

LA PRASSI DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO TRA ITALIA E GERMANIA: LA PROSPETTIVA ITALIANA (*)

di Gaetano De Amicis

SOMMARIO: 1. Un nuovo e più efficace sistema di cooperazione. – 2. L'attuazione della decisione quadro nell'ordinamento italiano e il ruolo della giurisprudenza nell'applicazione dei motivi di rifiuto: i termini massimi di custodia cautelare. – 3. La tutela del cittadino e dei soggetti equiparati. – 4. Il tramonto della "doppia incriminabilità". – 5. Le esigenze di tutela interne al funzionamento del m.a.e. – 6. Mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali. – 7. I limiti della clausola di territorialità nei rapporti con l'ordinamento tedesco. – 8. Esecuzione del m.a.e. e sentenze pronunciate *in absentia*. – 9. Verso un controllo di proporzionalità nella circolazione del m.a.e.? – 10. La centralità del ruolo della Corte di Giustizia nel sistema della cooperazione giudiziaria penale.

1. Un nuovo e più efficace sistema di cooperazione.

La decisione quadro sul mandato di arresto europeo ha sostituito, nell'ambito dei rapporti fra le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea, il tradizionale sistema di estradizione con un più semplice e rapido meccanismo di consegna delle persone ricercate ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza privative della libertà.

Le connotazioni proprie del tradizionale modello estradizionale vengono sostanzialmente rovesciate, poiché i soggetti del rapporto di collaborazione non sono più gli Stati, ma le autorità giudiziarie, e la stessa nozione di estradizione risulta sostituita dalla nozione di consegna (*surrender* o *remise*), mentre la domanda di estradizione, trasmessa dalle autorità di governo attraverso canali diplomatici o amministrativi, viene sostituita da un ordine europeo, o eurordinanza, emesso dall'autorità giudiziaria e interamente riconducibile agli atti di esercizio del potere giurisdizionale.

I tratti caratterizzanti la nuova procedura sono essenzialmente rappresentati: *a)* dall'instaurazione di relazioni dirette tra le autorità giudiziarie "di emissione" e quelle "di esecuzione" dell'eurordinanza; *b)* dalla previsione di un *numerus clausus* di motivi di rifiuto, obbligatori o facoltativi; *c)* dalla sostanziale scomparsa del controllo sulla

(*) Il contributo costituisce una versione ampliata ed aggiornata della relazione svolta in occasione del XXVII Congresso dell'Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi, tenutosi a Salerno dal 12 al 14 ottobre 2018.

doppia incriminazione per un ampio catalogo di fattispecie criminose, individuate dall'art. 2, n. 2, della decisione quadro; d) dalla rapidità e certezza dei tempi di esecuzione, attraverso la predeterminazione di termini massimi per la decisione sulla consegna e per il successivo trasferimento della persona.

Le autorità centrali, che in passato rivestivano un ruolo importante nel processo di estradizione, sono ora escluse dal processo decisionale avviato su impulso di un m.a.e. anche se gli Stati membri possono designare autorità centrali per assistere e sostenere le autorità giudiziarie competenti, in particolare per la trasmissione e la ricezione dei mandati.

La decisione quadro sul m.a.e. costituisce il primo atto di diritto derivato dell'Unione europea che prevede una cooperazione tra Stati membri basata, in ambito penale, sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

È uno strumento ormai diffuso e di generalizzata applicazione all'interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, che ha consentito di modernizzare e rafforzare le possibilità di cooperazione tra gli Stati membri dell'Unione europea, favorendo il dialogo diretto fra le autorità giudiziarie coinvolte nella gestione dei relativi *dossier*.

Basti solo considerare, al riguardo, la crescente intensità della collaborazione che caratterizza lo sviluppo dei rapporti fra alcuni Stati membri in questo settore nevralgico della cooperazione giudiziaria: da provvisorie elaborazioni statistiche del Ministero della giustizia emerge che in relazione al periodo ricompreso fra il giugno 2015 ed il giugno 2018 i mandati cd. "passivi" ricevuti dall'Italia e provenienti dalla Germania ammontano ad una cifra considerevole (n. 449), specie se messa in relazione ad altri dati significativi ricavati dall'ulteriore canale della cooperazione rappresentato dalle procedure rogatorie sia attive (n. 228) che passive (n. 1066), ovvero dalle procedure di trasferimento dei condannati ai sensi della decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze penali di condanna (n. 33 nella fase attiva e n. 59 in quella passiva).

2. L'attuazione della decisione quadro nell'ordinamento italiano e il ruolo della giurisprudenza nell'applicazione dei motivi di rifiuto: i termini massimi di custodia cautelare.

Nell'ordinamento italiano, alla decisione quadro 2002/584/GAI è stata data attuazione mediante la legge 22 aprile 2005, n. 69, mentre la decisione quadro 2009/299/GAI, che l'ha successivamente modificata, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'imputato, è stata recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 31 del 15 febbraio 2016.

Rispetto alla disciplina delineata in sede europea, la normativa di attuazione italiana ha introdotto, anche in difformità dalla decisione quadro, meccanismi di controllo (e rifiuto) della consegna molto rigorosi, specie attraverso l'introduzione di una generale obbligatorietà delle diverse condizioni ostative.

È stata costruita una procedura complessa, basata su controlli sia del titolo a fondamento della richiesta, sia della situazione sostanziale e processuale che ne aveva giustificato l'emissione: controlli che ampia parte della dottrina¹ ha ritenuto incoerenti con la logica del mutuo riconoscimento ed assai più incisivi di quelli che esistevano nell'ambito della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 e della convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985.

Sotto questo aspetto è stata ritenuta particolarmente significativa la rilevanza attribuita dal legislatore ad alcune situazioni, processuali o di fatto, non previste dalla decisione quadro, in cui la corte d'appello, quale organo competente per la procedura passiva di consegna, è obbligata a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro dell'U.E. (ad esempio, in tema di mancata conoscenza incolpevole della norma penale dello Stato membro di emissione; di consenso dell'avente diritto secondo la legge italiana; di adempimento del dovere, esercizio di un diritto, caso fortuito e forza maggiore secondo le previsioni della legge italiana; di termini massimi della carcerazione preventiva; di motivazione del provvedimento cautelare interno posto alla base del m.a.e.; di richiesta di consegna presentata nei confronti di una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni, ecc.).

Parte della dottrina ha fortemente criticato, poi, la scelta del legislatore di subordinare la consegna ad una verifica sulla sussistenza dei «gravi indizi di colpevolezza», secondo la previsione dell'art. 17, comma 4, della legge n. 69 del 2005, introducendo una condizione non prevista dalla decisione quadro e divergente anche dai tradizionali principi del diritto estradizionale convenzionale².

In relazione a tali profili di asimmetria, se non di vero e proprio contrasto, tra la legge di attuazione e la decisione quadro, si registra un'ampia e rilevante elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione, che è progressivamente intervenuta per eliminare le divergenze attraverso un'interpretazione conforme al diritto euro-

¹ M.R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. I, Giuffrè, 2008, 554 ss.; V. DEL TUFO, *La disciplina del mandato d'arresto europeo. Profili di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 944; C. PANSINI, *Il rifiuto della consegna motivato da esigenze "processuali"*, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. PANSINI – A. SCALFATI, Jovene, 2005, 160; E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *Mutuo riconoscimento solo nelle intenzioni*, in *Guida dir.*, 2005, n. 19, 75 ss.; E. SELVAGGI – G. DE AMICIS, *La legge sul mandato di arresto europeo tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, 1814 ss.; G. IUZZOLINO, *La decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS – E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, 283 ss.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, 2010, 220 ss.

