletiva fosse prevista dal legislatore *sans recours*, cioè come non impugnabile, proponeva — seppure *contra legem* — ricorso per cassazione contro la decisione della *Chambre de l'instruction*, sollevando contestualmente questione prioritaria di costituzionalità dell'art. 695-46 c.p.p., per violazione del principio di uguaglianza e di effettività della tutela giurisdizionale ⁽¹⁹⁾.

La *Cour de cassation*, ritenendo la questione fondata, la trasmetteva al *Conseil constitutionnel*.

⁽¹⁹⁾ Per una sintesi della vicenda giudiziaria, cfr. L. D'AMBROSIO, *Mandato di arresto europeo: il giudice costituzionale francese sottopone per la prima volta una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE. Nota a Conseil constitutionnel, dec. n° 2013-314P QPC, 4 aprile 2013, M. Jérémy F*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2013.

1.6. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Investito della questione, il *Conseil constitutionnel* affrontava, quale tema preliminare al suo scrutinio, quello della competenza ad esercitare il controllo di legittimità costituzionale della normativa di attuazione di una fonte comunitaria, ossia la decisione quadro del 2002 sul mandato d'arresto europeo.

La norma parametro utilizzata dai giudici costituzionali francesi era l'art. 88 comma 2 della Carta costituzionale, introdotto dalla riforma costituzionale del 2003 (v., *supra*, § 1.1), il quale avrebbe assicurato copertura costituzionale alle norme di attuazione interna delle regole adottate dal legislatore europeo in materia di mandato d'arresto.

Nel caso specifico, si trattava di stabilire se la disposizione, di cui all'art. 695-46 del codice di procedura penale francese, nella parte in cui escludeva il ricorso avverso la decisione della *Chambre de l'instruction*, fosse imposta dalla stessa decisione quadro o fosse il frutto di una libera scelta del legislatore nazionale, posta in essere nell'esercizio di quel margine di apprezzamento, che il diritto europeo gli riconosce in sede di attuazione. Nel primo caso — stante la copertura costituzionale dell'art. 88 comma 2 Cost. — non si sarebbero profilati problemi di legittimità costituzionale; nel secondo, invece, la questione avrebbe assunto rilievo costituzionale, abilitando, così, il *Conseil constitutionnel* a deciderne il merito.

In concreto, occorre risolvere il dubbio se dall'art. 27 § 4 della decisione quadro — a norma del quale « la decisione interviene entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta » — discendesse la regola della non impugnabilità della decisione sulla consegna suppletiva.

Ciò importava, evidentemente, un'interpretazione del diritto dell'Unione, per la quale, in virtù dell'art. 267 TFUE, l'unico organo competente è la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Da qui il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e la sospensione del sindacato di costituzionalità in pendenza della procedura dinanzi a essa.

1.7. La decisione della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia rilevava, in primo luogo, il silenzio della decisione quadro sulla previsione o meno di un ricorso con effetto sospensivo avverso le decisioni relative al mandato d'arresto europeo.

La stessa, in un ulteriore passaggio argomentativo, riteneva, parimenti, che tale mancanza di disciplina non impedisse — né imponesse — agli Stati membri di introdurre sistemi di impugnazione e di ricorso avverso tali decisioni.

Questi ultimi, dunque, avrebbero potuto — e possono — prevedere un ricorso con effetto sospensivo contro la decisione sulla richiesta di consegna suppletiva o di riconsegna.

Ciò anche, secondo la Corte, in virtù del contenuto del considerando n. 12 della decisione quadro, a tenore del quale la stessa « non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo ».

Il margine di apprezzamento consentito agli Stati in sede di attuazione della normativa europea, non è, tuttavia, ad opinione della Corte ⁽²⁰⁾, “illimitato”, poiché deve essere esercitato nel rispetto dell’obiettivo di accelerazione della cooperazione giudiziaria in materia penale, posto a fondamento dell’art. 17 della decisione quadro, che prevede i termini massimi entro cui la decisione definitiva deve essere adottata.

Per tale ragione, infatti, la previsione negli ordinamenti interni di un ricorso con effetto sospensivo avverso la decisione di consegna suppletiva o sulla riconsegna sarebbe contraria alla decisione quadro solo laddove, per la decisione definitiva, fossero previsti termini più ampi rispetto a quelli fissati dall’art. 17, ossia sessanta giorni dall’arresto della persona da consegnare all’altro Stato membro.

1.8. La pronuncia di illegittimità costituzionale del *Conseil constitutionnel*.

Considerate le conclusioni della Corte di giustizia, secondo cui la decisione quadro non impone *ex se* un divieto di ricorso contro le decisioni di consegna suppletiva, il *Conseil constitutionnel* si riteneva competente a decidere la questione di legittimità costituzionale della norma di diritto interno.

L’esito dello scrutinio del Tribunale costituzionale francese è stata la dichiarazione di illegittimità costituzionale della regola, contenuta nell’art. 695-46 c.p.p., di esclusione della possibilità di ricorso avverso

⁽²⁰⁾ La Corte riprende il principio di diritto già sancito nella decisione resa nel caso Melloni. Cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*.

la decisione di consegna dalla *Chambre de l'instruction*, poiché determinava un'ingiustificata restrizione del diritto, costituzionalmente garantito, a una tutela giurisdizionale effettiva.

2. L'esperienza tedesca: la legge federale del 21 luglio 2004.

La Germania ha dato attuazione, in un primo tempo, alla decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo con la legge federale del 21 luglio 2004. Tale provvedimento ha modificato la legge tedesca sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale (IRG — *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*) del 27 giugno 1994, inserendo, alla parte ottava, le disposizioni relative alla disciplina del mandato d'arresto europeo, destinate a trovare applicazione nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea ⁽²¹⁾. Ed invero, in deroga al principio generale di sussidiarietà della normativa nazionale e della preminenza delle convenzioni internazionali, il legislatore ha aggiunto al § 1 IRG un nuovo comma 4, il quale stabilisce che, laddove l'assistenza sia richiesta da uno Stato membro dell'Unione, le disposizioni della parte ottava dell'IRG prevalgono sugli accordi internazionali e sulle altre disposizioni della medesima legge, che rimangono applicabili in via subordinata.

Come suggerisce anche solo il dato formale, l'atteggiamento del legislatore tedesco è stato di segno indiscutibilmente conservativo ⁽²²⁾. Da un lato, infatti, il mandato d'arresto europeo è stato definito come una forma di estradizione fondata su una "disciplina speciale", contraddistinta da un marcato *favor extraditionis* ⁽²³⁾ e, dall'altro, è stato mantenuto il regime delle competenze già previste dal sistema giudiziario tedesco in materia estradizionale.

⁽²¹⁾ Con riguardo al regime linguistico si segnala che, in deroga al principio generale, di cui all'art. 8 della decisione quadro, per cui il mandato d'arresto europeo è tradotto nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione, la Germania, con apposita dichiarazione, notificata al Segretario generale del Consiglio dell'UE, ha inteso stabilire che, a condizioni di reciprocità, si impegna a ricevere e riconoscere i mandati di arresto europeo redatti nella lingua ufficiale degli Stati emittenti.

⁽²²⁾ J.P. PIERINI, *L'attuazione del mandato d'arresto europeo: l'extradition act 2003 e l'EuHbg tedesca*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, n. 4, p. 512.

⁽²³⁾ Così J.P. PIERINI, *Il mandato d'arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: « schiaffo » all'Europa o cura negligente dei diritti del nazionale da parte del legislatore*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 1, p. 238.

Nella nuova procedura di consegna, infatti, competente a emettere i mandati d'arresto è ancora il pubblico ministero presso il Tribunale regionale (*Landgerichte*), mentre in ordine ai mandati emessi in un altro Stato membro decide la Corte d'appello (*Oberlandesgericht*), la cui esecuzione è affidata al corrispondente pubblico ministero. Infine, è stata individuata quale autorità competente a ricevere le richieste di transito l'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale regionale superiore nel cui territorio avviene il transito della persona che deve essere consegnata.

La legge del 2004, inoltre, ha mantenuto il ruolo dei Ministeri della giustizia federale e dei singoli *Länder*, quali autorità centrali, cui sono affidati i compiti di ricevimento e trasmissione dei mandati d'arresto da e verso gli Stati membri. Pertanto, a livello pratico, laddove l'autorità competente di un altro Stato membro intenda procedere, nei casi in cui sia nota la localizzazione nel territorio tedesco della persona ricercata, mediante trasmissione diretta del mandato d'arresto europeo all'autorità giudiziaria, deve comunque inviarlo al Ministero federale o a quello del *Länder* competente per territorio ⁽²⁴⁾.

2.1. La disciplina normativa tedesca.

Conformemente a quanto già previsto in tema di estradizione, la decisione di consegna si realizza in un doppio procedimento, che si compone di un primo esame sull'ammissibilità della richiesta (*Zulässigkeitsverfahren*), cui segue il conferimento di un'autorizzazione (*Bewilligungsverfahren*) di competenza del governo, che, in base al § 74.2 IRG, è stato delegato ai *Länder*, e da questi ad ulteriori autorità subordinate.

Quest'ultimo provvedimento, ritenuta la sua matrice politica e in chiara discontinuità rispetto al modulo estradizionale tipico, è inoppugnabile, ai sensi del § 74b IRG. Tale scelta legislativa, tuttavia, stride evidentemente con il punto cardine della decisione quadro, ossia la piena "giurisdizionalizzazione" del procedimento di consegna, volta al

⁽²⁴⁾ Così osservava, all'indomani dell'entrata in vigore della legge federale del 21 luglio 2004, G. DE AMICIS, *L'attuazione del mandato d'arresto europeo negli Stati membri dell'UE*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato di arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 476.

superamento, in radice, dei passaggi politico-amministrativi tipici delle tradizionali procedure estradizionali ⁽²⁵⁾.

Al fine di attuare un meccanismo più semplice e rapido di consegna delle persone ricercate e, dunque, a garanzia di una maggiore efficacia dello stesso strumento del mandato d'arresto europeo, il *Bundestag* ha inserito, al § 79 IRG ⁽²⁶⁾, un generale obbligo di esecuzione delle richieste di estradizione formulate da uno Stato membro, che possono essere rifiutate solo nei casi stabiliti nella parte ottava dell'IRG.

Nello specifico, ai sensi del § 83 IRG, la domanda di estradizione (*rectius* il mandato d'arresto europeo) deve essere rifiutata se la persona richiesta non è imputabile perché al momento del fatto non aveva compiuto i 14 anni di età ⁽²⁷⁾, oppure se è già stata condannata in via definitiva da un altro Stato membro per lo stesso reato oggetto della richiesta sempre che, in caso di condanna, la sanzione sia già stata eseguita, sia in corso di esecuzione ovvero non possa più essere eseguita. Il mandato d'arresto non può essere eseguito, inoltre, se è stato emesso per l'esecuzione di una pena detentiva comminata in base ad una decisione pronunciata *in absentia* della persona richiesta e questa non è stata personalmente citata all'udienza o non ne è stata informata in altro modo. Il legislatore ha, però, previsto un'eccezione per quelle ipotesi in cui lo Stato richiedente garantisca alla persona richiesta, successivamente al trasferimento, il diritto ad un nuovo giudizio nel quale sia ampiamente esaminata l'accusa mossa a suo carico, nonché il diritto ad essere presente all'udienza.

Accanto a tali motivi di rifiuto obbligatori all'esecuzione del mandato, il riformato § 83b IRG ne prevede altri di natura meramente facoltativa. In particolare, l'autorità competente può decidere di non dare esecuzione al mandato d'arresto emesso in un altro Stato membro se, a carico della persona richiesta ed in relazione allo stesso fatto sul quale si basa il mandato di arresto, è in corso un procedimento penale dinanzi alle autorità nazionali, ovvero se queste non hanno esercitato l'azione penale o hanno proceduto all'archiviazione.

Possono ostare, poi, all'esecuzione del mandato le ipotesi in cui si

⁽²⁵⁾ Sul punto, cfr. G. RANALDI, *Il caso Darkanzali: rilievi "a margine" della sentenza del Tribunale costituzionale tedesco in tema di mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, in *www.Federalismi.it*, 2005, n. 17, p. 5.

⁽²⁶⁾ Come suggerisce la stessa rubrica della disposizione « Obbligo generale di esecuzione delle richieste » (*Grundsätzliche Pflicht zur Erledigung*).

⁽²⁷⁾ Ai sensi del § 19 del codice penale tedesco, cui il § 83.2 IRG rinvia.

ritenga di dover accordare la precedenza alla domanda di estradizione di uno Stato terzo; il fatto oggetto della domanda è punito, ai sensi della legge dello Stato membro richiedente, con una sanzione privativa della libertà personale a vita o in caso di condanna della persona richiesta a tale pena se la revisione dell'esecuzione della sanzione irrogata non è prevista, su istanza o d'ufficio, al più tardi entro 20 anni ⁽²⁸⁾; vi siano fondati motivi che rendano ipotizzabile che lo Stato di emissione non accoglierebbe una analoga richiesta di assistenza tedesca, cioè, in altri termini, manchino le condizioni di reciprocità ⁽²⁹⁾.

Il § 73 IRG, come novellato dalla legge del 2004, prevede che l'assistenza giudiziaria deve essere rifiutata, inoltre, qualora l'esecuzione della richiesta risulti contraria ai principi fondamentali di cui all'art. 6 del TUE, riconoscendo, così, alla clausola di non discriminazione il ruolo di requisito di ammissibilità della domanda di consegna a fini estradizionali. Il legislatore nazionale, in questo modo, ha elevato a specifico motivo di inammissibilità della consegna la previsione contenuta nel considerando n. 12 della decisione quadro, offrendo tutela ai diritti fondamentali della persona ricercata in assenza di una specifica clausola nel provvedimento europeo ⁽³⁰⁾.

Nel solco delle disposizioni relative ai diritti fondamentali della persona ricercata si inseriscono le previsioni di cui ai §§ 40.2 e 83e IRG. In particolare, il primo prevede che nell'ambito dei procedimenti di consegna sia sempre necessaria la presenza di un difensore quando il fatto su cui si fonda la richiesta costituisca, secondo la legislazione dello Stato richiedente, un reato di cui alla "lista positiva" contenuta nell'art. 2 § 2 della decisione quadro. Il secondo, invece, prevede l'audizione della persona arrestata, su richiesta dello Stato emittente, alla presenza dei suoi rappresentanti.

⁽²⁸⁾ Si segnala che tale ultimo motivo di rifiuto è stato espunto dal § 80b ed inserito nel § 80 della legge tedesca sull'extradizione del 20 luglio 2006, divenendo, così, motivo di rifiuto obbligatorio.

⁽²⁹⁾ Sulle preoccupazioni di tale meccanismo di "do ut des" quale mezzo di pressione in politica estera, cfr. K. VOLK, *Il mandato d'arresto europeo nell'ottica tedesca*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione: profili costituzionali, penali, processuali ed internazionali*, Padova, Cedam, 2004, p. 326.

⁽³⁰⁾ J.P. PIERINI, *L'attuazione del mandato d'arresto europeo: l'extradition act 2003 e l'EuHbg tedesca*, cit., p. 516, il quale precisa come «l'operazione normativa consenta il recupero del par. 6.2 che contiene la tradizionale clausola di non discriminazione che unitamente al nuovo par. 73.2 completa il quadro della tutela dei diritti fondamentali rispetto all'esecuzione del mandato d'arresto europeo».