² M. CHIAVARIO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Utet, 2013, 263; E. SELVAGGI e G. DE AMICIS, *La legge sul mandato di arresto europeo ecc.*, cit., 1814 ss.; G. VITARI, *Sub art. 17*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69*, diretto da M. CHIAVARIO – G. DE FRANCESCO – D. MANZIONE – E. MARZADURI, UTET, 2006, 300; in senso contrario v. N. GALANTINI, *L'adattamento del mandato d'arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, 4092.

unitario³: così, ad es., in relazione al requisito dei gravi indizi di colpevolezza (che devono integrare un compendio indiziario che l'autorità emittente abbia ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato)⁴, o a quello della motivazione del titolo di arresto (che non può essere parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, ma può ritenersi integrato anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona richiesta in consegna), ovvero ancora in relazione all'espresso motivo di rifiuto della consegna nell'ipotesi in cui «*la legislazione dello Stato membro emittente non prevede i limiti massimi della carcerazione preventiva*» (ex art. 18, lett. e), della legge n. 69 del 2005).

Proprio in relazione a tale ultimo profilo problematico, che peraltro investiva direttamente la sfera dei rapporti di collaborazione con l'ordinamento tedesco, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione, ritenendo compatibile con l'art. 18, comma 1, lett. e), cit. e con i principi stabiliti nell'art. 13 Cost., secondo il quale «*La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva*», non soltanto quegli ordinamenti giuridici in cui sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado, ma anche quelli in cui siano comunque previsti specifici meccanismi processuali che comportino, secondo cadenze cronologicamente prefissate, un controllo giurisdizionale sulla necessità della custodia cautelare, funzionale alla sua legittima prosecuzione, ovvero alla sua immediata cessazione⁵.

La Corte di cassazione ha inteso valorizzare, in tal modo, un percorso interpretativo in grado di bilanciare, al contempo, le diverse esigenze di conformità sia ai principi costituzionali che al quadro normativo euro-unitario, escludendo la ricorrenza dell'ipotesi ostativa in relazione ad un m.a.e. emesso dall'autorità giudiziaria della Repubblica federale di Germania, poiché l'ordinamento processuale di quest'ultima prevede un limite massimo di custodia cautelare (pari a sei mesi) ed assicura, pur nella eventualità di proroga di tale termine, la sottoposizione a controlli *ex officio*, cronologicamente cadenzati, cui è condizionata la necessità di mantenere l'imputato nello *status custodiae*, imponendo, in mancanza di tali controlli, un automatico effetto liberatorio.

È stato così superato un ostacolo di indubbio rilievo, dato che in molti Stati membri dell'Unione europea mancano regole concernenti la previsione di termini massimi di custodia cautelare nella fase del giudizio e l'esigenza di contenere la durata della misura detentiva è affidata a controlli periodici da parte del giudice competente o ad altri meccanismi in concreto più efficienti di quelli italiani, i cui termini massimi finiscono con il legittimare sino alla fine del processo una custodia in carcere notevolmente lunga.

³ Sul contributo “armonizzatore” che la giurisprudenza di legittimità ha dato in relazione ai profili problematici indicati nel testo v. M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 228 ss.

⁴ Sez. U, n. 4614 del 30/01/2007, Ramoci, Rv. 235348

⁵ Sez. U, n. 4614 del 30/01/2007, Ramoci, Rv. 235352. Al riguardo v. la nota adesiva di commento di E. CALVANESE, *Problematiche attuative del mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 1926 ss.

3. La tutela del cittadino e dei soggetti equiparati.

All'interno di tale nuova procedura la consegna dei cittadini costituisce una regola generale, con poche eccezioni riguardanti l'esecuzione di pene privative della libertà nel Paese di origine e parimenti estensibili alle persone residenti.

La prassi ha evidenziato che circa un quinto di tutte le consegne nell'Unione europea riguarda i cittadini del Paese interessato.

La Corte di giustizia ha fornito la sua interpretazione della norma sul rifiuto di consegna e sulle nozioni – ritenute “autonome” e di comune riferimento sul piano del diritto euro-unitario – di residenza e dimora (art. 4, par. 1, n. 6, della decisione quadro 2002/584/GAI), affermando che le persone escluse dal beneficio del rifiuto della consegna ai fini dell'esecuzione della pena sono legittimate a far valere la lesione derivante dall'eventuale contrasto di norme nazionali con la normativa della decisione quadro⁶.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 227 del 24 giugno 2010, ha accolto una questione di legittimità costituzionale posta dalla Corte di cassazione con riferimento all'art. 18, comma 1, lett. r), della l. n. 69 del 2005, che è stato ritenuto incostituzionale «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».

Con la sentenza n. 227 del 2010 è stata richiamata la sentenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia, affermando che gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere o di non prevedere il rifiuto di consegna, ma che, una volta operata la scelta di prevederlo, sono tenuti a rispettare il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, sancito dall'art. 12 del TCE (ora art. 18 del TFUE, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

Il Giudice delle leggi ha osservato, in particolare, che «all'autorità giudiziaria competente spetta, pertanto, accertare la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora, legittime ed effettive, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Resta riservata, poi, al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al non cittadino del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia».

⁶ Corte giust. UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; Corte Giust. UE, Grande Sezione, 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowsky*.

La scelta operata dal legislatore italiano è stata ritenuta in contrasto con lo stesso tenore letterale della norma della decisione quadro, che nella prospettiva della risocializzazione del condannato riconosce a tutte e tre le categorie di soggetti ivi menzionati – cittadini, residenti e dimoranti nel territorio dello Stato di esecuzione – lo stesso tipo di tutela.

Nella progressiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità tali nozioni sono state integralmente recepite – con la conseguenza che assume rilievo l'esistenza di un “radicamento reale e non estemporaneo” dello straniero in Italia, sì da dimostrare che egli abbia ivi istituito, con continuità temporale e sufficiente stabilità territoriale, la sede principale, anche se non esclusiva, dei propri interessi affettivi, professionali od economici⁷ – e via via affinate con la precisazione che, ai fini di tale apprezzamento, vanno considerati gli indici concorrenti della legalità della presenza in Italia, dell'apprezzabile continuità temporale e stabilità della stessa, della distanza temporale tra quest'ultima e la commissione del reato e la condanna conseguita all'estero, dell'eventuale pagamento di oneri contributivi e fiscali⁸.

Viene peraltro esclusa la sussistenza di ragioni ostative alla consegna quando la persona richiesta dalle autorità dello Stato emittente non sia cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, ma di uno Stato terzo, non rilevando in tal caso le circostanze addotte per dimostrarne il radicamento in Italia⁹.

4. Il tramonto della “doppia incriminabilità”.

Fra i motivi di non esecuzione, che sono tassativamente enunciati negli articoli 3, 4 e 4-bis della decisione quadro, si registra il definitivo tramonto della tradizionale condizione ostativa relativa alla verifica della doppia incriminazione, quale motivo di diniego della esecuzione della consegna in relazione ad un elenco di 32 categorie di reato contenuto nell'art. 2, par. 2, della decisione quadro, così come definite dallo Stato membro emittente, se in questo Stato la durata massima della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni.

La doppia incriminazione può invece essere applicata nel caso in cui l'autorità competente dello Stato membro emittente non consideri i reati in questione quali reati riconducibili alla previsione di cui all'art. 2, par. 2, cit.

La Corte di giustizia ha stabilito il principio secondo cui, nel valutare il requisito della doppia incriminabilità, l'autorità competente dello Stato membro di esecuzione deve verificare se gli elementi di fatto alla base del reato sarebbero di per

⁷ Sez. 6, n. 12665, del 19/3/2008, Vaicekauskaite, Rv. 239156.

⁸ Sez. 6, n. 50386 del 25/11/2014, Batanas, Rv. 261375.

⁹ Sez. 6, n. 58118 del 28/12/2017, Balakhadze, non mass., in relazione ad un m.a.e. processuale emesso dalle Autorità tedesche per reati di furto con scasso di beni in abitazione, ritenuti commessi da un cittadino georgiano dimorante in Italia; v., inoltre, Sez. 6, n. 29290 del 21 giugno 2018, M.S., non mass.

sé, nell'ipotesi in cui si fossero verificati nello Stato membro di esecuzione, penalmente perseguibili anche nel territorio di quest'ultimo¹⁰.

Entro tale prospettiva la giurisprudenza italiana ha ritenuto (in relazione ad un m.a.e. emesso dalle autorità tedesche, in cui la S.C. ha ritenuto equiparabile il reato di insolvenza fraudolenta previsto dall'art. 283 del cod. pen. tedesco al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale contemplato dalla legge italiana¹¹) che, per soddisfare la condizione della doppia punibilità prevista dall'art. 7, comma 1, della legge n. 69 del 2005, non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero trovi il suo esatto corrispondente in una norma dell'ordinamento italiano, ma è sufficiente che la concreta fattispecie sia punibile come reato in entrambi gli ordinamenti, a nulla rilevando l'eventuale diversità, oltre che del trattamento sanzionatorio, anche del titolo e di tutti gli elementi richiesti per la configurazione del reato.

In linea generale, e proprio in relazione ad un mandato di arresto europeo emesso a fini processuali dalla Procura di Stato di Amburgo per una serie di reati di evasione fiscale, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione si è da subito orientata nel senso di precisare che l'art. 7, comma 2, della legge n. 69/2005 contiene una sorta di deroga al principio della doppia punibilità di cui al precedente comma 1, prevedendo che nel caso di reati fiscali e di quelli in materia "di dogana e di cambio" non sia richiesta una coincidenza con la disciplina che regola la stessa materia nello Stato membro di emissione, imponendo, tuttavia, con riferimento ai soli reati fiscali, una valutazione di assimilabilità per analogia tra "tasse o imposte" previste in Italia e nello Stato richiedente, valutazione a cui si aggiunge l'ulteriore presupposto che la fattispecie di reato prevista in Italia sia punita con la pena della reclusione pari o superiore a tre anni, senza possibilità di prendere in considerazione le eventuali aggravanti. Rispetto alla decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, che all'art. 4, par. 1, in materia di tasse, di imposte, di dogana e di cambio, si proponeva di superare il principio della doppia punibilità – ribadito per i reati non contemplati nella lista di cui all'art. 2, comma 2 –, la normativa di attuazione interna italiana, almeno per i reati fiscali (tasse e imposte), ha fatto una scelta differente, introducendo una serie di requisiti restrittivi concernenti la natura della violazione (che deve essere assimilabile a quella prevista nello Stato richiedente), la tipologia della pena (che deve essere necessariamente la pena della reclusione) e il limite edittale massimo (pari o superiore a tre anni). In relazione a questo regime rafforzato resta ferma, ovviamente, anche la verifica circa la punibilità del fatto, nello Stato membro di emissione, con una pena o con una misura di sicurezza della durata non inferiore al limite dei dodici mesi (art. 7, comma 3)¹².

Sempre in tema di doppia punibilità, il presupposto della consegna per l'estero, in base all'art. 7, comma 3, legge cit., è che il reato oggetto della richiesta sia punibile in

¹⁰ Corte giust. UE, Quinta Sezione, 11 gennaio 2017, C-289/15, Grundza.

¹¹ Sez. 6, n. 19406 del 17/05/2012, Ferrari, Rv. 252723.

¹² Sez. 6, n. 8449, del 14/2/2007, Piaggio, non mass. sul punto.

astratto dalla legge dello Stato membro di emissione con una pena o con una misura di sicurezza privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a dodici mesi, non rilevando (con riferimento ad un m.a.e. richiesto dalle autorità tedesche per omesso pagamento dell'I.V.A.) che la pena detentiva sia stabilita in alternativa ad una pena pecuniaria, concretamente irrogabile all'esito del giudizio¹³.

Analogamente si è ritenuto, inoltre, che sussiste la condizione per l'esecuzione della consegna prevista dall'art. 7, comma 2, legge cit., in relazione ad un mandato emesso dall'autorità giudiziaria tedesca per il reato di omessa dichiarazione di imposte, con riferimento ad una serie di operazioni di vendita di scarti di metallo di proprietà di una società tedesca, effettuate senza la preventiva iscrizione dei beni nella contabilità sociale, con la conseguente evasione dell'IVA all'importazione nella misura del 19%. (ex art. 370, comma 1, n. 2, del codice tributario tedesco e artt. 18 e 26, b e c, della legge tedesca sull'IVA, ritenuta ipotesi corrispondente alla previsione dell'art. 4 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74)¹⁴.

La Corte ha altresì affermato che la condotta presa in considerazione dall'art. 370 del codice tributario tedesco, che punisce la mancata presentazione del preavviso relativo all'imposta generale sull'entrata o sulla ricchezza, corrisponde a quella dell'art. 5, d.lgs. cit., relativa alla omessa dichiarazione dell'imposta sul valore aggiunto¹⁵.

Si è invece ritenuta insussistente la condizione per l'esecuzione della consegna, prevista dal secondo comma dell'art. 7 legge cit., in relazione ad un mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria tedesca per omesso pagamento dell'imposta sull'attività d'impresa, non trovando tale fattispecie una corrispondente ipotesi di reato nell'ordinamento italiano¹⁶, ovvero allorché il fatto addebitato alla persona ricercata sia sussumibile nell'ipotesi, non prevista dalla legge italiana come reato, dell'emissione di assegni senza provvista e in difetto di autorizzazione¹⁷.

Sull'intensità dei limiti del controllo giurisdizionale attivabile da parte delle autorità dello Stato di esecuzione occorre tuttavia sgombrare il campo da possibili equivoci: il fatto che, una volta emesso il mandato d'arresto per una delle categorie di reati indicate nella lista individuata dall'art. 2 della decisione quadro, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione non debba individuare nella propria legislazione una figura di reato corrispondente o equipollente, non comporta un automatismo rigido al punto da imporre una "cieca" esecuzione di mandati per fatti-reato solo apparentemente riconducibili alla lista anzidetta¹⁸.

Poiché, infatti, l'eliminazione del requisito della doppia incriminazione poggia sulla condivisa individuazione di elementi comuni a tali reati alla stregua degli

¹³ Sez. 6, n. 28026 del 11/07/2011, Incorvaia, Rv. 250745.

¹⁴ Sez. 6, n. 6901, del 13/2/2007, Ammesso, Rv. 235559; Sez. 6, n. 12204 del 24/03/2011, Plaçonà, Rv. 249644.

¹⁵ Sez. 6, n. 8449 del 14/2/2007, Piaggio, non mass. sul punto.

¹⁶ Sez. 6 n. 28139, del 4/7/2008, Luongo, Rv. 240328, nella quale la S.C. ha osservato che una corrispondente fattispecie – l'omesso versamento dell'IRAP – è punita in Italia a titolo di violazione amministrativa.

¹⁷ Sez. 6, n. 15108 del 07/04/2011, Caroli, Rv. 249647.