Il legislatore, novellando il § 81.4 IRG della legge sull'assistenza giudiziaria, ha anche escluso che le autorità tedesche debbano operare il controllo della "doppia incriminazione", quando il fatto oggetto della richiesta viola, ai sensi della legge dello Stato richiedente, una disposizione di legge penale rientrante nell'elenco di reati di cui all'art. 2 § 2 della decisione quadro. In tutti gli altri casi l'esecuzione del mandato è, invece, espressamente subordinata alla previsione del fatto come reato anche nell'ordinamento tedesco, sempre che sia punito, dalla legge dello Stato emittente, con la pena detentiva non inferiore nel massimo a dodici mesi o, sia applicata una sanzione privativa della libertà personale di durata non inferiore ai quattro mesi, a seconda che il mandato sia emesso, rispettivamente, ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena.

Nel caso in cui l'arrestato abbia prestato il proprio consenso alla consegna, la decisione dovrà essere pronunciata entro dieci giorni dalla dichiarazione stessa, diversamente entro sessanta giorni dall'arresto.

Successivamente dovrà essere concordato con lo Stato membro emittente un termine per la consegna della persona richiesta, al più tardi entro dieci giorni dalla decisione. Se non è possibile rispettare il termine a causa di circostanze indipendenti dalla volontà dello Stato membro di emissione, dovrà essere fissato un nuovo termine di consegna entro dieci giorni. Sono ammessi, inoltre, ulteriori rinvii alla fissazione del termine di consegna per ragioni di giustizia ovvero per gravi motivi umanitari. Se la persona richiesta non viene presa in consegna entro dieci giorni dalla scadenza di uno dei termini concordati, dovrà essere immediatamente rilasciata qualora non sia stato concordato un nuovo termine di consegna.

Non sono previste, tuttavia, sanzioni in caso di mancata osservanza di tali termini, ma un mero dovere di informare Eurojust in capo al Governo federale.

Recependo la "grande innovazione" ⁽³¹⁾ della decisione quadro della consegna dei propri cittadini, il legislatore nazionale ha dettato disposizioni particolari per l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di un cittadino tedesco o abitualmente residente in Germania.

Si segnala che l'attuazione della decisione quadro, sul punto, è stata resa possibile da una modifica dell'art. 16 § 2 della Costituzione tedesca

⁽³¹⁾ Così M. PISANI, *I cittadini tedeschi (ed equiparati) e il mandato d'arresto europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 1, p. 480.

(GG — *Grundgesetz*), che, nella sua formulazione originaria, prevedeva che nessun tedesco potesse essere estradato all'estero.

A seguito della novella costituzionale, entrata in vigore il 30 novembre 2000, viene ribadita la regola generale, ma si ammette che « con legge può essere adottata una disciplina derogatoria per l'estradizione ad uno Stato membro dell'Unione europea o ad una Corte internazionale, sempre che sia assicurato il rispetto dei diritti fondamentali propri dello Stato di diritto »⁽³²⁾.

La riserva di legge posta dall'art. 16 GG è stata soddisfatta, dal legislatore tedesco del 2004, con il § 80 IRG, norma che, però, è stata successivamente sottoposta allo scrutinio del *Bundesverfassungsgericht*, all'esito del quale l'intera legge di recepimento sarebbe stata dichiarata costituzionalmente illegittima (v. *infra*, § 2.2).

Nello specifico, la consegna del cittadino tedesco finalizzata all'esecuzione della pena era subordinata al consenso della persona ricercata, mentre quella a fini processuali — in linea con la garanzia di cui all'art. 5 n. 3 della decisione quadro — alla condizione che, a richiesta dell'interessato, venissero fornite dallo Stato di emissione garanzie di riconsegna per scontare in territorio tedesco la pena eventualmente inflitta nei suoi confronti⁽³³⁾.

Infine, le garanzie del principio di specialità vengono fatte proprie dal legislatore tedesco del 2004 con la disposizione di cui al § 83h IRG che riprende sostanzialmente le analoghe previsioni dettate dall'art. 27 della decisione quadro, sia con riguardo al contenuto del diritto stesso che in punto di eccezioni.

2.2. La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* che annulla la legge tedesca di attuazione del mandato d'arresto europeo.

Con la sentenza del 18 luglio 2005 (2BvR 2236/04) la Seconda sezione del Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG) ha annullato la legge interna di attuazione della decisione quadro sul

⁽³²⁾ Sulla riforma, cfr. J.P. PIERINI, *Estradizione dei nazionali e cooperazione della Germania con i tribunali internazionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, n. 5, p. 631.

⁽³³⁾ Sul punto, in senso critico, cfr. J.P. PIERINI, *L'attuazione del mandato d'arresto europeo: l'extradition act 2003 e l'EuHbg tedesca*, cit., p. 516, il quale osservava come già dalla Relazione governativa trasparisse « la preoccupazione per le ipotesi in cui non appare praticabile una successiva assunzione dell'esecuzione della pena per esempio perché difetta la doppia incriminabilità ».

mandato d'arresto europeo del 2004, azionando i c.d. “controlimiti” costituzionali ⁽³⁴⁾.

In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* veniva chiamato a verificare la compatibilità costituzionale della “testata d'angolo” ⁽³⁵⁾ dell'impianto normativo attraverso cui l'ordinamento tedesco si era conformato alle prescrizioni della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ossia il § 80 IRG, nella parte in cui viola il precetto espresso dall'art. 16 § 2 della Costituzione tedesca, il quale impone che l'estradizione sia subordinata al rispetto dei diritti fondamentali.

Con la sentenza del 2005, il *Bundesverfassungsgericht* poneva, dunque, un secco limite — o meglio “controlimite” — al primato della legislazione dell'Unione e, in generale, alla politica giudiziaria penale europea, evidenziando come la lotta alla criminalità organizzata e transfrontaliera non possa mai diventare un'arma per falciare le libertà e i diritti fondamentali, così come sanciti nelle Carte costituzionali degli Stati membri ⁽³⁶⁾.

2.3. La questione di costituzionalità.

Il Tribunale costituzionale era stato adito in via diretta da Mamoun Darkazanli, cittadino tedesco e siriano, nei confronti del quale l'*Audiencia Nacional* di Madrid aveva emesso un mandato d'arresto euro-

⁽³⁴⁾ Per una rassegna della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* applicativa della “teoria dei controlimiti”, intesa come argine rispetto alle possibili violazioni dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali da parte delle fonti del diritto europeo, cfr. P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *www.DPCE.it*, 2016, n. 2, p. 431 ss.

⁽³⁵⁾ Sulla portata della pronuncia sul processo di integrazione europeo, cfr. F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht tedesco sul mandato d'arresto*, in *Quad. cost.*, 2005, n. 4, p. 897, il quale sostiene come questa risulti « ulteriormente acuita dal momento storico in cui è stata adottata. E ciò sia per l'aspetto politico — per le difficoltà incontrate dal processo di ratifica del Trattato costituzionale, a breve ridosso dei referendum francese e olandese che ne hanno segnato se non la morte, almeno il coma politico — sia per quello giudiziario — per collocarsi immediatamente dopo le decisioni delle Corti polacca, ungherese e belga sul medesimo punto e la spinta in avanti della Corte di Giustizia nel caso Pupino ».

⁽³⁶⁾ Così osserva M.M. PISANI, *Problemi costituzionali relativi all'applicazione del mandato d'arresto europeo negli Stati membri*, in *www.Federalismi.it*, 2005, n. 15, p. 4.

peo, perché sospettato di aver partecipato all'organizzazione terroristica *Al Qaeda* ⁽³⁷⁾.

Questi presentava ricorso individuale, sia contro la decisione della Corte d'appello (*Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*) sull'ammissibilità del mandato, che contro l'atto di autorizzazione dell'autorità amministrativa (*Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg*) alla consegna, condizionata all'offerta, da parte delle competenti autorità spagnole, di esecuzione della pena in Germania, in caso di condanna.

Il ricorrente lamentava, in primo luogo, la violazione dell'art. 16 § 2 GG, per cui — come si è detto — l'estradizione di un cittadino tedesco in uno Stato membro dell'Unione europea può avvenire solo nella misura in cui siano osservati i principi di diritto.

Deduceva, poi, come la normativa impugnata vulnerasse il divieto di irretroattività delle norme penali di cui all'art. 103 § 2 GG, laddove la rinuncia alla verifica di bilateralità del fatto avesse operato per condotte poste in essere sul territorio tedesco prima dell'adozione della legge di attuazione. In particolare, il ricorrente faceva valere un *deficit* di legittimazione democratica nel procedimento di formazione della decisione quadro, adottata nell'ambito di quello che era il c.d. "terzo pilastro", e della legge interna di attuazione, che rinunciando alla doppia incriminazione, rendevano vigente in Germania il diritto penale straniero, con conseguente lesione del principio di irretroattività della legge penale.

Per il ricorrente, il provvedimento legislativo sarebbe stato censurabile anche sotto il profilo del condizionamento della consegna ad uno Stato membro alla successiva riconsegna per l'espiazione della pena, poiché contraria all'*ordre public* nel caso in cui il fatto per il quale l'individuo è stato condannato all'estero non fosse punibile in Germania ⁽³⁸⁾.

Infine, il ricorrente evidenziava come le disposizioni censurate fossero lesive del principio contenuto nell'art. 19 § 4 GG, secondo cui

⁽³⁷⁾ In particolare, l'autorità giudiziaria spagnola procedeva per i reati di *asociaciones ilícitas in bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas* ex artt. 512 § 2, 516 § 2 *Código penal*.

⁽³⁸⁾ Tale questione era già stata presentata come problematica nella stessa relazione governativa al disegno di legge per l'attuazione della decisione quadro, per la quale si veda nota 11.

qualora un individuo subisca una violazione dei propri diritti da parte dei pubblici poteri può adire l'autorità giudiziaria ordinaria.

Il *Bundesverfassungsgericht* ritenne la questione fondata.

2.4. La decisione del Tribunale costituzionale tedesco.

Per il Tribunale costituzionale tedesco la formulazione legislativa del provvedimento censurato violava l'art. 16 § 2 GG.

Sotto il profilo dello sviluppo argomentativo, i giudici non scelsero la via di generare una pronuncia di accoglimento basata sulle argomentazioni delle parti, ma quella di fondare la stessa su un diverso ragionamento giuridico ⁽³⁹⁾.

La parte motiva della sentenza, infatti, muoveva dal preliminare rilievo che il legislatore, nell'esercizio del potere di conformazione del diritto interno alla decisione quadro, da compiersi nel rispetto della riserva di legge di cui all'art. 16 § 2 GG, avrebbe dovuto utilizzare i margini di attuazione lasciati dalla normativa europea in maniera da preservare i diritti fondamentali e le regole dello Stato di diritto.

La norma costituzionale *de qua*, spiegava il Tribunale, fonda il divieto di estradizione dei cittadini tedeschi — fatta salva l'eventuale deroga da stabilirsi con legge — sul particolare collegamento degli stessi con lo Stato di appartenenza, tutelando, così, la fiducia dell'indagato nel proprio ordinamento giuridico. Tale tutela deve essere particolarmente intensa quando il fatto di reato posto alla base della richiesta di estradizione sia stato commesso in territorio tedesco, o, comunque, sia caratterizzato da un prevalente collegamento con quest'ultimo. Per questo, quindi, in tali ipotesi, il processo penale dovrebbe celebrarsi in Germania.

In questi casi, infatti, si realizza una coincidenza tra due doveri essenziali in capo allo Stato: la tutela dell'integrità del suo ordinamento giuridico e la garanzia dei diritti fondamentali, tale da creare un ostacolo all'extradizione.

In altri termini, i giudici costituzionali tedeschi individuavano il "contenuto essenziale" del diritto di cui all'art. 16 § 2 GG nella garanzia che il cittadino tedesco, che ponga in essere una determinata

⁽³⁹⁾ In questo senso, v. F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht tedesco sul mandato d'arresto europeo*, cit., p. 898, che lo interpreta come « un segno inequivocabile che il BVerfG intendesse cogliere l'occasione per entrare nel dibattito indipendentemente dal singolo caso ».

condotta all'interno dell'ambito di validità del proprio ordinamento, in linea di principio, non debba prevenire la possibilità di essere estradato ⁽⁴⁰⁾.

Il *Bundesverfassungsgericht* riteneva, altresì, che si potesse arrivare ad analoga conclusione considerando come il meccanismo dell'extradizione, in generale, sottoponga, in via di fatto, il cittadino tedesco « ad un diritto penale che non ha contribuito democraticamente a formare », e che, dunque, non ha il dovere di conoscere ⁽⁴¹⁾. Di qui, anche la violazione del principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 103 § 2 GG.

A conclusioni opposte, a parere del Tribunale costituzionale, si deve giungere nei diversi casi in cui la condotta posta in essere dal cittadino tedesco presenti un prevalente collegamento esterno, cioè con il territorio straniero, poiché, avendo questi agito in un altro ordinamento, dovrà risponderne secondo la relativa disciplina.

Maggiormente complessa e di più difficile soluzione appariva, ai giudici tedeschi, la situazione intermedia in cui la condotta sia stata compiuta in tutto o in parte in Germania, ma l'evento si sia verificato all'estero. È evidente, infatti, come in questo caso si renda necessaria una ponderazione della fattispecie concreta, consistente in un giudizio di bilanciamento tra la gravità dei fatti addebitati e l'esigenza di repressione degli stessi, da un lato, e i diritti e gli interessi dell'indagato costituzionalmente tutelati, in relazione agli scopi connessi alla creazione di uno spazio giuridico europeo, dall'altro.

Per tali ragioni, il Tribunale ravvisava il mancato rispetto della riserva di legge di cui all'art. 16 § 2 GG, poiché la normativa interna, nell'attuare l'art. 4 n. 7 della decisione quadro, che prevede la mancata esecuzione del mandato d'arresto europeo per quei reati commessi in tutto o in parte nello Stato di esecuzione, non prevedeva espressamente la valutazione del caso concreto ⁽⁴²⁾.

Altro profilo di incostituzionalità veniva rintracciato dal *Bundesverfassungsgericht* nella violazione dell'art. 19 § 4 GG, data la mancanza, nella legge impugnata, di uno strumento di ricorso giurisdizionale

⁽⁴⁰⁾ Così A. DI MARTINO, *La sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco sul mandato di arresto europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 5 settembre 2005.

⁽⁴¹⁾ Sul punto, v. A. DI MARTINO, loc. cit., osserva come le conclusioni del Tribunale tedesco siano « in linea con l'interpretazione del BVerfG sul significato non solo processuale, ma anche materiale dell'extradizione ».

⁽⁴²⁾ A. DI MARTINO, loc. cit.

contro il provvedimento di autorizzazione alla consegna. Ciò perché la disciplina di attuazione del mandato d'arresto europeo aveva mutato la tradizionale natura del *Bewilligung*, inteso come strumento di controllo politico, vista la generale "giurisdizionalizzazione" del procedimento di consegna, che lascia all'organo politico un potere valutativo che ha ad oggetto il procedimento penale interno più che gli aspetti di politica estera e generale. Di conseguenza, il *Bewilligungsentscheidung* costitutiva, oramai, l'esito di un procedimento di natura giudiziaria e, quindi, un ulteriore momento di garanzia per la persona richiesta e, come tale, assoggettato alla tutela prevista dall'art. 19 § 4 GG.

In esito all'articolato ragionamento fin qui ripercorso, il Tribunale costituzionale tedesco dichiarava nulla l'intera legge di applicazione della decisione quadro, segnando il ritorno alle regole del precedente meccanismo estradizionale, e facendo venir meno l'operatività del mandato d'arresto europeo fino all'approvazione della nuova legge interna del 2006.

2.5. La legge di riforma del 20 luglio 2006.

Il parlamento tedesco si adeguava alle indicazioni espresse dai giudici costituzionali approvando, il 20 luglio 2006, una nuova riforma della legge sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale, entrata in vigore il 2 agosto 2006.

Con il nuovo provvedimento legislativo, di fatto, veniva mantenuta la disciplina di attuazione già dettata nel 2004, modificando il regime previsto per la consegna dei propri cittadini.

Il § 80 della nuova legge tedesca distingue, oggi, diverse ipotesi di consegna del cittadino.

In particolare, quella ai fini dell'esecuzione di una pena è possibile solo se il cittadino presta il proprio consenso.

Quanto poi alla richiesta di consegna per l'esercizio dell'azione penale, questa può essere rifiutata quando ha ad oggetto fatti commessi interamente in Germania, mentre può essere accordata nel caso in cui il reato presenti una "relazione rilevante" (*maßgeblicher Bezug*) con lo Stato membro richiedente, sempre che quest'ultimo garantisca, in caso di condanna, il "ritrasferimento" del soggetto in Germania per l'esecuzione della pena ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Sul punto cfr. M. PISANI, *I cittadini tedeschi (ed equiparati) ed il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 480, il quale, tuttavia, sottolinea che « questo trasferimento

Il legislatore ha avuto, altresì, cura di specificare che la “relazione rilevante” con lo Stato nazionale sussiste quando la commissione del reato sia avvenuta in tutto o in parte nel suo territorio o ivi si sia verificato, almeno parzialmente, l'evento. Nella valutazione devono essere tenuti in conto la gravità dell'accusa, le esigenze processuali e gli interessi costituzionalmente garantiti della persona richiesta.

Quando, invece, il caso concreto non fa emergere un legame prevalente con lo Stato emittente o con lo Stato d'esecuzione, si deve procedere al controllo della doppia incriminazione e ad una comparazione degli interessi in gioco che non lasci prevalere la fiducia del soggetto richiesto a non essere estradato.

Tale soluzione, tuttavia, per quanto in linea con le indicazioni del Tribunale costituzionale, era apparsa agli occhi della Commissione europea contraria alla stessa decisione quadro ⁽⁴⁴⁾, poiché una regolamentazione così analitica e articolata della consegna dei propri cittadini ad uno Stato membro rischia di porsi contro lo stesso principio informatore del mandato d'arresto: il reciproco riconoscimento. Il legislatore europeo, infatti, ha introdotto una forma di cooperazione basata sulla fiducia reciproca tra gli Stati, che avrebbe dovuto comportare che la consegna dei propri cittadini diventasse un principio ed una regola generale, anche a costo di generare, in nome del processo di integrazione europea, delle “difficoltà” costituzionali in alcuni Stati membri.

3. L'esperienza spagnola: le leggi nn. 2 e 3 del 14 marzo 2003.

La Spagna ha recepito la d.q. 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, con la legge del 14 marzo 2003, n. 3 (*Ley sobre la orden europea de detención y entrega*), che ha introdotto l'istituto dell'*euroorden*. Complementare a tale provvedimento normativo è la legge organica 2/03, approvata nella medesima data, di modifica degli artt. 65 e 88 della *Ley Orgánica* dell'1 luglio 1986, n. 6 sull'ordinamento giudi-

non presuppone la condizione di reciprocità delle incriminazioni, cosicché un cittadino tedesco potrà essere sottoposto all'esecuzione, in Germania, per un fatto che non è punibile in base al diritto tedesco ». Rimane insoluta, così, la questione emersa già nella Relazione governativa al disegno di legge del 2004, per la quale si veda la nota 11.

⁽⁴⁴⁾ Relazione della Commissione sull'attuazione, dal 2005, della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna fra Stati membri [SEC(2007) 979].

ziario, che ha attribuito la competenza per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo e della relativa consegna alle *Juzgados centrales de Instrucción* ⁽⁴⁵⁾ ed alla *Sala de lo Penal de la Audiencia nacional* ⁽⁴⁶⁾.

Lo scopo di tale disciplina era quello di rispettare l'obbligo, imposto dalla legislazione europea, di sostituire, nei rapporti con gli Stati membri, il tradizionale sistema estradizionale con una nuova procedura di consegna basata su relazioni dirette tra gli organi giudiziari nazionali, senza l'intervento delle autorità governative.

Nel preambolo alla l. 3/2003 il legislatore spagnolo sottolineava, infatti, come la nuova disciplina introducesse modifiche così sostanziali alla procedura di estradizione da poterla considerare del tutto scomparsa dai rapporti di cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea, per essere sostituita da un sistema di consegna più veloce e rapido tra Stati, i cui valori costituzionali si basano sul rispetto dei diritti fondamentali e sui principi democratici ⁽⁴⁷⁾.

All'indomani dell'approvazione delle l. nn. 2 e 3 del 2003, l'*Audiencia nacional*, nel dare esecuzione ad un mandato d'arresto europeo, metteva in luce come la nuova cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, sviluppatasi a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, avesse trasformato radicalmente gli istituti tradizionali del diritto all'extradizione. Trasformazione questa — basata sul principio del mutuo riconoscimento e sul corollario dell'equivalenza delle decisioni giudiziarie degli Stati membri — che vedeva la sua prima applicazione, ad opinione del Tribunale madrileno, con il mandato d'arresto europeo ⁽⁴⁸⁾.

La legge di attuazione spagnola recepiva in pieno lo spirito della decisione quadro, poiché, diversamente da altri Stati membri, evitava straripi di sovranità e atteggiamenti di gelosa custodia delle peculiarità

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 88 *Ley Orgánica del Poder Judicial*, 1 luglio 1985, n. 6, come modificato dalla *Ley Orgánica*, 14 marzo 2003, n. 2, secondo cui tali organi giudiziari istruiscono i procedimenti di competenza della sezione penale della *Audiencia nacional*, in particolare quelli relativi all'esecuzione dei mandati d'arresto europeo e i procedimenti di estradizione passiva.

⁽⁴⁶⁾ L'art. 2 della l. 3/2003 individua, inoltre, al comma 1, quali autorità giudiziarie competenti a emettere il mandato d'arresto europeo il giudice o il Tribunale competenti rispetto alla causa instaurata in seguito allo stesso mandato; al comma 3 individua quale autorità centrale il *Ministerio de justicia* (Ministero della giustizia).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. l. 3/2003 « *Exposición de motivos* ».

⁽⁴⁸⁾ *Audiencia nacional* del Regno di Spagna, Tribunale penale, Terza sezione, provvedimento 10 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, n. 4, p. 288.

della legislazione e della giurisprudenza nazionali, cioè, in sintesi, della propria cultura giuridica ⁽⁴⁹⁾.

Il nuovo istituto dell'*eurooden* si caratterizza, infatti, per essere un meccanismo tipicamente giudiziale, essendo stato “quasi” totalmente eliminato l'intervento dell'autorità governativa ⁽⁵⁰⁾.

Quest'ultima, infatti, può intervenire, ai sensi dell'art. 23 § 2 della legge spagnola, nell'ipotesi di concorrenza tra un mandato d'arresto, emesso da uno Stato membro, e una richiesta di estradizione di uno Stato terzo. In tali casi, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve sospendere il relativo procedimento ed inviare gli atti al Ministro della giustizia, il quale, a sua volta, inoltrerà la sua proposta al Consiglio dei Ministri, cui spetta la decisione finale ⁽⁵¹⁾.

Questa tendenza a garantire la cooperazione giudiziaria tra gli Stati dell'Unione si era già manifestata in alcuni accordi bilaterali, conclusi dalla Spagna, antecedenti alla stessa legge n. 3 del 2003, ossia: il Trattato tra Italia e Spagna, firmato a Roma il 28 novembre 2000, volto a semplificare i meccanismi estradizionali e a rendere più semplici le procedure di consegna tra i due Stati ed il Trattato, firmato a Madrid il 23 novembre 2001, dalla Spagna con la Gran Bretagna e l'Irlanda del Nord, con cui si concordavano, per i delitti più gravi, modalità di consegna accelerate.

3.1. La procedura attiva.

Il titolo II della l. 3/2003 disciplina la c.d. “procedura attiva”, cioè l'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte delle autorità spagnole competenti, che l'art. 2 individua nel giudice o nel tribunale che procede.

L'art. 5, nel fissare l'oggetto del mandato d'arresto, ripercorre lo schema dell'extradizione, distinguendo tra il mandato emesso a fini

⁽⁴⁹⁾ Sul punto, E. BRUTI LIBERATI-I.J. PATRONE, *Il mandato di arresto europeo*, in *Quest. giust.*, n. 1, p. 449, evidenziano come la Spagna, anche se non prevedeva nel proprio ordinamento l'istituto della contumacia, “accettava” in sede di attuazione della decisione quadro, l'esecutività nel proprio territorio di sentenze emesse in contumacia in altri Stati membri.

⁽⁵⁰⁾ Così M. HOYOS SANCHO, *Il nuovo sistema di estradizione semplificata nell'unione europea. Lineamenti della legge spagnola sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 2, p. 305.

⁽⁵¹⁾ La norma prevede, inoltre, che la relativa procedura sia regolata dalle disposizioni contenute nella legge sull'extradizione passiva.

processuali, volto all'esercizio dell'azione penale per reati puniti dalla legge spagnola con una pena non inferiore a dodici mesi, e quello c.d. esecutivo, funzionale all'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza privativa della libertà personale non inferiore a quattro mesi.

L'autorità giudiziaria di emissione è tenuta a redigere la propria richiesta mediante la compilazione dell'apposito formulario, allegato alla decisione quadro, indicando, oltre che tutti gli elementi previsti dall'art. 3 della legge di attuazione, anche l'indirizzo presso il quale la persona ricercata dimora, laddove sia noto.

In tali casi, detti di "localizzazione qualificata", l'organo procedente può comunicare il mandato d'arresto direttamente all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro, fornendone la traduzione nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione o in quella che quest'ultimo abbia accettato mediante dichiarazione depositata presso il Segretariato generale del Consiglio. Il provvedimento può essere trasmesso con qualunque mezzo, purché sia possibile una verifica di autenticità.

Diversamente, nell'ipotesi in cui ignori dove si trovi il ricercato, l'autorità spagnola è tenuta a trasmettere il mandato, in lingua originale, tramite il Sistema di Informazione di Schengen (SIS), oppure, in subordine, ricorrendo ai servizi di Interpol. In ogni caso, deve essere inviata copia del mandato d'arresto emesso al Ministro della giustizia, dopo la sua trasmissione.

L'art. 8, infine, prevede che le autorità spagnole possano domandare il trasferimento temporaneo della persona ricercata, prima che lo Stato di esecuzione abbia deciso in merito alla consegna definitiva, quando, a fini investigativi, sia necessario far rendere dichiarazioni alla persona richiesta, o nel caso in cui lo Stato di esecuzione abbia sospeso la procedura passiva di consegna.

3.2. La procedura passiva.

Nel disciplinare la fase passiva della procedura di consegna, il legislatore spagnolo, all'art. 12 della legge di attuazione, ha introdotto nel diritto interno i soli motivi di rifiuto previsti espressamente dagli articoli 3 e 4 della decisione quadro, mantenendone anche la distinzione tra obbligatori e facoltativi.

In più, nella già citata sentenza ⁽⁵²⁾, l'*Audientia national* ha chiarito la natura tipica e tassativa dei motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, insuscettibili, quindi, di interpretazione e applicazione analogica, individuando, così, un ulteriore profilo di distinzione dell'*euroorden* rispetto alla procedura estradizionale.

Nel dettaglio, tra i motivi di rifiuto obbligatori rientrano il c.d. *ne bis in idem* internazionale, che ricorre quando il ricercato sia già stato giudicato per gli stessi fatti, oggetto del mandato d'arresto europeo, da parte di un altro Stato membro, a condizione che, in caso di condanna, la pena sia già stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo il diritto dello Stato di condanna; la non imputabilità del ricercato, secondo la legge spagnola, in ragione della sua minore età; l'intervenuta amnistia in Spagna per gli stessi fatti sui quali si basa il mandato d'arresto europeo.

Il primo dei motivi di rifiuto facoltativi individuati dall'art. 12 attiene alla c.d. "eccezione della doppia incriminazione". In particolare, in perfetta aderenza alle indicazioni della decisione quadro, è stata esclusa la verifica, da parte dell'autorità d'esecuzione, della bilateralità del fatto, per i reati ricompresi nella "lista positiva" di cui all'art. 9 della legge di attuazione e sempre che per essi sia prevista la pena detentiva non inferiore nel massimo a tre anni ⁽⁵³⁾. Viceversa, in tutti gli altri casi, la carenza della doppia incriminazione costituisce motivo di rifiuto facoltativo della consegna, dovendo, perciò, formare oggetto di uno specifico accertamento da parte dell'autorità giudiziaria spagnola di esecuzione. Ulteriori motivi di rifiuto facoltativi sono rappresentati dalla c.d. "eccezione di territorialità", che opera nel caso in cui la consegna sia richiesta per reati che, secondo la legge spagnola, siano stati commessi in tutto o in parte sul territorio nazionale; dall'esistenza di un procedimento in corso dinanzi alle autorità spagnole per i medesimi fatti e nei confronti della medesima persona; dall'esistenza di un giudicato, formatosi in uno Stato terzo, sugli stessi fatti per cui è richiesta la consegna; dall'emissione di un mandato d'arresto a fini esecutivi nei confronti di un cittadino spagnolo, salvo che questi

⁽⁵²⁾ *Audientia national* del Regno di Spagna, Tribunale penale, Terza sezione, cit.

⁽⁵³⁾ Cfr. *Audientia national* del Regno di Spagna; Tribunale penale, Terza sezione, cit., p. 290, secondo cui la disciplina del mandato d'arresto europeo « si basa sulla combinazione tra "il sistema della lista" ed il più moderno sistema "del minimo punitivo" ».

acconsenta a scontare la pena nello Stato emittente; dalla prescrizione del reato o della pena, se i fatti oggetto del mandato d'arresto rientrano nella giurisdizione spagnola.

Il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto ha inizio con il ricevimento del relativo provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria spagnola ⁽⁵⁴⁾. Tale organo opera, in primo luogo, un vaglio relativo alla competenza e, nell'ipotesi negativa, trasmette il mandato d'arresto ricevuto all'*Audiencia nacional* e ne dà comunicazione all'autorità dello Stato membro che lo ha emesso.

Successivamente, il *Juzgado central* comprova che il mandato d'arresto sia stato tradotto in lingua spagnola dall'autorità emittente e, in caso contrario, sollecita lo Stato di emissione in tal senso, sospendendo il procedimento fino al ricevimento dell'atto debitamente tradotto. Diversamente, nel caso in cui l'arresto della persona ricercata avvenga in conseguenza della relativa segnalazione nel Sistema di Informazione Schengen, il *Juzgado central* provvede alla traduzione del mandato d'arresto, senza sospensione del procedimento.