¹⁸ Sul tema v. G. DE AMICIS – O. VILLONI, *Mandato d'arresto europeo e legalità penale nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2008, 399 ss.

ordinamenti giuridici dei vari Stati membri, è proprio tale sostanziale coincidenza a costituire la oggettiva condizione per la riconducibilità del fatto ad una delle categorie incluse nell'elenco¹⁹.

In altri termini, con l'eliminazione del controllo della doppia incriminazione il legislatore europeo ha inteso rendere "superflua" la verifica in concreto, di volta in volta, del formale carattere di illecito penale, anche per le leggi dello Stato di esecuzione, dei fatti perseguiti o puniti dallo Stato richiedente, bastando che essi siano riconducibili alle categorie positivamente elencate nella lista, rispetto alle quali è stata già espressa e verificata una generale convergenza dell'interesse punitivo degli Stati membri.

Quel che viene sacrificato in nome di una rafforzata cooperazione giudiziaria internazionale è, allora, solo l'interesse alla piena corrispondenza dei reati per cui è presentata la richiesta di consegna rispetto alle singole previsioni normative interne dello Stato di esecuzione, dal momento che si riconosce, quale presupposto fondamentale dell'obbligo generale di cooperazione, la sostanziale equivalenza delle scelte incriminatrici effettuate nei vari ordinamenti in relazione alla lista positiva di cui all'art. 2, par. 2, cit.

Dalla stessa trama normativa della decisione quadro emergono, sia pure implicitamente, meccanismi di valutazione che non rendono tale rinuncia indiscriminata e generalizzata.

Il primo di essi è rappresentato da un formale esame della descrizione del fatto operata dall'autorità giudiziaria emittente all'interno del mandato d'arresto – eventualmente integrato sulla base delle informazioni complementari previste dall'art. 15, par. 2, della decisione quadro – e dal raffronto con il *nomen juris* datone in rapporto alle categorie della lista positiva (in ipotesi: traffico illegale di embrioni umani qualificato come traffico di esseri umani *tout court*); l'altro meccanismo, invece, può derivare dall'applicazione della clausola di non discriminazione contenuta nel considerando n. 12 della decisione quadro (divieto di consegna in presenza di elementi oggettivi tali da indurre a ritenere che il mandato sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona per motivi di sesso, razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica e tendenze sessuali).

Pur versandosi con ogni evidenza in situazioni-limite, l'oggettiva impossibilità di ricondurre la fattispecie concreta ad una delle trentadue categorie di reato della lista positiva, in caso di radicale divergenza palesemente risultante dalla stessa descrizione del fatto contenuta nel mandato d'arresto europeo, rappresenta, dunque, il naturale epilogo di un tipo di verifica giudiziale non esclusa, ma, anzi, determinata proprio dalle su indicate ragioni di fondo poste alla base dell'eliminazione del controllo della doppia incriminazione.

¹⁹ Al riguardo, in generale, v. L. PICOTTI, *Il mandato d'arresto europeo tra principio di legalità e doppia incriminazione*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS – E. SELVAGGI, Giappichelli, 2005, 60 ss.

Rimanendo strettamente ancorata alla logica dei rapporti di cooperazione giudiziaria, la Corte di giustizia fa correttamente rientrare nella sfera di competenza propria dello Stato emittente la qualità del modello definitorio della fattispecie di reato e la dosimetria del relativo trattamento sanzionatorio, non senza rimarcare, alla luce dell'art. 1, n. 3, della decisione quadro, l'ineludibile esigenza del rispetto – nella legislazione dello Stato richiedente – dei diritti fondamentali e dei fondamentali principi giuridici stabiliti dall'art. 6 TUE, fra i quali rientra anche il principio di legalità dei reati e delle pene²⁰.

Entro questa prospettiva ermeneutica può inquadrarsi l'evoluzione della vicenda sottesa al recente "caso Puigdemont", che ha visto l'*Oberlandsgericht* dello *Schleswig-Holstein* respingere, con la decisione del 5 aprile 2018, la richiesta di mandato d'arresto europeo trasmessa dalle autorità spagnole per quanto riguarda il delitto di "rebelión" (perché non ricompreso nel campo di applicazione del m.a.e. descritto dall'art. 2 della decisione quadro), ritenendo invece non inammissibile la richiesta in relazione al secondo delitto di peculato ("*malversación de caudales públicos*", "*Veruntreuung öffentlicher Gelder*"), sul rilievo che tale fattispecie sarebbe riconducibile a quella di corruzione richiamata nella decisione quadro²¹, pur non contenendo la richiesta del *Tribunal Supremo* spagnolo "una sufficiente descrizione delle circostanze, sulla base delle quali il reato sarebbe stato commesso, con una necessaria concretizzazione del rimprovero penale, che renda possibile la sua riconducibilità al comportamento addebitato all'imputato".

Con decisione definitiva del 12 luglio 2018 l'*Oberlandsgericht* dello *Schleswig-Holstein* ha sostanzialmente confermato la precedente pronuncia, negando la consegna per il delitto di "rebelión" ed ammettendola invece per la "*malversación de caudales públicos*". Appena una settimana dopo, il 19 luglio 2018, il *Tribunal Supremo* ha deciso tuttavia di rifiutare, con un controverso provvedimento, l'esecuzione di una consegna così "dimezzata", ritirando tutte le richieste di estradizione e di mandato d'arresto europeo nel frattempo indirizzate in altri Paesi (Belgio, Scozia e Svizzera) contro altri politici indipendentisti di primo piano rifugiatisi all'estero per sfuggire all'arresto in Spagna²².

Pur non essendo previsto, nella dinamica della nuova procedura di consegna basata sul m.a.e., un meccanismo idoneo di rifiuto in presenza di reati a "sfondo politico"²³, o comunque politicamente connotati, il controllo giurisdizionale, tutt'altro

²⁰ Corte giust. UE, Grande Sezione, 3 maggio 2007, C-305/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*.

²¹ Su tale profilo della decisione v. le riflessioni critiche di L. FOFFANI, [Il caso Puigdemont: la "prova del fuoco" del mandato d'arresto europeo](#), in questa *Rivista*, 24 luglio 2018, 1 ss.

²² Al riguardo cfr. le considerazioni espresse sulle implicazioni sottese ai problemi di qualificazione giuridica del reato di "ribellione" da J. NIEVA FENOLI, *L'esame dell'autorità richiesta nel mandato d'arresto europeo e la consegna di politici indipendentisti: tra politica e diritto*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, n. 11, 1499.

²³ Nell'ordinamento italiano, tuttavia, tale possibile profilo di analisi delle richieste di consegna è stato espressamente considerato dal legislatore, integrando la condizione ostativa prevista dall'art. 18, comma 1, lett. a), della legge n. 69 del 2005, secondo cui la corte di appello rifiuta la consegna "se vi sono motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, della sua religione, della sua origine etnica, della sua nazionalità, della

che “automatico”, sulla riconducibilità dei fatti ad una delle categorie espressamente individuate nel catalogo delle trentadue fattispecie cui fa riferimento la decisione quadro si è rivelato dunque efficace²⁴, consentendo alle autorità dello Stato richiesto di verificare in modo approfondito se il provvedimento dell’autorità emittente avesse caratteristiche tali da comportare il rischio di un aggiramento del principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri, incentrando la formulazione della richiesta su fatti evidentemente non sussumibili nella categoria che formalmente e sostanzialmente dovrebbe costituirne l’oggetto.