Una volta che l'arresto della persona ricercata viene eseguito, quest'ultima deve essere messa a disposizione del *Juzgado central* per lo svolgimento dell'udienza, secondo una procedura analoga a quella prevista dal codice di procedura penale spagnolo in caso di arresto, in forza del palese rinvio contenuto nell'art. 13 § 1 della legge di attuazione, il quale prescrive che la misura sia eseguita nelle forme e con i requisiti e le garanzie previsti dalla legge nazionale ⁽⁵⁵⁾. La legge prevede la partecipazione necessaria all'udienza del pubblico ministero, dell'arrestato e del suo difensore, e ove del caso, di un interprete.

Il *Juzgado central* ha l'onere di informare l'arrestato dell'esistenza del mandato d'arresto emesso nei suoi confronti e del relativo contenuto, della possibilità di prestare personalmente il consenso irrevocabile alla consegna e di rinunciare al beneficio della specialità.

Il Tribunale, sentito il pubblico ministero, può adottare, in via cautelare, misure relative alla libertà personale dell'arrestato.

⁽⁵⁴⁾ Si segnala che, nelle ipotesi di arresto provvisorio a seguito di diffusione internazionale delle ricerche, per mezzo di segnalazione nel SIS o tramite Interpol, il ricevimento del mandato d'arresto europeo può avvenire anche dopo che sia stato eseguito l'arresto, nel termine fissato dal *Juzgado central*, non inferiore alle 72 ore, nel corso dell'udienza successiva alla messa a disposizione dell'arrestato.

⁽⁵⁵⁾ G. DE AMICIS-G. IUZZOLINO, *Se l'arresto è per l'esecuzione della pena la Spagna può rifiutarsi. I cittadini possono scontare la condanna nello Stato*, in *Dir. giust.*, 2004, n. 18, p. 62.

Nel caso in cui l'arrestato acconsenta alla consegna e il pubblico ministero non eccepisca motivi di rifiuto o che impongano la consegna condizionata, il Tribunale dovrà deliberare la consegna entro i dieci giorni successivi all'udienza.

In tutti gli altri casi, il procedimento sarà trasferito di fronte alla Sezione penale della *Audiencia nacional*, che dovrà deliberare entro sessanta giorni dall'arresto, prorogabili di ulteriori trenta giorni per giustificati motivi, dandone avviso all'autorità emittente.

Qualora, eccezionalmente, non si possano adempiere i termini sopra richiamati l'autorità giudiziaria spagnola dovrà informarne Eurojust, specificando i motivi del ritardo.

In taluni casi, la decisione di consegna può anche essere condizionata alla prestazione di alcune garanzie da parte dello stato membro emittente. In particolare, qualora i delitti per cui il mandato d'arresto è stato emesso siano puniti con la pena dell'ergastolo, la consegna è subordinata alla condizione che la legislazione interna dello Stato di emissione preveda la revisione della sentenza di condanna o l'applicazione di misure premiali che consentono al condannato di non essere privato a vita della libertà personale. Inoltre, quando il mandato d'arresto europeo viene emesso nei confronti di un cittadino spagnolo ai fini dell'esercizio dell'azione penale, la consegna può essere subordinata a che, in caso di condanna, la pena sia eseguita in Spagna.

In ogni caso, le decisioni relative alla consegna della persona richiesta non sono impugnabili, fatta eccezione per le decisioni del *Juzgado central* che applicano una misura cautelare, appellabili dinanzi alla Sezione penale della *Audiencia nacional*.

La consegna deve avvenire, a cura dell'autorità spagnola, entro dieci giorni dalla relativa decisione, previa notifica, all'autorità dello Stato emittente a ciò designata, della data e del luogo stabiliti a tal fine. Eccezionalmente, l'autorità d'esecuzione può sospendere la consegna per gravi motivi umanitari, o qualora nei confronti della persona ricercata sia in corso un procedimento penale in Spagna per fatti diversi da quelli sui quali si basa il mandato d'arresto, fatta salva la possibilità di autorizzare la consegna temporanea su richiesta dello Stato emittente.

Capitolo IV

LE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE ALL'ESTERO

di Marina Troglia (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. (Dis)parità delle parti? — 2. La posizione della giurisprudenza in tema di investigazioni difensive all'estero. — 3. Gli eventuali ostacoli alla possibilità di svolgere indagini private all'estero. — 4. Il ricorso all'istituto della rogatoria internazionale. — 5. Rimedi per il difensore e nuovi strumenti di cooperazione. — 6. Conclusioni.

1. Premessa. (Dis)parità delle parti?

Come ben noto, la legge 7 dicembre 2000, n. 397 ha introdotto nel nostro ordinamento il titolo VI *bis* del libro quinto del codice di procedura penale che ha finalmente fornito — ad oltre un decennio dall'entrata in vigore del nuovo codice — una disciplina organica ⁽¹⁾ in tema di investigazioni difensive, determinando così una svolta culturale, prima ancora che giuridica, del nostro sistema ⁽²⁾.

Per la verità, l'esigenza di una normativa che autorizzasse il difen-

(*) Avvocato — Dottore di ricerca in Diritto processuale penale all'Università degli Studi di Milano.

⁽¹⁾ La disciplina va integrata con ulteriori fonti quali le *Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive* (testo approvato dal Consiglio dell'Unione delle Camere Penali il 14 luglio 2001 e poi modificato il 19 luglio 2007), il *Codice deontologico forense* (approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014, in *G.U.*, 16 ottobre 2014, n. 241, in vigore dal 15 dicembre 2014) e, infine, il *Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato per svolgere investigazioni difensive*, promosso dal Garante della Privacy (in *G.U.*, 24 novembre 2008 n. 275). V. anche, più in generale, il Codice della *privacy*, D. lgs. 196 del 2003, che ha introdotto alcune deroghe alle disposizioni comuni in tema di trattamento dei dati personali.

⁽²⁾ Sul punto vi è anche chi ha parlato di vera e propria “mutazione genetica” del sistema processuale penale. Cfr. G. LOCATELLI-G. SARNO, *Gli atti di investigazione difensiva nel procedimento penale*, Prefazione, Padova, Cedam, 2006.

sore a svolgere attività di indagine era stata avvertita anche in sede di elaborazione del nuovo codice di rito ⁽³⁾, ma si era poi risolta nella semplice formulazione di una disposizione — l'art. 38 disp. att. c.p.p. ⁽⁴⁾ — che, oltretutto, collocata al di fuori del codice di procedura penale, si era rivelata sin da subito insoddisfacente e comunque inutile, limitandosi ad affermare poche petizioni di principio che nulla aggiungevano, sotto il profilo operativo, in ordine alle concrete attività esperibili dal difensore ⁽⁵⁾. L'esigenza di prevedere una disciplina organica in materia di indagini difensive si era fatta tuttavia sempre più pressante ⁽⁶⁾ e non è un caso, infatti, che la legge 397/2000 abbia

⁽³⁾ È del Consiglio Superiore della Magistratura, infatti, la sottolineatura della circostanza che fosse proprio la « logica complessiva del nuovo sistema processuale a imporre che anche alla parte privata venga riconosciuto un diritto di investigazione e di indagine: tema di enorme importanza destinato a segnare una svolta radicale anche nel modo di concepire il ruolo del difensore ».

⁽⁴⁾ Cfr. d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

⁽⁵⁾ La dottrina sottolinea peraltro come la circostanza di non inserire nel codice di procedura penale alcuna norma circa uno strumento alternativo al pubblico ministero né un potere investigativo parallelo fu il frutto di una precisa scelta di allora, intendendo così dare « veste al modello di investigazioni — non di indagini — del difensore (...) insomma, l'unica preoccupazione che guidò il legislatore fu quella di evitare la previsione di un potere autonomo del difensore; perciò individuò la sede della norma attributiva del potere nelle disposizioni di attuazione ». V. A. DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, Cedam, 2001, pp. XXII e XXIII.

⁽⁶⁾ Oltre alle modifiche apportate all'art. 38 disp. att. c.p.p. dalla legge 8 agosto 1995 n. 332, infatti, si erano anche susseguiti alcuni progetti di legge: in particolare, il progetto n. 2774 presentato alla Camera dei Deputati in data 27 novembre 1996 e il progetto di legge recante n. 850 dal titolo « Modifiche al codice di procedura penale ed alle relative norme di attuazione in materia di esercizio della funzione difensiva », presentato dal Governo in data 14 maggio 1996. Per una disamina completa, v. A. DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, cit., p. 120 ss.

È interessante rilevare poi che la Commissione Giustizia del Senato sul disegno di legge contenente « disposizioni in materia di indagini difensive », approvato il 16 novembre 2000, aveva precisato che « la verità è che la mancata tipizzazione delle facoltà investigative dei difensori era intimamente connessa alle operazioni dei compilatori del codice che avevano ritagliato a favore del pubblico ministero spazi di largo respiro e non si erano affatto curati del suo antagonista, impostando così un rito tendente a favorire solo una parte, anche se una delle linee guida del nuovo processo penale, che gli avrebbero conferito la qualifica di accusatorio, era basata su una dialettica paritaria tra accusa e difesa nell'acquisizione di ogni atto di rilevanza probatoria ai fini decisori ».

seguito di pochissimo la legge costituzionale n. 2 del 1999 con la quale si era modificato, tra l'altro, l'art. 111 della Costituzione (7).

In tale norma sono stati in particolare esplicitati alcuni principi — già contenuti, si ritiene, nel nostro ordinamento (8) — tra i quali la parità delle parti sotto il profilo probatorio — che presuppone, per l'appunto, la parità delle armi (9) — nonché il diritto dell'imputato di disporre del tempo e delle condizioni necessarie all'espletamento della difesa, attribuendo così doverosamente dignità costituzionale allo svolgimento delle investigazioni difensive (10) e cristallizzando al contempo il diritto di difendersi provando (11).

Tale deve essere, del resto, un sistema che s'ispiri al modello accusatorio (12) anche sotto il profilo della ricerca, ammissione e acquisizione della prova, che vede dunque la figura del difensore come

(7) La legge sulle indagini difensive è stata infatti definita da alcuni Autori come una delle “esplicitazioni più simboliche” del giusto processo come individuato dall'art. 111 della Costituzione. V. A. GARELLO-S. SCUTO, *Le indagini difensive, Commentario articolo per articolo della legge 7 dicembre 2000, n. 397. Profili pratici e questioni controverse*, Il Sole 24 Ore, 2001, Premessa.

(8) Alcuna dottrina, infatti, richiamando in particolare l'art. 2, comma primo della legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale sottolinea che il legislatore « ha elevato a dignità costituzionale i principi del c.d. giusto processo che, sebbene egualmente operanti anche prima della riforma, si ricavano, tuttavia, soltanto da generiche disposizioni costituzionali e disarmoniche previsioni codicistiche » e che, dunque, « pur senza menzionarli esplicitamente, il legislatore ha inteso adottare i principi del giusto processo entro un sistema accusatorio ». V. A. DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, cit., p. 115 ss.

(9) Ed anzi, « si ritiene che il principio “parità delle armi” sia tanto più effettivo quanto più ampi sono i poteri di indagine preliminare riconosciuti dal difensore » V. G. GENNARO, *Presentazione*, in R. BRICCHETTI-E. RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000 n. 397*, Milano, Giuffrè, 2001.

(10) Il fondamento costituzionale dell'investigazione difensiva va ovviamente rinvenuto anche nell'art. 24 Cost., riconosciuto come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

(11) V. P. GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002, p. 38 e p. 44. È interessante richiamare sul punto il coraggioso contributo di alcune sentenze della Suprema Corte che già, sul finire degli anni '90, riconoscevano la possibilità di effettuare indagini difensive. Si tratta, in particolare, di Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 1997, con nota di G. JESU, *Rilevanza delle indagini difensive nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 1998, n. 8, p. 2091 ss.; nonché di Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 1997, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, n. 8, p. 994 ss.

(12) « Appartiene alla natura intrinseca del processo penale *adversary* riconoscere — accanto al potere di indagine della polizia e del pubblico ministero — il diritto di indagine dei soggetti privati (indagato, imputato, offeso dal reato), quale prima espressione del diritto di difendersi provando e del diritto alla prova, altrimenti

un soggetto dinamico e propositivo, il quale sostenga processualmente la dialettica con il pubblico ministero, superando così la disparità originaria che si è trascinata per il diciannovesimo secolo ⁽¹³⁾.

Eppure, nonostante un periodo di iniziale diffidenza nei confronti delle indagini difensive e dei loro risultati, solo parzialmente superato ⁽¹⁴⁾, sembrano riscontrarsi ancora alcune zone d'ombra dell'ordinamento nelle quali riecheggia l'originaria disparità delle parti, come avviene ad esempio, a parere di chi scrive, per il tema che ci occupa, in ordine alla possibilità di effettuare investigazioni difensive all'estero, ritenute inammissibili — ed i cui risultati inutilizzabili — dalla scarsa giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsene, che sembra ancora arrestata su una posizione apodittica ed anacronistica, oltre che ormai superata.

2. La posizione della giurisprudenza in tema di investigazioni difensive all'estero.

Non stupisce troppo, invero, che il tema dell'esperibilità di indagini difensive all'estero non sia stato particolarmente approfondito dalla giurisprudenza.

In primo luogo, infatti, le indagini difensive, sino a non molti anni fa, erano poco praticate dai penalisti, vuoi per scarsa competenza, vuoi per sfiducia nei loro possibili risultati quanto all'effettivo impatto dei medesimi sulla magistratura.

Ad oggi una sola sentenza della Suprema Corte ⁽¹⁵⁾ — ormai risalente di quasi un decennio — ha preso espressamente posizione sul tema, con argomenti invero non del tutto condivisibili ed aspramente criticati dalla dottrina, che ha definito le tesi ivi contenute ardite ⁽¹⁶⁾,

impraticabili, benché ormai assistiti da una tutela costituzionale». Così G. FRIGO, *Presentazione*, in R. BRICCHETTI-E. RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000*, n. 397, cit.

⁽¹³⁾ Per una ricostruzione in chiave storica dell'evoluzione del diritto di difesa nei suoi rapporti con il Pubblico Ministero, v. ancora A. DI MAIO, *Le indagini difensive, Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, cit., p. 49 ss.

⁽¹⁴⁾ V., sul punto, Relazione sull'attività dell'osservatorio sulle investigazioni difensive nel semestre gennaio-giugno 2013.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 19 giugno 2007, n. 23967, in *Giur. it.*, 2008, n. 4, p. 986.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *Giur. it.*, 2009, n. 5, p. 1248.

superficiali e sbrigative ⁽¹⁷⁾, nonché addirittura interpretabili quali scelte ideologiche o causate da « involontaria sprovvedutezza » ⁽¹⁸⁾.

Si trattava di un giudizio cautelare avverso un'ordinanza del Tribunale del riesame di Trieste, che aveva parzialmente accolto l'appello presentato nei confronti dell'ordinanza del giudice per le indagini preliminari di rigetto della richiesta di revoca delle misure cautelari disposte nei confronti degli indagati di nazionalità bulgara. Il difensore di questi ultimi aveva in particolare prodotto al fascicolo alcune dichiarazioni raccolte sotto forma di indagini difensive in Bulgaria, ritenute inutilizzabili dal Tribunale di Trieste perché « prive del crisma di legalità che ogni attività all'estero deve avere e cioè dell'uso dello strumento della rogatoria internazionale » ⁽¹⁹⁾.

Così, tra gli altri vizi di legittimità, il difensore degli indagati aveva eccepito l'inosservanza delle norme processuali da parte del Tribunale del riesame, che aveva ritenuto inutilizzabili i risultati delle investigazioni pur a fronte — a parere del ricorrente — di qualsivoglia insussistenza di una preclusione sullo svolgimento delle indagini difensive all'estero, essendo oltretutto impedita la possibilità, per il medesimo difensore, di ricorrere in via autonoma alla procedura rogatoria.

È così, dunque, che la Corte di Cassazione veniva investita della questione, affermando in particolare che: *a)* l'inutilizzabilità delle investigazioni difensive effettuate all'estero discenderebbe direttamente dai principi generali del codice di procedura penale « essendo evidente che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, per tutte le parti processuali, deve essere esperita la procedura prevista dal codice in materia di rogatorie »; *b)* non essendo configurata la possibilità di ricorrere alla rogatoria da parte del difensore secondo le norme di cui

⁽¹⁷⁾ Così A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010, p. 250 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, in *Giur. it.*, 2008, n. 4, p. 987, secondo cui, peraltro, « in alcuni casi, c'è chi forza il corso naturale degli eventi ed impedisce al processo di adattarsi a quei mutamenti con il risultato di divenire ben presto distonico e obsoleto ».

⁽¹⁹⁾ A ciò si aggiungeva, inoltre, il rilievo per cui le persone escuse erano tutte indagate nel procedimento al vaglio del Tribunale del riesame, mentre il difensore si era limitato a richiedere loro se si trovassero sotto processo, procedendo con le domande pure in presenza di una risposta negativa da costoro fornita, violando così il precetto di cui all'art. 391 *bis* comma 5 c.p.p.

agli artt. 391 *bis* ss. c.p.p. egli avrebbe l'obbligo di depositare apposita richiesta al Pubblico ministero o al giudice per le indagini preliminari, affinché i medesimi attivino la procedura di cui agli artt. 723 ss. c.p.p.; c) infine, secondo la Suprema Corte, al difensore non sarebbero consentiti comunque tutti gli atti di indagine, non avendo il legislatore « previsto la possibilità di effettuare accertamenti tecnici irripetibili, in relazione ai quali il difensore ha l'obbligo di inoltrare richiesta al PM »⁽²⁰⁾.

Prima di illustrare i profili in ordine ai quali la sentenza citata è stata oggetto — come detto — di aspre critiche⁽²¹⁾ — non ultimo in relazione a tale rilievo, sconfessato dal dato testuale dell'art. 391 *decies*, comma 3 c.p.p.⁽²²⁾ — vale la pena di richiamare anche una seconda sentenza, seppure di merito, che ha sfiorato il tema, emessa dalla Corte di Appello di Brescia⁽²³⁾ in sede di verifica dell'ammissibilità di un'istanza di revisione. In particolare, il difensore del soggetto condannato aveva sostenuto di essere riuscito ad acquisire la prova della detenzione del soggetto in questione presso una stazione di polizia argentina tramite l'accertamento, realizzato con l'ausilio di un notaio, dell'annotazione di detta presenza nel registro dell'ufficio argentino competente, escludendo così la contemporanea presenza del condannato in Italia al momento della consumazione dell'omicidio di cui era accusato.

Per quanto di interesse, la Corte territoriale riteneva la prova in

⁽²⁰⁾ Con particolare riferimento a tale ultimo punto, va sottolineato che a più voci si è rilevato il grave errore di diritto in cui è incorsa la Cassazione, essendo « sconsolante che i giudici di legittimità ignorino che l'art. 391 *decies*, commi 2, 3 e 4, c.p.p. consente al difensore di procedere ad accertamenti tecnici irripetibili (...) e, parimenti, dimentichino che, in generale, siano negate soltanto indagini comportanti l'esercizio di poteri autoritativi, per le quali, e solo per esse, l'avvocato ha la facoltà di domandare l'intervento dell'autorità giudiziaria ». Così A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 252.

⁽²¹⁾ La sentenza è stata infatti definita non convincente, tanto sul piano metodologico quanto con riferimento agli esiti, v. F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4708 ss.

⁽²²⁾ V., in dottrina, G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 7 ss.

⁽²³⁾ Cfr. Corte di Appello di Brescia, Sezione II, ord. 15 maggio 2008, in *Giur. it.*, 2009, n. 5, p. 1244.

questione “irritualmente formata”⁽²⁴⁾ oltre che inesistente, dal momento che non era stata fornita una copia legalizzata del citato registro, il cui contenuto si acquisiva esclusivamente per il tramite della deposizione del notaio argentino, le cui dichiarazioni, tuttavia, non erano state raccolte secondo i crismi degli artt. 391 *bis* ss. c.p.p. con conseguente inutilizzabilità della prova⁽²⁵⁾. Secondo la dottrina prevalente la Corte di Appello di Brescia avrebbe, seppure in un *obiter dictum*, concluso in modo parzialmente differente rispetto a quanto affermato dalla Suprema Corte, subordinando « l'utilizzabilità della prova acquisita all'estero dal difensore all'osservanza della composita disciplina prevista dal vigente codice di rito per le indagini da compiere sul territorio nazionale »⁽²⁶⁾, così lasciando intendere che il difensore avrebbe invero la possibilità di effettuare indagini all'estero⁽²⁷⁾.

3. Gli eventuali ostacoli alla possibilità di svolgere indagini private all'estero.

Si tratta dunque di verificare, in primo luogo — alla luce della normativa e della scarsissima giurisprudenza esistente — se sussistano ostacoli reali, per il difensore, allo svolgimento di indagini all'estero o se, invece, le conclusioni della Suprema Corte vadano in qualche modo rivisitate, tenendo altresì conto dell'evoluzione legislativa, soprattutto

(24) Oltre che, in ogni caso, inidonea a condurre nel merito all'assoluzione dell'imputato, cui tende — invece — l'istituto della revisione.

(25) Per un commento v. A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, cit., p. 1244 ss., secondo cui, in particolare, « nella pronuncia in oggetto, la Corte territoriale ha anticipato alla fase preliminare la verifica sulla legalità della prova dedotta, dando, peraltro, come dimostrata la tesi secondo cui anche nel compimento di attività investigativa all'estero il difensore dovrebbe sottostare al rispetto dei moduli formali predisposti dal nostro ordinamento ». Sempre secondo l'Autrice (v. p. 1250) la dichiarazione del notaio, soggetto dotato di potestà certificativa, non potendo essere qualificata come una deposizione, avrebbe dovuto essere trattata piuttosto come un documento « al quale va riconosciuta pubblica fede per il fatto che l'attestazione proviene da parte di un soggetto a ciò abilitato; sicché l'unica verifica alla quale andava sottoposto l'atto era quella, tutt'al più, del rispetto dei parametri di cui all'art. 190 c.p.p. ».

(26) V. A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, cit., p. 1249.

(27) Di tale opinione è anche A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 257.

europea, in tema di acquisizione probatoria nonché, più in generale, dell'evolversi del ruolo del difensore — sempre più “investigatore” — e del cambio di mentalità sotteso all'espandersi del clima di fiducia reciproca in particolare tra Paesi membri dell'Unione europea.

La prima riflessione che occorre sviluppare concerne dunque la verifica circa la reale sussistenza di divieti allo svolgimento di indagini difensive all'estero direttamente discendenti — come ritiene la Corte di Cassazione — dai principi generali della procedura penale.

Al di là della circostanza — evidenziata in dottrina ⁽²⁸⁾ — per cui detti principi non vengono minimamente richiamati dalla Suprema Corte, seguendo il principio di diritto per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve ritenersi consentito, non sarebbe invero legittimo derivare preclusioni di sorta dal silenzio del legislatore circa la possibilità di effettuare atti di indagine all'estero ⁽²⁹⁾.

Inoltre, se è vero che la legge 397 del 2000 ha identificato una serie di attività tipiche di investigazione, è altrettanto vero che il codice di procedura penale prevede, all'art. 189 c.p.p., la validità — purché ovviamente nell'ambito dell'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti e sempre nel rispetto della libertà morale della persona — della prova c.d. atipica, che consente l'utilizzo di mezzi di prova anche diversi da quelli espressamente individuati nel codice di procedura penale, con la conseguenza che anche il difensore, data la pari dignità a lui attribuita sotto il profilo probatorio dall'art. 327 *bis* c.p.p., ben può effettuare atti di investigazione atipica ⁽³⁰⁾, purché non vietati, nell'ambito dei quali ben potrebbero rientrare anche taluni atti effettuati all'estero ⁽³¹⁾.

⁽²⁸⁾ Così A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 253.

⁽²⁹⁾ A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 253. V. altresì D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, cit., p. 988.

⁽³⁰⁾ Così D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, cit., p. 988.

⁽³¹⁾ A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 250.

4. Il ricorso all'istituto della rogatoria internazionale.

Chiarito, così, che non sembrerebbe sussistere alcun divieto, quantomeno direttamente discendente dal diritto processuale penale, circa l'esperibilità di atti di indagine all'estero, occorre ancora verificare se dalla normativa in tema di rogatorie internazionali, ai sensi degli artt. 727 ss. c.p.p., possa sussistere una qualche preclusione per il difensore.

Premesso che, come ben noto, tale istituto consiste in una richiesta intercorrente tra autorità straniere, tesa ad effettuare comunicazioni, notificazioni o attività di acquisizione probatoria, va altresì ricordato che, secondo il nostro codice, il potere di indirizzare dette richieste ad un'autorità straniera è riservato ai soli giudici e magistrati del pubblico ministero, con esclusione assoluta della difesa. Da tale disposizione — che si giustifica soprattutto ormai per ragioni di natura storica — infatti, vi è chi ha fatto discendere un divieto di esecuzione di atti di indagine difensiva all'estero, richiamando in particolare la c.d. “teoria della canalizzazione”, che si era voluta superare proprio con la legge 397 del 2000, perché essa postulava la necessaria intercessione del pubblico ministero per lo svolgimento delle medesime e il suo monopolio, mentre si era cercato di attribuire « al difensore il potere di presentare direttamente al giudice i risultati della propria autonoma investigazione, senza alcuna intermediazione »⁽³²⁾.

Al di là del fatto, dunque, di una evidente disparità tra accusa e difesa, la dottrina si è chiesta dove risieda il rispetto del diritto di difendersi provando previsto dall'art. 111 Cost.⁽³³⁾, dato che l'eventuale localizzazione di una prova su territorio estero non può certamente costituire una lesione del diritto di difesa dell'imputato.⁽³⁴⁾ Sul punto vi è anche chi ha ritenuto precluso, sempre in relazione all'istituto della rogatoria internazionale, per il difensore lo svolgimento di indagini all'estero invocando il rispetto della sovranità nazionale e degli interessi pubblicistici di uno Stato.

⁽³²⁾ V. A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 254-255.

V. altresì D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, cit., p. 988.

⁽³³⁾ Così D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, cit., p. 989.

⁽³⁴⁾ Cfr. M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, n. 5, p. 2035 ss.

Secondo tale impostazione, in particolare, l'esercizio della giurisdizione penale sarebbe una delle espressioni in cui si declina, per l'appunto, la sovranità di uno Stato, con la conseguenza che un altro Paese non sarebbe libero di effettuare sul territorio del primo atti che siano espressione di imperio o, comunque, di un qualche potere di coazione. In sostanza, per il compimento di ogni atto processuale sul territorio altrui occorrerebbe quantomeno, a pena di rottura dei rapporti diplomatici, il consenso del Paese titolare ⁽³⁵⁾.

Se, dunque, tale è la ragione per la quale gli atti di indagine difensiva all'estero non sarebbero consentiti, occorre allora chiedersi se un atto di investigazione posto in essere dal difensore possa realmente rappresentare un atto di imperio.

A tale domanda non può che fornirsi risposta negativa — nonostante la presenza di alcune voci di dissenso ⁽³⁶⁾ — dato che il difensore, nell'ambito delle proprie indagini difensive, non riveste invero alcun ruolo di natura pubblicistica, ma pone in essere attività di esclusivo rilievo privatistico ⁽³⁷⁾, senza che i poteri giurisdizionali siano in alcun modo coinvolti.

Del resto, si tratta proprio di quanto avviene anche quando il difensore svolge indagini in Italia, ove comunque non è mai investito di poteri pubblicistici né, tantomeno, coercitivi, agendo esclusivamente su base consensuale e potendo contare sulla sola collaborazione del soggetto sottoposto all'atto di indagine, tanto da dover essere costretto a rivolgersi a pubblico ministero e giudice nei casi di mancato consenso del titolare del diritto di volta in volta coinvolto ⁽³⁸⁾.

A ciò va poi aggiunto che le investigazioni del difensore realizzano esclusivamente interessi di parte, essendo comunque prive del carattere di necessità e completezza, dato che sul difensore incombe un solo

⁽³⁵⁾ V. ancora M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, cit., p. 2039.

⁽³⁶⁾ M. BORDIERI, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, cit., p. 2035 ss.

⁽³⁷⁾ V. M. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 128.

⁽³⁸⁾ Cfr. A. MANGIARACINA, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, cit., p. 1249.

dovere di correttezza nel procedimento, mentre non sussiste alcun obbligo circa la produzione dei propri atti di indagine ⁽³⁹⁾.

Per quali ragioni, dunque, non dovrebbe valere il medesimo principio anche laddove il difensore svolga indagini all'estero? L'attività andrà effettuata con lo strumento della rogatoria nel caso in cui sia necessario ricorrere all'intervento dell'autorità giudiziaria, mentre « al di fuori di queste ipotesi l'attività del difensore va considerata libera, siccome privata, a meno che non comporti essa stessa l'esercizio di una pubblica potestà » ⁽⁴⁰⁾.

Sempre in punto di diritto, va ricordato che neppure l'art. 729 c.p.p., che riguarda espressamente il regime di utilizzabilità degli atti assunti per rogatoria, statuisce un qualche principio di esclusione della facoltà di ricercare elementi di prova all'estero nell'interesse dell'indagato o imputato al di fuori dell'istituto in commento ⁽⁴¹⁾. La *ratio* di tale disposizione è infatti quella di impedire la formazione di prove che non siano state acquisite secondo il principio del contraddittorio, con la conseguenza che, secondo alcuni autori, sarebbe del tutto paradossale far derivare limiti all'esercizio del diritto di difesa proprio da una norma che è chiaramente ispirata a principi di garanzia difensiva ⁽⁴²⁾.

Da ultimo, va anche rammentato che affidare alla sola magistratura la possibilità di richiedere ad autorità straniere l'espletamento di un mezzo di prova significa di fatto consegnarle, ancora una volta, un monopolio che atterrebbe, in questo caso, anche alle indagini difensive, con il rischio concreto di un'alterazione dell'equilibrio dell'indagine, poiché si affiderebbe una scelta delicata alla discrezionalità di un

⁽³⁹⁾ G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, cit., p. 26 ss.

⁽⁴⁰⁾ Così C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, p. 1391, secondo cui « di conseguenza, l'indagine condotta dal difensore all'estero può ritenersi pienamente valida ed efficace, solo nei limiti in cui, non implicando né l'esercizio di potestà pubbliche, né la diretta formazione di atti a contenuto probatorio, non richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria. L'affermazione allora impone un'analisi che tenga conto dei singoli strumenti investigativi adoperabili dal difensore e che per ognuno di essi individui i possibili interventi dell'autorità, tali da richiedere il ricorso a forme di assistenza giudiziaria ».

⁽⁴¹⁾ V. F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, cit., p. 4711.

⁽⁴²⁾ Così A. FABBRIO, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 255.

organo che, una volta eventualmente effettuata la rogatoria ⁽⁴³⁾, dovrebbe necessariamente versare la prova in atti. Il difensore, pertanto, dovrebbe sostanzialmente compiere una delicatissima scelta “al buio”, rischiando di far acquisire una prova non a discarico — con possibile utilizzazione *contra reum* — per il proprio assistito ⁽⁴⁴⁾.