5. Le esigenze di tutela interne al funzionamento del m.a.e.

Con un’altra rilevante decisione la Corte di Lussemburgo ha osservato che il mandato di arresto nazionale o l’analoga decisione giudiziaria sono provvedimenti distinti dal m.a.e., con la conseguenza che il nuovo sistema di consegna si articola attraverso una tutela di doppio livello dei diritti processuali e, più in generale, dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare il ricercato, ossia una tutela prevista al primo livello, in sede di adozione di una decisione giudiziaria nazionale, come un mandato d’arresto nazionale, e una tutela che deve essere parimenti garantita al secondo livello, in sede di emissione del m.a.e.²⁵.

In linea generale una tutela giudiziaria di questo tipo, strutturata su un duplice livello di garanzie, risulta assente, secondo l’orientamento delineato dalla Corte di Lussemburgo, nel caso in cui, anteriormente all’emissione di un m.a.e., non sia stata adottata dalle autorità giudiziarie nazionali una decisione giudiziaria sulla quale si innesti poi l’emissione di un mandato di arresto europeo.

In sostanziale adesione a tali principii la giurisprudenza italiana non ritiene possibile dar luogo alla consegna richiesta dall’autorità giudiziaria straniera soltanto nell’ipotesi in cui, dallo stesso mandato o dalla documentazione trasmessa, non sia desumibile l’indicazione precisa del provvedimento restrittivo della libertà personale su cui si basa l’istanza, dovendosi in tal senso interpretare la disposizione dettata dall’art. 6, comma 3, della legge n. 69 del 2005, che richiede l’allegazione al mandato di quel provvedimento. Così, ad es., la Corte di legittimità si è orientata in relazione ad una fattispecie in cui non è stata ritenuta ostativa alla consegna l’assenza agli atti del provvedimento cautelare firmato dal giudice tedesco richiedente e della relazione sui fatti addebitati alla persona richiesta²⁶.

Analogamente, si è ritenuto che l’omessa acquisizione del titolo restrittivo interno in base al quale il m.a.e. è stato emesso è ostativa alla consegna quando, dal contenuto dello stesso m.a.e. e degli atti inoltrati a corredo, non sia possibile per

sua lingua, delle sue opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi”.

²⁴ J. NIEVA FENOLI, *cit.*, 1496 ss.

²⁵ Corte giust. UE, Seconda Sezione, 1° giugno 2016, C-241/15, Bob-Dogi.

²⁶ Sez. 6, n. 49612 del 11/12/2015, Posea, Rv. 265470.

l'autorità giudiziaria richiama il controllo sulla ricorrenza dei presupposti per la consegna ovvero delle condizioni per il rifiuto previste dall'art. 18 della stessa legge. In applicazione di tale principio, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio la sentenza che aveva disposto la consegna del ricorrente, rilevando che, in assenza del provvedimento restrittivo, non era possibile verificare se una parte dei reati, contestati nel m.a.e. come commessi in modo indivisibile in Italia, Spagna, Germania oltre che in Francia, fosse stata, invece, commessa, anche solo in parte, nel territorio italiano²⁷.

6. Mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali.

Il principio del reciproco riconoscimento, a sua volta, presuppone, quale necessaria precondizione logica, un clima di reciproca fiducia tra gli Stati membri sulla comune osservanza dei diritti fondamentali, ma perché tale fiducia sia effettiva e non solo apparente è necessario considerare le implicazioni della simbiotica relazione che inevitabilmente si instaura tra l'aspetto dinamico dei meccanismi di funzionamento del m.a.e. e la tematica, ad essi strettamente connessa, della generale esigenza di rispetto ed effettiva attuazione dei diritti fondamentali²⁸.

Sul versante del m.a.e. tale interrelazione si traduce in un limite alla regola della *mutual trust* che può essere svolto dalle, ormai pressanti e generalmente condivise, esigenze di tutela dei diritti fondamentali, trattandosi in sostanza di verificare se la loro violazione possa costituire un motivo di rifiuto per l'esecuzione dell'euro-mandato. La decisione quadro prevede, infatti, oltre alle ipotesi di consegna condizionata (art. 5), casi tassativi di rifiuto, obbligatori (art. 3) e facoltativi (artt. 4 e 4-bis), tra i quali non è contemplata la «*non-compliance with fundamental rights*».

Sotto altro profilo, però, l'art. 1 § 3 dell'atto europeo precisa che l'obbligo di rispettare «i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti» dall'art. 6 t.u.e. «non può essere modificato per effetto» della decisione quadro, facendo sorgere in tal modo un legittimo interrogativo sulla sua possibile interpretazione quale motivo implicito di rifiuto in caso di violazione dei diritti fondamentali ivi richiamati²⁹.

La trasposizione dei motivi di rifiuto previsti dalla decisione quadro non è stata omogenea, in quanto alcuni Stati membri (fra i quali l'Italia) hanno trasformato in obbligatori i motivi di rifiuto prescritti come facoltativi e hanno introdotto ulteriori motivi di rifiuto, fondati sull'art. 3 § 1 e sui considerando n. 12 e n. 13 della decisione quadro, che sostanzialmente si risolvono in cause ostative direttamente collegate al rischio della violazione dei diritti fondamentali.

Ne è derivata un'applicazione asimmetrica nelle legislazioni degli Stati membri, che di certo non tende a favorire lo sviluppo della mutua fiducia quale necessaria precondizione della effettività del principio del reciproco riconoscimento.

²⁷ Sez. F, n. 33218 del 28/07/2016, Khalil, Rv. 267765.

²⁸ M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in questa *Rivista*, 2017, n. 2, 178 ss.

²⁹ M. BARGIS, *cit.*, 178.

Ciò non di meno la giurisprudenza italiana, anche in relazione a tali nodi problematici della disciplina europea, tende ad elaborare un'interpretazione conforme alle finalità del nuovo strumento, non ritenendo necessario, ai fini della decisione sulla consegna, che l'ordinamento dello Stato emittente presenti le stesse garanzie dell'ordinamento italiano in tema di "giusto processo", quanto, invece, che esso rispetti i relativi principi garantiti dalle Carte sovranazionali, ed in particolare dall'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, cui si richiama l'art. 111 Cost. Facendo applicazione di tale principio, la Corte di cassazione ha annullato con rinvio una decisione di merito, ritenendo necessario verificare, attraverso le informazioni integrative previste dall'art. 16 della legge n. 69 del 2005, se il diritto di difesa della persona richiesta in consegna era stato garantito nel corso degli interrogatori effettuati dinanzi agli organi di polizia tedesca, ove gran parte degli addebiti sembravano essere stati oggetto di confessione³⁰.

Nel pronunciarsi, inoltre, su una richiesta di consegna fondata su indizi di colpevolezza costituiti da reperti biologici prelevati all'imputato ad altri fini e conservati in una banca-dati del DNA, è stata esclusa ogni possibilità di contrasto con le garanzie costituzionali richiamate dall'art. 2, comma 1, della legge n. 69 del 2005. Il caso, particolarmente significativo per il coinvolgimento di più Stati membri, riguardava un m.a.e. emesso dalle autorità austriache, nel quale gli indizi che avevano giustificato la custodia in carcere erano costituiti dalla prova del DNA, effettuata su prelievi ematici prelevati all'imputato durante un pregresso periodo di detenzione in Germania ed ivi conservati in un'apposita banca dati³¹.

Si ritiene invece irrilevante, sul piano sostanziale, la incolpevole ignoranza da parte del cittadino italiano delle norme penali dello Stato membro di emissione in base alla quale è stato emesso il mandato d'arresto europeo, quando il fatto è previsto come reato dalla legge italiana. Il caso, particolarmente interessante, vedeva coinvolta una persona richiesta in consegna dalle autorità tedesche per detenzione e spaccio di stupefacenti, che dopo essersi indebitamente allontanata dal territorio dello Stato di emissione, a seguito di scarcerazione per decorrenza dei termini di custodia cautelare, aveva dedotto di aver ignorato incolpevolmente la disposizione di legge che gli imponeva di restare a disposizione dell'autorità giudiziaria³².