In conclusione, più che tali argomentazioni, avrebbero casomai pregio — sebbene, a parere di chi scrive non siano comunque conclusioni condivisibili — le ragioni di opportunità di chi evidenzia che, in tema di rapporti giurisdizionali con autorità estere, « la mera prospettiva domestica non basta poiché non tiene conto del fatto che in materia di rapporti internazionali devono essere rispettate anche delle regole che non sono solo quelle poste dal nostro legislatore » ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ A margine, sempre sotto il profilo della discrezionalità, neppure sembra esservi, nell'impianto del codice di rito, un qualche rimedio o mezzo di gravame avverso la decisione negativa del magistrato sulla procedibilità o meno della rogatoria, V. sul punto, C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, cit., p. 1391 ss.

⁽⁴⁴⁾ Così G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, cit., p. 26 ss. Sul punto, v. altresì D. CURTOTTI NAPPI, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero*, cit., p. 990 ss., secondo cui « lasciando al pubblico ministero questa intermediazione essa vince la cortina di segretezza che protegge le investigazioni difensive; segretezza motivata dalla precisa scelta del legislatore di non porre a carico del difensore il dovere di utilizzare i risultati delle indagini, lasciandolo libero di tenere nel cassetto o di non conservare gli elementi (...) Ebbene, una *discovery* anticipata del singolo atto acquisito tramite rogatoria internazionale potrebbe determinare una conoscibilità prematura rispetto ai tempi fisiologici di lettura del fascicolo conservato presso il gip; l'assunzione di una dichiarazione non proprio favorevole della quale il difensore avrebbe potuto scegliere di non avvalersi; l'assunzione di un atto completo sul quale il difensore avrebbe potuto non investire la sede dibattimentale ».

⁽⁴⁵⁾ V., sul punto, E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2049 ss., il quale richiama la propria esperienza quale dirigente dell'ufficio estradizioni e rogatorie del Ministero della giustizia e riporta alcuni episodi interessanti ove ha ricevuto in particolare le lamentele di Stati che ritenevano che alcuni pubblici ministeri avessero inviato a persone l'invito ad eleggere domicilio, compiendo così un atto giuridico con violazione di fatto della sovranità di detto Paese. E si chiede « cosa accadrebbe, come mi regolerei nel caso inverso, cioè se le autorità estere volessero fare nello Stato quello che io penserei si possa fare nel loro territorio? Sarebbe ammissibile nel nostro territorio lo svolgimento di attività difensiva da parte di difensori stranieri? Infatti non bisogna dimenticare che la materia dei rapporti internazionali si fonda sul principio di reciprocità ».

5. Rimedi per il difensore e nuovi strumenti di cooperazione.

Rilevato, così, che neppure sotto il profilo della normativa in tema di rogatoria internazionale sembrerebbero rinvenirsi espliciti divieti per il difensore, va anche evidenziato che, in ogni caso, tale strumento si è rivelato del tutto inadeguato, essendo la medesima avvinta « da eccessivi vincoli formali e burocratici, rispetto alle esigenze di celerità del procedimento »⁽⁴⁶⁾, con la conseguenza che si è dovuto ricercare soluzioni alternative, che consentissero una maggiore efficienza, data anche l'eccessiva laboriosità della procedura. La lentezza e le difficoltà di quest'ultima, hanno infatti indotto alla creazione di nuove iniziative transnazionali, tendenti a favorire la circolazione dei provvedimenti e il dialogo diretto tra autorità, sulla base della fiducia reciproca nell'altrui sistema processuale⁽⁴⁷⁾.

E allora bisogna chiedersi se esiste un rimedio per il difensore che reperisca — e voglia acquisire — una prova all'estero. La risposta, dunque, non può che essere sul piano legislativo europeo. Infatti, anche i più accaniti sostenitori dell'attuale impossibilità di svolgere indagini all'estero — che peraltro sono comunque costretti ad ammettere che « i diritti della difesa si trovano confinati in una posizione di marginalità »⁽⁴⁸⁾ — non escludono una rivisitazione normativa, tesa a prevedere che l'autorità giudiziaria sia quantomeno tenuta a trasmettere a quella estera una richiesta avanzata dalla difesa, come avviene peraltro in altri Paesi dell'Unione europea.

Sarebbe dunque auspicabile un intervento legislativo che consenta un espletamento pieno dell'attività investigativa del difensore all'estero, attuando così il principio di parità delle armi che è parte integrante del *procès équitable*.

Il tema, tra l'altro, seppure sotto altro profilo, era già stato affrontato in seno al Consiglio d'Europa, che aveva specificamente dedicato una sessione all'ammissibilità di atti di acquisizione probatoria eventualmente compiuti nei locali delle rappresentanze diplomatiche al-

⁽⁴⁶⁾ F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, cit., p. 4710 ss.

⁽⁴⁷⁾ V. A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010, p. 203.

⁽⁴⁸⁾ V. E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, cit., p. 2055.

l'estero. Si era dunque concluso che una tale eventualità sarebbe stata senz'altro astrattamente possibile, purché accompagnata dall'esplicito consenso del Paese ospitante, indispensabile nell'ambito della correttezza dei rapporti internazionali ⁽⁴⁹⁾. Diversamente operando, si era paventato persino il rischio di un comportamento illecito, sul piano dei rapporti internazionali, nel caso di acquisizione probatoria diretta, in territorio altrui da parte del difensore, con conseguenze « non solo sul piano della responsabilità penale per i comportamenti posti in essere nel territorio dell'altro Stato » ⁽⁵⁰⁾, ma altresì di natura internazionale.

Ad ogni modo, sebbene molto sia stato fatto sul piano europeo — circa l'armonizzazione dei diritti processuali — va detto che il profilo delle garanzie difensive individuali è stato ancora poco esplorato ⁽⁵¹⁾, e ciò seppure l'impedimento all'avvocato di effettuare indagini all'estero provochi un grave *vulnus* al diritto di difendersi provando ⁽⁵²⁾.

Sul fronte specifico dell'acquisizione della prova, infatti, sebbene si siano registrate alcune aperture in particolare con il nuovo strumento dell'ordine europeo di indagine penale, di cui alla direttiva 2014/41/

⁽⁴⁹⁾ È interessante rilevare, peraltro, come si siano riscontrati alcuni precedenti storici: « i famigliari di Roberto Calvi furono sentiti in Canada presso il Consolato di Montreal; quel paese, richiesto del consenso lo aveva dato, subordinandolo alla circostanza che gli interessati fossero consenzienti a loro volta; nello stesso periodo il medesimo giudice istruttore si recò a Johannesburg per attività istruttoria, sempre dietro il previo consenso di quelle autorità » Cfr. E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, cit., p. 2053.

⁽⁵⁰⁾ Si riporta l'episodio di un Pubblico Ministero italiano che « si recò in Sud-Africa (vigente allora il sistema di *apartheid*): fu accolto con ogni possibile riguardo... salvo che poi quelle autorità avevano fatto valere la loro disponibilità, provocando la reazione del nostro Ministero degli esteri — mai informato. Perché in tal modo si era potuta accreditare — erroneamente — una modificata posizione del nostro Paese che, invece, non aveva, appunto per la situazione ivi esistente, relazioni diplomatiche con il Sud Africa ». V. E. SELVAGGI, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, cit., p. 2054.

⁽⁵¹⁾ Per la verità, secondo alcuni autori, il tema sarebbe stato proprio trascurato a causa dell'emergere di fenomeni di criminalità organizzata che travalicavano i confini, a discapito della partecipazione attiva della difesa al procedimento, sulla base di una « disciplina che individuava la sicurezza e la libertà dei cittadini nella sola repressione e non anche nel rispetto e nell'effettiva possibilità, per l'indagato, di esercitare il diritto fondamentale della difesa ». V. A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, cit., p. 201.

⁽⁵²⁾ A. FABBRI, *I limiti territoriali nello svolgimento delle indagini difensive*, cit., p. 250.

UE ⁽⁵³⁾, recepita recentemente con il d.lgs. 108/2017 ⁽⁵⁴⁾, molto è ancora da fare. Ciò che non è ancora del tutto chiaro è di quali prerogative goda il difensore ed in particolare se il diritto di difendersi indagando sia attuabile o meno ⁽⁵⁵⁾.

Non sembrerebbe essersi infatti realizzato — sotto il profilo che stiamo esaminando — un reale passo in avanti, poiché si prevede che la richiesta dell'avvocato debba essere indirizzata “al pubblico ministero o al giudice che procede” ⁽⁵⁶⁾, ritornando così di fatto al punto di partenza e riproponendo l'intercessione che si intende invece superare.

6. Conclusioni.

A quasi dieci anni dalla sentenza della Suprema Corte citata in apertura e nonostante le innovazioni riportate, delude constatare che, di fatto, non si è ancora realizzato concretamente alcun vero passo in avanti sotto il profilo dell'esperibilità diretta di indagini difensive all'estero.

Che fine ha fatto, dunque, il diritto alla parità delle parti ed in particolare quello di difendersi provando (o, meglio, indagando)?

L'impianto costituzionale e codicistico, come pienamente realizzato, richiederebbe un serio equilibrio di poteri tra accusa e difesa e ciò anche qualora si rendesse necessario, per quest'ultima, tutelare senza limiti di tempo o spazio il proprio assistito.

È forse dunque giunto il momento di superare un'interpretazione ormai obsoleta e anacronistica, accettando l'idea di un avvocato sempre più dinamico e multidisciplinare, non limitato a non meglio precisati

⁽⁵³⁾ Nata peraltro dall'iniziativa di alcuni Paesi membri dell'Unione europea. A tal riguardo, v. L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 10, p. 3511 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162. A tal riguardo, v. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 11, p. 4196 ss.

⁽⁵⁵⁾ V. F. M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 6.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 31 d.lgs. 108/2017.

limiti territoriali e spaziali, operando così un « deciso cambio di mentalità da parte degli operatori del diritto » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ G. BIONDI, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, cit., p. 30. Sul punto, tra l'altro, anche altra dottrina si era così espressa: « Non appare più differibile un'iniziativa da parte delle associazioni forensi nazionali che sia volta a compensare l'inferiorità della difesa nelle ipotesi di procedimenti penali transnazionali e a garantire all'accusato una difesa che non lo consideri più solamente oggetto del procedimento penale, ma gli offra la possibilità di agire come soggetto. Un'iniziativa a livello europeo, finalizzata ad assicurare un'assistenza tecnica dell'accusato e sostenuta dalle Associazioni professionali degli Stati membri costituisce il primo fondamentale passo per lo sviluppo di un sistema comune di garanzie per la difesa e per superare le differenze tra gli ordinamenti degli Stati membri ». V. A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, cit., p. 211.

Capitolo V

LA NORMATIVA SULLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE IN ALTRI PAESI DELL'UNIONE EUROPEA

di Daniela Cristina Cultrera (*)

SOMMARIO: 1. Il diritto di difesa nell'Unione europea e la prospettiva di un "difensore europeo". — 2. La normativa sulle investigazioni difensive in Germania. — 3. Diritti e poteri della difesa in Francia. — 4. Le indagini difensive in Spagna. — 5. Confronto con il potere d'indagine difensiva riconosciuto all'accusato nei sistemi di *common law*. — 6. Considerazioni conclusive.

1. Il diritto di difesa nell'Unione europea e la prospettiva di un "difensore europeo".

L'apertura delle frontiere ad una disciplina investigativa comune, testimoniata anche dalla direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale ⁽¹⁾ rende particolarmente significativo lo studio delle garanzie difensive riconosciute all'accusato nell'ambito delle diverse tradizioni giuridiche che caratterizzano i paesi dell'Unione europea.

(*) Avvocato — Dottore di ricerca in Diritto processuale penale all'Università degli Studi di Milano.

⁽¹⁾ Alla Direttiva 2014/41/UE è stata data recente attuazione con il d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108, in *G.U.*, 13 luglio 2017, n. 162. A tal riguardo, v. L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 11, p. 4196 ss. In generale, sull'ordine europeo di indagine penale, cfr. F.M. GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 6; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 301 ss.; L. CAMALDO-F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 10, p. 3511 ss.; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2014.

Tale analisi è invero finalizzata all'individuazione di un quadro minimo di regole in tema di prova, che si ponga quale piattaforma essenziale da cui partire per l'elaborazione di una procedura penale unitaria, effettivamente saldata ai principi del *procès équitable* ⁽²⁾.

L'avviato processo di scardinamento delle barriere interne ai singoli sistemi processuali comporta, inoltre, l'abbandono di una visione puramente nazionalistica del ruolo del difensore ed il riconoscimento al "difensore europeo" ⁽³⁾ di poteri investigativi tali da renderlo efficace antagonista del "pubblico ministero europeo" ⁽⁴⁾.

Sul punto, la legislazione europea risulta totalmente deficitaria ⁽⁵⁾,

⁽²⁾ Sul concetto di giusto processo codificato all'art. 6 C.e.d.u. quale valore comune della cultura europea, v. E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 131. Cfr. anche L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed "equità processuale". Il punto sulle investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura*, in A. GAITO-D. CHINNICI (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 69 ss.

⁽³⁾ Sul ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo, v. F. CAGNOLA, *Le investigazioni della difesa nella prospettiva della istituzione del pubblico ministero europeo*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 167 ss.; A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2010, p. 208 ss. Sulla proposta di istituzione di un albo di difensori europei, v. *Risposte al Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11.11.2009, COM (2009) 624, fornite dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo dell'Università degli Studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, coordinato dalla Prof.ssa F. Ruggieri.

⁽⁴⁾ In questo senso non si può dimenticare come in ambito sovranazionale siano state anche previste squadre investigative comuni aventi funzioni di polizia (v. la decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002). A tal proposito, v. L. CAMALDO, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs.15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 17 ss. In generale, sulla Procura europea, v. L. CAMALDO, *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, cit., p. V ss.

⁽⁵⁾ La dottrina è unanime nel ritenere che il tema dei diritti processuali riconosciuti all'accusato in ambito europeo sia stato fortemente trascurato, v., *ex multis*, A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, cit., p. 203; L. CAMALDO, *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, cit., p. XI; R. BELFIORE, *Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3896.

sebbene siano stati condotti importanti passi avanti nell'ambito del rafforzamento del diritto di difesa dell'imputato e della vittima ⁽⁶⁾. Del resto il vuoto normativo in tema di indagini private non emerge solo a livello sovranazionale, ma caratterizza anche le codificazioni straniere analizzate con il presente contributo, non essendoci in Spagna, Francia e Germania alcuna regolamentazione simile a quella casalinga, introdotta con la l. n. 397/2000 ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ L'art. 6 C.e.d.u., che sancisce il diritto ad un processo equo, comprende in sé un catalogo aperto di garanzie. Oltre al diritto all'assistenza difensiva sono stati oggetto di specifico riconoscimento il diritto all'interprete e alla traduzione degli atti (Direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010), il diritto all'informazione nei procedimenti penali (Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012), il diritto al colloquio col difensore in caso di arresto (Direttiva 2013/48/UE). L'importanza poi di un altro principio, "il diritto al confronto" sancito sempre all' art. 6 c. 1 e 3 lett. d) C.e.d.u. è testimoniata anche da quanto recentemente statuito dalla Corte e.d.u. circa la violazione della Convenzione nel caso di un giudizio d'appello che si concluda con la condanna dell'imputato precedentemente assolto, in forza di un riesame meramente cartolare del materiale probatorio (Corte e.d.u. 4 giugno 2013, Hanu c. Romania). Per una ricostruzione del percorso di riconoscimento che hanno avuto le garanzie individuali in ambito europeo, v., in generale, A. GUALAZZI, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, cit., p. 187 ss.; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2014, cit., p. 89 ss.; F. ZACCHE', *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, Padova, Cedam, 2016, p. 207 ss.

⁽⁷⁾ La legge 7 dicembre 2000 n. 397 sulle indagini difensive è pubblicata in *G.U.* 3 gennaio 2001 n. 2. La giurisprudenza ha peraltro escluso che questa possibilità possa estendersi anche all'estero, in ragione della necessità che l'acquisizione della prova in territorio straniero avvenga sempre per rogatoria (Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2007, n. 23967, in *Giur. it.*, 2008, p. 986). Tale soluzione peraltro non appare in alcun modo soddisfacente considerando come la richiesta del difensore sarebbe rimessa alla sola iniziativa dell'autorità giudiziaria, poiché è escluso che il difensore possa autonomamente attivare il procedimento per rogatoria. A tale rilievo deve aggiungersi il fatto che non sussisterebbe comunque alcun obbligo per l'autorità giudiziaria di dar corso ad una richiesta di acquisizione probatoria all'estero avanzata dalla difesa dell'imputato, che invece sarebbe così obbligata a rivelare la propria linea difensiva. Infine si consideri come la rogatoria richiede pur sempre l'assunzione di una prova già esistente, mentre le indagini difensive ben possono avere ad oggetto la "ricerca" di elementi di prova. In tema, v. M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 126 ss.; C. ANGELONI, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, p. 1385; F. ALBANO, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4709.

2. La normativa sulle investigazioni difensive in Germania.

Come nel sistema italiano, il processo tedesco è articolato su tre fasi: le indagini preliminari, la fase intermedia ed il dibattimento ⁽⁸⁾.

In particolare, con l'acquisizione della *notitia criminis* prende avvio la prima fase di indagine cd. preparatoria (*Ermittlungsverfahren*), dominata dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e finalizzata alla ricerca degli elementi di prova, alla qualificazione giuridica del fatto ed alla eventuale incriminazione dell'indagato, laddove sussista un « motivo sufficiente per promuovere l'accusa » (§ 170, comma primo, StPO). Durante tale fase il magistrato interviene solo su richiesta, avendo una funzione in tutto equiparabile a quella del giudice per le indagini preliminari italiano ⁽⁹⁾. Nel corso delle indagini condotte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria è possibile poi che l'accusato venga sottoposto ad interrogatorio (*Vernehmung*), atto prima del quale deve essere informato degli addebiti a suo carico, del proprio diritto al silenzio e del diritto ad essere assistito da un difensore. Tale possibilità peraltro si concretizza solo nel caso di interrogatorio da svolgersi davanti al pubblico ministero o al giudice e solo se il difensore sia prontamente reperibile. Qualora invece all'interrogatorio proceda direttamente la polizia non è contemplata la possibilità per l'accusato di avvalersi della presenza del difensore, diversamente da quanto previsto nel sistema italiano.

Poiché il *dominus* delle indagini preliminari è appunto il pubblico ministero ⁽¹⁰⁾, all'indagato in questa fase sono riconosciute solo alcune

⁽⁸⁾ Cfr. P. RACKOW, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in L. FILIPPI-P. GUALTIERI-P. MOSCARINI-A. SCALFATI (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010, p. 272.

⁽⁹⁾ A tale magistrato spetta inoltre il compito di raccogliere le prove destinate ad essere usate in dibattimento, attraverso un incidente istruttorio sollecitabile anche dal p.m. o dall'imputato nel caso di pericolo che la prova venga dispersa nell'attesa del giudizio o di prova idonea a condurre al proscioglimento del soggetto nei cui confronti si procede.

⁽¹⁰⁾ Infatti con la riforma del 1974 la conduzione delle indagini preliminari è stata rimessa al pubblico ministero (*Staatsanwalt*), il quale però per il compimento di determinati atti deve rivolgersi al magistrato (*Ermittlungsrichter*), così come per richiedere provvedimenti restrittivi della libertà dell'accusato. Da rilevare poi come, seppur in generale il sistema processuale tedesco si fondi sulla obbligatorietà dell'azione penale, al p.m. sia in ogni caso consentito rinunciare all'azione, previa

garanzie “minime”, quali il diritto di non rispondere alle domande che gli vengano poste dall'autorità giudiziaria o, al contrario, il diritto di essere ascoltato. La possibilità invece di un apporto probatorio concreto è inibita dalla mancanza di una adeguata difesa tecnica, la quale assume un ruolo attivo solo dopo l'eventuale esercizio dell'azione penale. Maggiori poteri difensivi sono infatti esercitabili nella successiva fase intermedia (*Zwischenverfahren*), finalizzata ad un controllo sull'opportunità del giudizio (§ 196 e ss. StPO). In questo momento procedimentale l'accusato può infatti richiedere l'acquisizione di prove a discarico. Questa fase è del tutto assimilabile a quella dell'udienza preliminare in Italia, con l'unica — peraltro rilevante — differenza che il giudice di tale fase è il medesimo chiamato a celebrare il dibattimento. È comunque solo nel giudizio dibattimentale (*Hauptverfahren*) che si instaura concretamente il confronto dialettico con l'accusa e sono quindi esercitabili da parte dell'imputato tutti i diritti derivanti dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. In questa fase la tutela delle garanzie difensive dell'accusato diviene massima, tanto che, in conseguenza della riforma del 1974, vige ora la regola che impone, per la celebrazione del giudizio, la necessaria presenza dell'imputato (§ 285 StPO); regola derogabile solo nel caso occorra raccogliere prove a rischio dispersione.

Dalla breve analisi qui condotta emerge come in Germania non risulti codificata alcuna normativa specifica sulle investigazioni difensive, né vi siano riferimenti al potere di ricerca, individuazione e acquisizione dei mezzi di prova riconosciuto al difensore dell'accusato. Nel sistema tedesco egli ha piuttosto una funzione di impulso dell'attività istruttoria del giudice attraverso la c.d. *Der Beweisantrag*, ovvero una istanza probatoria che può essere sottoposta al giudice in ogni fase del procedimento. Nonostante tale lacuna normativa, è opinione comune che il difensore abbia un generico diritto a proprie autonome indagini sul territorio ⁽¹¹⁾, salva poi la verifica della loro effettiva utilizzabilità in giudizio. È invece certamente esclusa la possibilità di svolgere autonomamente indagini difensive all'estero, dovendosi in tal

autorizzazione del giudice e consenso dell'imputato, nel caso di fatti rientranti nell'area della piccola criminalità quando l'interesse alla difesa sociale possa essere soddisfatto anche, alternativamente alla pena, con il risarcimento dei danni o con la prestazione di un servizio di pubblica utilità.

⁽¹¹⁾ P. RACKOW, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, cit., p. 282.

caso procedere per rogatoria previa specifica istanza all'autorità giudiziaria procedente.

3. Diritti e poteri della difesa in Francia.

Prima di addentrarsi nello specifico tema delle indagini difensive, occorre premettere che nel sistema francese gli organi giurisdizionali sono quattro, con diverse competenze: *Il tribunal de police*, organo monocratico competente per i reati di minore gravità; la *Jurisdiction de proximité* (tribunale circoscrizionale) anch'esso costituito da un giudice unico; il *tribunal correctionnel*, tribunale competente per i *delits* (ovvero per i reati che prevedono una pena massima fino a dieci anni) composto da tre giudici, la *Cour d'assises*, che si occupa dei reati più gravi, ed è costituita da tre giudici togati e nove giurati scelti in modo casuale tra i cittadini francesi.

Il procedimento è invece strutturato su più fasi: la *enquête préliminaire* e la *information o instruction*, pressoché corrispondenti alla fase delle indagini preliminari in Italia, e poi il *jugement* ovvero il giudizio dibattimentale ⁽¹²⁾.

La *enquête préliminaire* è una fase in cui predominano il magistrato del pubblico ministero e la polizia giudiziaria ed è caratterizzata da segretezza e sostanzialmente priva di qualsivoglia forma di partecipazione difensiva, pur essendo garantito all'indagato il diritto al silenzio nel caso di interrogatorio ⁽¹³⁾. In questa fase il ruolo dell'avvocato è contemplato solo con riferimento al fermo, *garde à vue* ⁽¹⁴⁾. Prima di tale momento o in assenza di questo il difensore non ha potere, poiché non ha diritto ad essere informato delle indagini in corso, né di visionare gli atti processuali o di partecipare all'interrogatorio dell'assistito, se intervenga libero. Nel caso, invece, si sia proceduto a fermo

⁽¹²⁾ A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, cit., p. 294. In generale, sul processo francese, v. N. GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, Torino, Giappichelli, 1988.

⁽¹³⁾ R. MERLE-A. VITU, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, 13 ed., 1979, p. 486; *Le rôle de la défense en procédure pénale comparée*, in *Revue de science crim. et de droit pénal comparé*, 1970, p. 1 ss.

⁽¹⁴⁾ Nel 2010 il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme relative alla *garde à vue* in ragione dell'assenza di previsioni idonee ad una adeguata difesa.

è riconosciuto all'indagato il diritto a consultarsi con un avvocato ⁽¹⁵⁾, ma per un massimo di trenta minuti, a seguito dei quali il difensore deve presentare le proprie conclusioni scritte sulla vicenda processuale, che vengono allegate al fascicolo del procedimento. In questa fase il difensore non è però abilitato a richiedere lo svolgimento di ulteriori indagini e lo stesso svolgimento in proprio di attività difensiva è in generale da escludersi.

La *information o instruction* è invece condotta da un giudice istruttore monocratico o collegiale — in questo caso *chambre d'accusation* — ed è finalizzata sia a disporre eventuali ulteriori indagini ritenute necessarie, sia a valutare la consistenza degli addebiti mossi nei confronti dell'indagato, sia ancora a procedere con l'incriminazione dello stesso, attraverso la formulazione dell'imputazione. Questa fase risulta obbligatoria solo per i crimini, ovvero per i reati più gravi, mentre è considerata facoltativa per i delitti e del tutto eccezionale per le contravvenzioni.

In tale momento procedimentale si adombra una prima forma di intervento difensivo, poiché ivi l'imputato deve essere informato dei fatti che gli vengono addebitati, ha diritto all'assistenza del difensore, può visionare gli atti e, soprattutto, può chiedere al giudice istruttore, titolare delle indagini, di disporre il compimento di determinate investigazioni ⁽¹⁶⁾. Dal 1993, infatti, l'art. 82 del codice di procedura penale francese stabilisce che le parti private possano chiedere al giudice istruttore il compimento di atti utili all'accertamento della verità. In pratica le parti « possono nel corso dell'istruzione, rivolgere al giudice istruttore una domanda scritta e motivata affinché questi proceda alla loro audizione o al loro interrogatorio, all'audizione di un teste o al confronto, ad un accesso sul luogo o affinché disponga la produzione, ad opera dell'una o dell'altra di esse, di un documento utile all'istruzione ». Una volta poi che il giudice ritenga conclusa l'istruttoria, il Procuratore della Repubblica dispone da uno a tre mesi, a seconda che

⁽¹⁵⁾ V. art. 63 c.p.p. francese per l'indagine in flagranza, art. 77 c.p.p. per l'indagine preliminare, art. 154 c.p.p. per l'istruttoria.

⁽¹⁶⁾ Nella fase istruttoria il soggetto sottoposto ad indagine può alternativamente essere incriminato, qualora vi siano prove gravi o concordanti a suo carico o qualificato come sospettato, *temoin assisté*, testimone assistito. Anche al sospettato è riconosciuto il diritto di essere assistito da un legale, di vedere il fascicolo e di chiedere al giudice istruttore di compiere determinati atti. Mentre solo nel caso di incriminazione è consentita l'applicazione all'accusato della custodia cautelare o della libertà condizionata con divieto di lasciare il territorio francese.

il soggetto sia in custodia o libero, per presentare la sua requisitoria al giudice (art. 175 c.p.p. francese) e le parti hanno lo stesso tempo per depositare le conclusioni scritte. Entro tale termine inoltre le parti possono richiedere al giudice istruttore ulteriori accertamenti di indagine.

È evidente come, diversamente dalle previsioni codicistiche italiane, tali richieste rivestano la mera funzione di stimolo dell'attività probatoria rimessa integralmente al giudice istruttore. Il sistema francese non riconosce infatti al difensore dell'accusato particolari poteri d'indagine, poiché è al giudice istruttore che risulta affidato il compito di ricercare ed assumere le prove, sia quelle a carico che a discarico. In questo contesto l'accusato risulterebbe già massimamente tutelato e pertanto il diritto di difesa, sia pure consacrato quale diritto fondamentale, assume un'importanza relativa. Questa la ragione dell'assenza di una specifica normativa in tema di indagini difensive. Nonostante ciò, vige in Francia il principio della libertà delle prove *ex art. 427 c.p.p. francese*, che consente di provare il reato con ogni mezzo di prova, da esaminarsi poi nel contraddittorio tra le parti e salvo comunque il rispetto delle regole probatorie dettate dal sistema ⁽¹⁷⁾. Poiché tale norma non rinvia solo alle prove prodotte dal pubblico ministero, la suddetta possibilità viene implicitamente riconosciuta anche al difensore che, potendo presentare qualsiasi tipo di prova, deve ritenersi libero anche di ricercarle ⁽¹⁸⁾. Peraltro gli studiosi del processo francese evidenziano come l'acquisizione autonoma di elementi di prova da parte del difensore presenti dei rischi importanti poiché, nel caso, per esempio, di una consulenza tecnica che dia esiti non favorevoli per il

⁽¹⁷⁾ A questo principio si affianca quello per cui l'assunzione delle prove non deve mai incidere su diritti fondamentali e quello ulteriore secondo cui la prova non deve essere ottenuta con l'inganno o la provocazione: principio della "lealtà della prova" la cui violazione rende la prova assunta inammissibile. Sul tema, v. A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, cit., p. 306. L'Autrice peraltro chiarisce che tale regola non si applicherebbe al difensore ed al suo assistito poiché il diritto di difesa verrebbe ad identificarsi come causa di esonero da responsabilità, tale per cui il difensore sarebbe autorizzato a presentare nel processo anche prove ottenute attraverso la violazione del principio di lealtà della prova (come nel caso di dichiarazioni ottenute attraverso la falsa identità della parte privata o di registrazione di una conversazione telefonica all'insaputa dell'interlocutore).

⁽¹⁸⁾ Il medesimo principio vale anche per l'eventuale acquisizione probatoria all'estero anche se, in ragione dell'assenza di normativa specifica circa i poteri di indagine della difesa e le modalità di assunzione delle prove, in Francia è prassi procedere per rogatoria.

cliente, sussisterebbe comunque l'obbligo da parte di questi di produrla in giudizio ⁽¹⁹⁾. Il difensore, poi, che decidesse di ricorrere all'interrogatorio privato dei testimoni, potrebbe addirittura rispondere di subornazione del teste. In definitiva, tali circostanze hanno inciso, nella prassi, sull'effettivo ricorso ad indagini private, svilendo la stessa esigenza di regolamentarne lo svolgimento, seppur da considerarsi particolarmente utile in un sistema, come quello francese, fondato sul principio di discrezionalità dell'azione penale.