7. I limiti della clausola di territorialità nei rapporti con l'ordinamento tedesco.

Uno dei temi sui quali si registra una consistente elaborazione interpretativa della giurisprudenza italiana è quello dei limiti della giurisdizione nell'ipotesi in cui ricorre la condizione ostativa prevista dall'art. 18, comma 1, lett. p), della legge 22 aprile 2005, n. 69, ossia l'ipotesi in cui *"il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla*

³⁰ Sez. 6, n. 4528 del 27/01/2012, Baldi, Rv. 251959.

³¹ Sez. F, n. 34294 del 21/08/2008, Cassano, Rv. 240713.

³² Sez. 6, n. 21751 del 28/05/2008, Sofia, Rv. 239942.

legge italiana sono considerati reati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in luogo assimilato al suo territorio; ovvero reati che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro di emissione, se la legge italiana non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio".

Numerosi i casi in cui l'ambito di applicazione di tale motivo di rifiuto è venuto in rilievo nei rapporti con le autorità tedesche.

In linea generale la giurisprudenza che tale condizione ostativa sussiste quando anche solo una parte della condotta si sia verificata in territorio italiano, purchè tale circostanza risulti con certezza, non potendosi ritenere sufficiente la mera ipotesi che il reato sia stato commesso in tutto o in parte in Italia, mentre non è necessario che gli elementi acquisiti consentano l'immediato e contestuale esercizio dell'azione penale in Italia per gli stessi fatti per i quali procede il giudice estero.

Al riguardo, ad es., in relazione ad un caso in cui è stata rifiutata la consegna di un cittadino italiano imputato, in concorso con altre persone, di diversi episodi di furto aggravato consumati in territorio tedesco, la cui progettazione, organizzazione e predisposizione erano però avvenute nel territorio italiano la Corte di cassazione ha affermato che deve essere rifiutata la consegna richiesta dall'autorità giudiziaria straniera allorché una parte della condotta criminosa si sia verificata nel territorio italiano³³.

Ne discende che, in tale ipotesi, il giudicato straniero non spiega in concreto alcuna incidenza, in quanto vengono privilegiate le esigenze della giurisdizione nazionale nella loro espressione spaziale (principio di territorialità), salvo il caso in cui il fatto oggetto del m.a.e. non si identifichi in termini di medesimezza con quello punibile in Italia.

Particolarmente rilevante, tuttavia, appare, in questa prospettiva, l'affermazione della regola secondo cui quando la richiesta di consegna presentata dall'autorità straniera riguardi fatti commessi in parte nel territorio dello Stato ed in parte in territorio estero, la verifica della sussistenza del motivo di rifiuto previsto dall'art. 18, comma 1, lett. p), legge cit. deve essere coordinata con la disposizione contenuta nell'art. 31 della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, che fa salvi eventuali accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento della sua adozione, "nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato".

Entro tale prospettiva, e in relazione ad un m.a.e. processuale emesso dall'autorità tedesca per reati di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina commessi sia in Germania che nel territorio italiano, la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile l'art. II dell'Accordo bilaterale italo-tedesco del 24 ottobre 1979, ratificato con legge 11 dicembre 1984, n. 969, con il quale le parti hanno inteso facilitare l'applicazione della Convenzione europea di estradizione del 1957, nell'ipotesi in cui la

³³ Sez. 6, n. 47133 del 18/12/2007, Lichtenberger, Rv. 238159.

domanda di consegna riguardi anche altri reati non soggetti alla giurisdizione dello Stato di rifugio e risulti opportuno far giudicare tutti i reati nello Stato richiedente³⁴.

All'interno di una elaborazione giurisprudenziale ormai pacifica la Corte di cassazione ha inoltre affermato, sempre in relazione ai rapporti di cooperazione instaurati con le autorità tedesche, il principio secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. II dell'Accordo bilaterale italo-tedesco del 24 ottobre 1979, ratificato con legge 11 dicembre 1984, n. 969, che costituisce un limite al motivo di rifiuto previsto dall'art. 18, comma 1, lett. p), della legge n. 69 del 2005, per i fatti commessi in tutto o in parte nel territorio nazionale, qualora la richiesta di consegna riguarda una pluralità di reati, alcuni dei quali commessi in parte in Italia, e risulta opportuno far giudicare tutte le imputazioni nello Stato richiedente, la Corte d'appello deve valutare l'effettiva sussistenza delle ragioni che rendono preferibile un processo unitario dinanzi all'autorità tedesca, avendo riguardo sia ai profili fattuali oggetto della regiudicanda (natura dei reati, contiguità temporale, riferibilità ai medesimi soggetti), sia allo stato delle indagini nei Paesi interessati, sia al grado di coinvolgimento degli interessi delle persone offese dal reato, in relazione all'eventuale pregiudizio derivante dalla trattazione del procedimento in territorio estero³⁵.

Al riguardo si registra il progressivo emergere di nuove questioni problematiche relative alle conseguenze derivanti dalla litispendenza che, a seguito della mancata consegna, si viene a realizzare per reati di natura transnazionale. Per risolvere i possibili conflitti tra giurisdizioni parimenti competenti *ratione loci* è stata adottata una decisione quadro del Consiglio dell'UE relativa alla prevenzione e alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei procedimenti penali, che l'ordinamento italiano ha recepito con il d.lgs. 15/02/2016, n. 29.

Una recente decisione della Corte di cassazione ha affrontato la questione, affermando che nelle ipotesi in cui la richiesta di consegna riguarda fatti commessi in parte nel territorio dello Stato, o in altro luogo ad esso assimilato, il motivo obbligatorio di rifiuto previsto dall'art. 18, comma 1, lett. p), legge cit. sussiste solo quando risulta già pendente un procedimento penale per il fatto oggetto del mandato di arresto europeo. Al riguardo, inoltre, la Corte ha aggiunto che il conflitto di giurisdizione tra i due Stati deve trovare la propria soluzione all'interno del meccanismo disciplinato dalla decisione quadro 2009/948/GAI in tema di prevenzione e composizione dei conflitti di giurisdizione e dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, anche al fine di evitare una violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁶.

³⁴ Sez. 6, n. 45524 del 20/12/2010, Ahmad, Rv. 248717; Sez. 6, n. 20281 del 24/04/2013, Vetro, Rv. 257024; Sez. 6, n. 5750 del 04/02/2014, Ahmetovic, Rv. 258632.

³⁵ Sez. 6, n. 42536 del 09/10/2014, Galal, Rv. 260727.

³⁶ Sez. 6, n. 15866 del 04/04/2018, Spasiano, Rv. 272912.

8. Esecuzione del m.a.e. e sentenze pronunciate *in absentia*.

Profili problematici rilevanti nella gestione dei rapporti di cooperazione giudiziaria con la Germania emergono, sul versante attivo della procedura di consegna, con riferimento all'esecuzione dei m.a.e. aventi ad oggetto sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, che l'ordinamento tedesco tende a considerare in maniera particolarmente critica, al punto di ritenere applicabili, con una sentenza della Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) del 15 dicembre 2015, i contro-limiti derivanti dall'esigenza di protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca, quali barriere invalicabili alla penetrazione di disposizioni "altre" nell'ordinamento interno, comprese le norme di diritto comunitario³⁷.

Nel caso di specie il m.a.e. era stato emesso dall'autorità giudiziaria italiana e la persona ricercata era un cittadino statunitense condannato ad una rilevante pena detentiva in Italia.

Secondo il Tribunale costituzionale tedesco, la cui verifica si rende necessaria nell'esercizio della sua funzione di ultimo garante dell'identità nazionale, anche nel procedimento di consegna basato sul m.a.e. va salvaguardato il principio di colpevolezza (*nulla poena sine culpa*) discendente dal principio fondamentale di inviolabilità della dignità della persona come sancito dall'art. 1 della Costituzione tedesca. Nel caso in questione, dunque, la Corte ha accolto il ricorso individuale del cittadino statunitense avverso il m.a.e. esecutivo italiano emesso in seguito ad una sentenza di condanna pronunciata in contumacia, da un lato rilevando la mancata compilazione del modulo là dove è richiesto di specificare il termine per richiedere «un nuovo processo o un ricorso in appello» (sezione d), n. 3.4, come emendata dalla decisione quadro 2009/299/GAI), dall'altro lato demandando al giudice competente per il merito la verifica sulla effettiva possibilità per il condannato di potersi difendere anche mediante la riapertura dell'istruttoria.

E' significativo rilevare come, nella motivazione di tale decisione, la Corte costituzionale federale tedesca abbia preso le mosse dal fatto che la nuova disciplina del processo *in absentia* introdotta nell'ordinamento italiano a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 67/2014, che consente la rescissione del giudicato in caso di ignoranza del processo celebrato *in absentia*, non è stata ritenuta applicabile alle sentenze divenute irrevocabili prima dell'entrata in vigore della su richiamata legge di riforma, secondo quanto affermato nella sentenza n. 36848/2014 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Sulla base di tale premessa argomentativa, dunque, il giudice costituzionale ha ravvisato un ostacolo alla consegna in ragione del fatto che, secondo la normativa nazionale italiana applicabile al caso concreto, l'onere probatorio a carico del ricorrente della mancata conoscenza incolpevole del provvedimento derivava dall'eventuale

³⁷ Tribunale costituzionale della Repubblica Federale di Germania, 12 dicembre 2015 (n. 2 bvr 2735/14), in *Cass. pen.*, 2016, 1748 ss., con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*, ivi, 1749 ss.

applicazione ultrattiva della precedente disposizione di cui all'art. 603, comma 4, cod. proc. pen. (poi abrogato dall'art. 11, comma 2, della legge n. 67/2014) ed era comunque attribuita alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria la verifica circa la possibilità di concedere o meno la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Nonostante la recente interpolazione del testo dell'art. 19, comma 1, lett. a), nn. 3-4, della legge n. 69 del 2005 – avvenuta per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31, che ha recepito nel nostro ordinamento la decisione quadro 2009/299/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato – consenta a quest'ultimo di ottenere senza condizioni un nuovo processo ovvero la facoltà di dare inizio al giudizio di appello, il complesso dei rimedi restitutori introdotti dal legislatore con le recenti novelle del 2014 e del 2017 potrebbe continuare a creare difficoltà nella gestione delle procedure esecutive dei m.a.e. “contumaciali” emessi dall'Italia: pur determinando, se accolti, la regressione al giudizio di primo grado, tali rimedi (*ex artt.* 604, comma 5-*bis*, 623, comma 1, lett. b) e 629-*bis* cod. proc. pen., quest'ultimo – relativo all'istituto della rescissione del giudicato – aggiunto dall'art. 1, comma 71, della legge 23 giugno 2017, n. 103) appaiono comunque subordinati alla prova, da parte dell'imputato, che la sua assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo³⁸.

9. Verso un controllo di proporzionalità nella circolazione del m.a.e.?

Anche se non espressamente prevista nella decisione quadro, potrebbe rivelarsi opportuna, al fine di migliorare l'efficacia dei rapporti di cooperazione giudiziaria, l'introduzione – anche attraverso specifiche disposizioni pattizie contenute in intese bilaterali – di una clausola di proporzionalità rispetto allo scopo perseguito nell'attivazione e nella esecuzione delle procedure di consegna³⁹.

La stessa Commissione europea – con la comunicazione C (2017) 6389 *final* del 28 settembre 2017 – ha invitato le autorità degli Stati membri a considerare le gravi conseguenze dell'esecuzione di un m.a.e. sulla libertà del ricercato e le restrizioni alla sua libertà di movimento, sollecitando le autorità giudiziarie emittenti a valutare in particolare una pluralità di fattori al fine di determinare se l'emissione del provvedimento sia giustificata, ed in particolare: *a)* la gravità del reato, con riferimento, ad esempio, al danno o al pericolo causati; *b)* la pena che sarà probabilmente irrogata qualora il ricercato sia giudicato colpevole del reato di cui è accusato; *c)* la probabilità

³⁸ M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, Giuffrè, 2017, 383; E. ZANETTI, *Mandato di arresto europeo e giudizio in assenza dell'imputato*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. VIGONI, Giappichelli, 2014, 101 ss.

³⁹ Sulle caratteristiche della rilevante quota di m.a.e. trasmessi all'Italia dalla Germania per reati di lieve entità o comunque “bagatellari” (i cd. “mini-m.a.e.”) e su altre disarmonie riscontrabili nella prassi delle procedure di consegna tra i due Paesi v. le considerazioni di F. LETTIERI, *Il difensore italiano nel vortice della crisi della giustizia in Europa*, in *Cass. pen.*, 2013, 4242 ss.

dell'assoggettamento a custodia della persona nello Stato membro emittente dopo la consegna; *d*) gli interessi delle vittime del reato.

Le autorità giudiziarie emittenti dovrebbero considerare, inoltre, la possibilità di ricorrere ad altre misure di cooperazione giudiziaria invece che all'emissione di un m.a.e. Altri atti normativi di diritto derivato dell'UE riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale prevedono misure diverse che, in molte situazioni, possono risultare egualmente efficaci, anche se meno invasive.

In termini generali si ritiene che, effettuare una verifica della proporzionalità prima dell'emissione di un m.a.e., possa contribuire a rafforzare la fiducia reciproca e il buon funzionamento dell'istituto tra le autorità competenti degli Stati membri.

Entro tale prospettiva potrebbero essere prese in debita considerazione altre misure basate sul principio del reciproco riconoscimento, che integrano il m.a.e. e che, in talune situazioni, potrebbero rivelarsi anche più appropriate rispetto a tale procedura di consegna. Si fa riferimento, in tal senso, a misure che comprendono: *a*) l'ordine europeo d'indagine; *b*) il trasferimento detenuti; *c*) il trasferimento di decisioni di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive; *d*) l'ordinanza cautelare europea; *e*) l'esecuzione di sanzioni pecuniarie.

Nella fase pre-processuale dei procedimenti penali, in particolare, potrebbero essere prese in considerazione le seguenti misure: *a*) l'emissione di un ordine europeo d'indagine per l'audizione di un indagato mediante collegamento video in un altro Stato membro; *b*) l'emissione di un ordine europeo d'indagine per l'audizione di un indagato in un altro Stato membro da parte delle autorità competenti di tale Stato membro; *c*) emissione di un'ordinanza cautelare europea per l'esecuzione di una misura cautelare non privativa della libertà nei confronti dell' indagato che deve essere eseguita dallo Stato membro di residenza dell'indagato nella fase pre-processuale; *d*) l'inserimento nel S.I.S. di una segnalazione per l'accertamento del luogo di residenza o domicilio di un indagato (*ex art. 34 della decisione SIS II*); *e*) la convocazione, dinanzi all'autorità competente per il procedimento penale nello Stato membro emittente, di un indagato localizzato nello Stato membro di esecuzione Stato membro emittente; *f*) l'invito a partecipare volontariamente al procedimento penale.