La fase dibattimentale, infine, si svolge nel pieno rispetto del diritto al contraddittorio ⁽²⁰⁾ ed è dunque allo stato l'unico vero momento in cui si riesponde in tutta la sua pienezza il diritto di difesa dell'imputato, seppur tardivamente e benché inficiato da una prova raccolta secondo canoni inquisitori dal giudicante.

4. Le indagini difensive in Spagna.

Il sistema processuale spagnolo ⁽²¹⁾ ha subito una ristrutturazione

⁽¹⁹⁾ A. CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, cit., p. 304.

⁽²⁰⁾ Tale principio in Francia è stato introdotto nel 2000 e trovasi collocato nel preambolo del codice di procedura penale. Cfr. M. PISANI, *Il nuovo article préliminaire del codice di procedura penale francese*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1008. La norma peraltro ha valore meramente simbolico ed è stato oggetto di critiche sia per la sua allocazione tra le norme comuni (diversamente dal sistema italiano in cui l'importanza del diritto al contraddittorio è sottolineata dalla sua codificazione in una norma costituzionale, l'art. 111 Cost.), sia per l'assenza di riferimenti all'imparzialità del giudice ed ai principi attinenti al diritto delle prove penali.

⁽²¹⁾ Il procedimento spagnolo, la cui struttura di base è costituita da tre fasi distinte: istruzione, fase intermedia o giudizio d'accusa e giudizio orale, si fonda essenzialmente su due giudizi ordinari e vari procedimenti speciali concernenti i delitti ed un procedimento specifico per le *faltas*. In particolare per i delitti più gravi (puniti con pena detentiva uguale o superiore a nove anni) è previsto che si proceda con giudizio ordinario, mentre per quelli puniti con pena detentiva non superiore a nove anni o con qualsiasi altra pena di differente natura, unica, congiunta o alternativa, qualunque ne sia la quantità o durata, è previsto che si proceda con il giudizio *abreviado* (art.757 LeCrim — *Ley de Enjuiciamiento Criminal*). Le *faltas* sono invece sottoposte ad uno specifico procedimento *ex artt.* 962 e ss. LECrim. Quanto ai procedimenti speciali tra questi vanno annoverati: il procedimento per l'istruzione rapida di determinati delitti; il procedimento avanti al *Tribunal del Jurado*; il procedimento minorile; il procedimento di *habeas corpus*. Sul punto, v. G. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en Espana*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 152 ss.

complessiva nel 2002 ⁽²²⁾. La nuova regolamentazione ha, in particolare, inciso sul processo *abreviado* e sul *proceso de faltas*, contemplando anche un nuovo rito speciale chiamato “giudizio rapido”, applicabile sia ai delitti che alle *faltas*. La *novella legis* ha, inoltre, inciso positivamente sulle garanzie difensive riconosciute all'accusato, rafforzando anche la tutela delle vittime del reato ⁽²³⁾.

Quanto in particolare ai diritti dell'accusato, con la riforma è stato introdotto un primo nucleo di garanzie inerenti la necessità che, in occasione della prima dichiarazione rilasciata in Commissariato, il soggetto sia informato del suo *status* di persona sottoposta ad indagine e degli addebiti che gli vengono contestati, nonché, se ristretto, del diritto di conferire con il proprio legale. Inoltre, nel caso in cui dopo la fase istruttoria segua quella intermedia, cd. giudizio d'accusa ⁽²⁴⁾, è consentito anche al difensore per un tempo di dieci giorni di poter visionare gli atti delle indagini preliminari, anche al fine di predisporre una adeguata linea difensiva.

Tale previsione è particolarmente significativa nel sistema spa-

⁽²²⁾ La *Ley* n. 38 del 2002 e la *Ley Organica* n. 9 del 2002 hanno, infatti, parzialmente modificato la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882 (LeCrim), già oggetto di varie modifiche e integrazioni in conseguenza dei principi introdotti con la Costituzione del 1978 (tra di essi quello alla tutela giudiziaria effettiva ed al giusto processo *ex art.* 24 Cost.) e con le Convenzioni internazionali, che costituiscono diritto direttamente applicabile in Spagna *ex art.* 96 Cost. A queste devono aggiungersi la *Ley Organica* n. 15 del 25 novembre 2003 di riforma del codice penale e la *Ley Organica* n. 13 del 24 ottobre 2003 di riforma della custodia cautelare. Sul punto, v. T. ARMENTA DEU, *La riforma del processo penale in Spagna*, in *Cass. pen.*, 2004, n. 9, p. 3052.

⁽²³⁾ Nell'art. 771 LeCrim è espressamente previsto l'obbligo di informare la vittima del suo diritto all'assistenza giuridica gratuita ed a costituirsi parte civile, con avvertenza che se non si costituisce, il *Ministerio Fiscal* (pubblico ministero) eserciterà l'azione civile derivante dal delitto (*ofrecimiento de acciones*).

⁽²⁴⁾ Nel sistema spagnolo la fase istruttoria coincide con quella delle indagini e può avere epiloghi diversi a seconda che si proceda all'archiviazione del procedimento o si ritenga di proseguire il processo secondo le forme del procedimento *abreviado* o *ordinario*. Alla fase dell'istruzione segue quella intermedia o giudizio d'accusa durante la quale gli atti delle indagini sono posti a disposizione delle parti per 10 giorni al fine di consentire la formulazione dell'imputazione, la rinnovazione della richiesta di archiviazione o ancora la richiesta di svolgere ulteriori indagini. Tale fase termina con il rinvio dell'imputato al dibattimento che coincide con l'apertura del giudizio orale. All'inizio di tale giudizio l'imputato ha un termine breve per costituirsi con un difensore e presentare eventualmente uno scritto di difesa al *Juez de lo Penal*. Si noti come la sentenza non possa imporre una pena più grave di quella richiesta dalle parti accusatrici (*ministerio fiscal* e vittima). Sul punto, cfr. T. ARMENTA DEU, *La riforma del processo penale in Spagna*, cit., p. 3055.

gnolo, poiché il diritto alla difesa tecnica in realtà sorge solo con la prima comparizione dell'imputato davanti al giudice, allorché venga formulata un'imputazione specifica a suo carico, come prevede l'art. 767 LeCrim, modificato dalla citata l. 38/2002. In sostanza il processo penale spagnolo inizia con l'istruttoria, il cui momento principale si identifica con l'ordinanza di avvio del procedimento. Tale fase comprende le indagini preliminari, volte alla ricerca di elementi utili ai fini della verifica della sussistenza del reato, ed un momento successivo di "accertamento e valutazione" delle stesse rimesso al *juez de instruccion*. In questo momento procedurale sia il pubblico ministero che il difensore dell'imputato ⁽²⁵⁾ assumono un ruolo secondario, poiché le indagini sono condotte dal giudice, mentre le parti hanno solo il diritto di sollecitare alcuni approfondimenti investigativi con apposita istanza ⁽²⁶⁾. Se ne può concludere che l'indagine condotta d'ufficio dal giudice escluda, anche se ciò sarebbe generalmente consentito, la possibilità per le parti di condurre una indagine autonoma e parallela, non essendo questa considerata affidabile.

La riforma del 2002 non ha dunque ampliato i poteri del difensore sino al punto da sancire il diritto di svolgere autonomamente indagini difensive, né lo ha reso effettivo partecipe dell'acquisizione degli elementi di prova già durante la fase delle indagini preliminari. Al difensore, infatti, nella fase di prima comparizione davanti al giudice è riconosciuta la sola possibilità di sollecitare lo svolgimento di ulteriori indagini ritenute indispensabili, ma la decisione è comunque rimessa alle valutazioni del giudice ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Nel sistema spagnolo la qualità di imputato indica qualunque soggetto al quale si attribuisce durante l'investigazione giudiziaria o di polizia anche provvisoriamente la partecipazione a fatti delittuosi specifici, mentre "accusato" è colui contro il quale sia stato formalizzato un addebito specifico nella fase intermedia del procedimento con la richiesta di rinvio a giudizio.

⁽²⁶⁾ I. FLORES PRADA, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, cit., p. 362 ss.

⁽²⁷⁾ Ciò non toglie che, pur non essendovi una disciplina specifica, la difesa possa comunque svolgere autonomamente indagini, indagini peraltro confinate entro il territorio spagnolo poiché anche in Spagna l'acquisizione di prove all'estero è considerata ammissibile solo attraverso rogatoria. Cfr. I. FLORES PRADA, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, cit., p. 362 ss.

5. Confronto con il potere d'indagine difensiva riconosciuto all'accusato nei sistemi di *common law*.

Diversamente da quanto accade negli ordinamenti appena esaminati, il processo *adversary* che caratterizza i paesi di *common law* ed in particolare Stati Uniti e Regno Unito, trova nelle investigazioni difensive uno dei suoi momenti centrali, essendo basato sulla iniziativa delle parti nella ricerca, individuazione e presentazione dei mezzi di prova e sul principio della formazione delle prove in contraddittorio, in un giudizio pubblico garantito al massimo grado dalla presenza della giuria popolare ⁽²⁸⁾.

L'importanza attribuita alle indagini difensive è del resto testimoniata dalle previsioni normative in tema di difesa dei non abbienti che prevedono, appunto, nel sistema americano tra i servizi che lo Stato garantisce, anche quello degli *investigative services*.

Non è un caso che l'*American Bar Association* (A.B.A.) abbia statuito degli *standards* relativi alla funzione difensiva, secondo i quali, appunto, lo svolgimento di attività difensiva è considerato quasi un "dovere" dell'avvocato, essendo addirittura consentita all'accusato — seppur in casi eccezionali — l'impugnazione della decisione emessa nei suoi confronti per "*ineffective assistance*", previsione volta proprio a colpire sul piano processuale la negligenza assistenziale del difensore (*collateral attack*), peraltro censurabile anche in via disciplinare. Occorre però evidenziare come anche nel modello statunitense non sia stata elaborata una disciplina specifica per le investigazioni difensive, né sul fronte legislativo, né dalle *rules of courts*. La modalità di svolgimento di tale attività è rimessa pertanto alla prassi ed ha come unico effettivo parametro il diritto al contraddittorio.

Le medesime considerazioni valgono per il sistema processuale penale inglese, esempio europeo di *common law*. Anche in questo caso il difensore, sia egli *solicitor* o *barrister*, assume un ruolo attivo nella

⁽²⁸⁾ Nel processo americano, tra l'altro, diversamente da quello inglese, il modello processuale *adversary* trova da sempre fondamento nella normativa costituzionale, *Bill of Rights*, ed in particolare nel *privilege against self-incrimination*, nella *confrontation clause* e nella *compulsory process clause*. In tema, *ex multis*, V. FANCHIOTTI, *La difesa prima del dibattimento nel modello anglo-americano*, in *Cass. pen.*, 1996, n. 5, p. 1655 ss. In generale, sui sistemi di *common law*, v. E. AMODIO-M. CHERIF BASSIOUNI, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 184 ss.; M. SCAPARONE, *Common Law e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 97 ss.

ricerca di elementi favorevoli al proprio assistito sin dall'inizio del procedimento, ovvero dalle indagini della polizia. Questa è titolare delle investigazioni, unitamente al *Crown Prosecutor Service*, che interviene nella fase di indagine cd. *pre-trial*. Le indagini peraltro devono essere svolte anche a favore dell'accusato, circostanza almeno formalmente compensativa dell'assenza di poteri coercitivi in capo al difensore, tali da garantirgli esiti difensivi di maggiore efficacia. Infatti il difensore ha ampi margini di autonomia, potendo sentire i testimoni⁽²⁹⁾, far svolgere una consulenza tecnica, raccogliere indizi, ma, appunto, non ha poteri impositivi tali che gli consentano di sentire una persona informata sui fatti anche contro la sua volontà. Tale potere è infatti riservato al *Crown Prosecutor Service*. Gli organi investigativi sono comunque indotti a svolgere attività di indagine anche a discarico, poiché è riconosciuta alla difesa la possibilità, altrimenti, di contestare il comportamento scorretto dell'accusa che abbia portato ad un caso di "abuso del processo" per aver omesso di indagare su elementi favorevoli all'accusato. L'ampia facoltà di indagine riconosciuta alla difesa sin dall'inizio del procedimento penale assume inoltre ancor più rilevanza in ragione dell'assenza di un obbligo giuridico di procedere come invece prescritto all'art. 112 della Costituzione italiana, sicché ricercare ed acquisire elementi favorevoli all'accusato può incidere sulla stessa decisione della Procura di esercitare l'azione penale.

6. Considerazioni conclusive.

In un tempo non molto lontano un insigne Autore, riflettendo su una "procedura penale europea", osservava come « l'armonizzazione dei diversi sistemi non deve trasformarsi in una forzata omologazione

(29) Il difensore può addirittura sentire le persone informate sui fatti già sentite dalla polizia e considerate testimoni dell'accusa, anche se in tali circostanze, visto il rischio di una eventuale accusa di subornazione, si ritiene consigliabile rappresentare al teste d'accusa la possibilità d'essere sentito dal difensore dell'imputato alla presenza di un ufficiale di polizia o di un impiegato del *Crown Prosecutor Service*. Inoltre è previsto che il difensore possa ottenere da un teste una dichiarazione scritta che però nel dibattimento sarebbe utilizzabile solo se vi sia il consenso del pubblico ministero o qualora ricorrano alcune specifiche condizioni elencate nella *Section 114 del Criminal Justice Act 2003*, tra cui il fatto che il teste sia "unavailable" ovvero indisponibile a rendere testimonianza orale. Cfr. R. LOOF, *I poteri della difesa nella raccolta delle prove nel processo penale del Regno Unito*, cit., p. 322 ss.

che comporta arretramenti sul piano delle garanzie »⁽³⁰⁾. Il rischio è concreto per l'evidente difficoltà di elaborare una base normativa uniforme partendo da sistemi processuali strutturati su legislazioni notevolmente eterogenee. Le perplessità poi aumentano nel caso dei poteri di indagine riconosciuti al difensore, tema non trattato in ambito sovranazionale per il privilegio accordato alla elaborazione di strumenti investigativi comuni di lotta alla criminalità transnazionale. È da notare però come, sorprendentemente, manchino specifici riferimenti in merito alle facoltà investigative del difensore persino nelle singole tradizioni giuridiche esaminate, tanto che il sistema italiano detiene l'esclusiva nella codificazione dell'attività d'indagine difensiva. Ma in un'ottica di equità processuale un intervento normativo volto al riconoscimento all'accusato della possibilità di ricercare ed assumere prove in via autonoma ed anche all'estero non è più rinviabile e passa attraverso l'elaborazione di regole probatorie comuni agli Stati membri. In questo percorso il faro guida è certamente il canone di legalità processuale⁽³¹⁾, enucleato all'art. 6 comma 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁽³²⁾, in modo che l'utilizzabilità del materiale difensivo eventualmente raccolto in territorio europeo venga garantita, ma anche subordinata, al doveroso rispetto di una griglia di norme in tema di prova generalmente condivise, che si pongano a tutela dei diritti fondamentali dell'accusato e della corretta ricostruzione e valutazione dei fatti.

⁽³⁰⁾ E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., p. 150.

⁽³¹⁾ In tema, sul principio di legalità sancito all'art. 111 della Costituzione italiana, v. N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989 ss.; O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 dicembre 2012.

⁽³²⁾ Il principio di legalità processuale è stato definito "*principio generale di diritto*" anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio.

023100330

ISBN 978-88-14-22688-5



9 788814 226885