Nella fase post-processuale, inoltre, dopo l'emissione della sentenza, potrebbero essere prese in considerazione misure come il trasferimento di una pena privativa della libertà nello Stato membro di residenza della persona condannata affinché sia eseguita in detto Stato membro, ovvero il trasferimento, nello Stato membro di residenza della persona condannata, di una pena sostitutiva (ad esempio un lavoro o una prestazione socialmente utile) o di un'ordinanza di sospensione condizionale affinché sia eseguita in detto Stato membro.

10. La centralità del ruolo della Corte di Giustizia nel sistema della cooperazione giudiziaria penale.

È ricorrente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, l'affermazione secondo cui i principi di fiducia e riconoscimento reciproci "non possono affievolire in nessun modo i diritti fondamentali garantiti alle persone interessate"⁴⁰.

Le norme di diritto derivato dell'Unione, infatti, devono essere interpretate ed applicate nel rispetto dei diritti fondamentali, di cui fanno parte integrante il rispetto dei diritti della difesa, che derivano dal diritto ad un processo equo sancito dagli artt. 47 e 48 della Carta, nonché dall'articolo 6 della CEDU.

Una corretta valorizzazione del principio del mutuo riconoscimento, peraltro, non può prescindere dall'attuazione dei concorrenti obblighi di armonizzazione degli ordinamenti nazionali: piani di orientamento, questi, del tutto sovrapponibili nelle logiche di intervento del legislatore europeo, la cui combinazione si rivela opportuna non solo al fine di eliminare quegli aspetti di criticità che assai spesso emergono nella prassi della cooperazione, ma, soprattutto, nella prospettiva di un'adeguata considerazione delle esigenze di certezza e rispetto delle garanzie fondamentali della persona che qualsiasi intervento sulla materia penalistica inevitabilmente pone.

Il reciproco riconoscimento, visto da tale angolazione, non si contrappone affatto, ma risulta, anzi, complementare all'obiettivo di un crescente ravvicinamento dei sistemi nazionali, che a sua volta rappresenta un potente fattore di accrescimento della reciproca fiducia e della disponibilità ad una pronta e efficace applicazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria. È connaturale al principio, infatti, la valenza extra-territoriale degli effetti di una decisione giudiziaria, con la tendenza ad un "esercizio condiviso fra più Stati parti della sovranità", ed in particolare dell'uso dei poteri coercitivi per finalità di repressione dei reati e tutela della sicurezza dei cittadini, ponendosi quale vero "criterio ordinatore" delle funzioni rispettivamente svolte dalle autorità degli Stati di emissione e di esecuzione⁴¹.

Proprio per tali ragioni, d'altronde, la concreta applicazione del m.a.e. – e più in generale degli strumenti del mutuo riconoscimento – difficilmente potrebbe prescindere dalla previsione di un micro-sistema, sia pure chiuso e tassativo, di motivi di rifiuto dell'esecuzione, così opponendo alla circolazione, tendenzialmente sempre più rapida, delle decisioni giudiziarie, con i conseguenti rischi di "denationalization" delle regole del diritto statale, la previsione di un potere tassativamente circoscritto di sindacato, da parte delle competenti autorità dello Stato di esecuzione, sul rispetto di determinati *standards* processuali, ovvero sugli effetti riconnessi all'applicazione della misura nelle maglie dell'ordinamento nazionale.

⁴⁰ Corte giust. UE, 10 agosto 2017, C-270/17, Tupikas.

⁴⁰ Corte giust. UE, 6 febbraio 2017, C-578/16, C.K.

⁴¹ In tal senso v. S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Iovene, 2015, 430.

Mancano, tuttavia, nonostante la sempre più incisiva elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, chiare ed uniformi indicazioni sull'ambito di operatività e sulle concrete modalità di attuazione delle esigenze di protezione dei diritti fondamentali.

Entro tale prospettiva la dottrina ha osservato che la stessa centralità della tutela dei diritti fondamentali nell'attuale sistematica dei Trattati sembra suggerire la possibilità, se non addirittura la opportunità, di un maggiore spazio operativo delle garanzie riconosciute alle persone coinvolte nelle procedure di cooperazione giudiziaria, attraverso la estensione di regole frutto di soluzioni interpretative efficacemente individuate dalla Corte di giustizia, sia pure in altri settori del mutuo riconoscimento, al fine di bilanciare le specifiche esigenze della cooperazione con l'ineludibile rispetto dei diritti fondamentali e dei principi cardine degli ordinamenti nazionali⁴².

Con una decisione del 28 marzo 2000⁴³, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesgerichtshof* a norma del Protocollo del 3 giugno 1971, relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, si è infatti stabilito che le deroghe all'obbligo di riconoscimento ed esecuzione sono limitate ad ipotesi eccezionali, in cui le garanzie offerte dallo Stato di emissione si siano rivelate del tutto insufficienti ad evitare una violazione manifesta di un principio fondamentale, alla luce dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (e fra i quali, evidentemente, l'apprezzamento delle garanzie offerte dalla CEDU e, oggi, il rilievo assegnato al sistema dei diritti fondamentali delineato dalla Carta di Nizza, rivestono un ruolo decisivo).

Al riguardo, inoltre, la stessa Corte di giustizia⁴⁴ ha ribadito con forza il principio secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, con la conseguenza che non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'applicabilità del diritto UE implica, pertanto, quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta.

Emerge dunque con evidenza la centralità del ruolo "nomofilattico" esercitato dalla Corte di Lussemburgo, poiché una volta che il quadro normativo nazionale rientri nell'ambito di applicazione del diritto euro-unitario, la Corte, adita in via pregiudiziale, può e deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto.

⁴² S. MONTALDO, *cit.*, 429.

⁴³ Corte giust. UE, 28 marzo 2000, C-7/98, Krombach.

⁴⁴ Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, Akerberg Fransson.

La linea interpretativa ormai tracciata dai giudici europei – in una prospettiva di efficienza del sistema e di integrazione e sviluppo coerente ed uniforme dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – tende ad evitare, da un lato, la geometria variabile che si verrebbe a creare lasciando ad ogni Stato membro piena discrezionalità in merito all'invocabilità, anche a danno della *primauté*, di livelli più elevati di tutela previsti dal proprio sistema costituzionale, e, dall'altro lato, il rischio che gli Stati che volessero esercitare tale discrezionalità in modo da opporsi al meccanismo di cooperazione, diventino territorio di rifugio per i criminali⁴⁵.

Muovendosi entro tale prospettiva ermeneutica, la Corte di Lussemburgo⁴⁶ ha riconosciuto – e procedimentalizzato – la facoltà, per le autorità giudiziarie nazionali, di non eseguire un mandato europeo di arresto nel caso in cui sussistano motivi seri e comprovati che la persona ricercata corra un rischio concreto e “individualizzato” di subire trattamenti inumani o degradanti a causa delle condizioni detentive nelle apposite strutture dello Stato membro di emissione.

È necessario, tuttavia, che l'autorità giudiziaria di esecuzione disponga di elementi oggettivi ed aggiornati, che attestino la presenza di un rischio reale di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro di emissione, tenuto conto del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dal diritto UE, e segnatamente dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali. Potranno essere oggetto di verifica, in tale contesto, sia carenze di tipo sistemico o generalizzato, sia quelle riguardanti determinati centri di detenzione: il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, a fronte di evenienze che mettono in discussione il rispetto della dignità umana, cede il passo ad un preciso obbligo di verifica da parte dell'autorità di esecuzione, che dovrà chiedere la trasmissione di informazioni complementari all'autorità emittente, la quale, a sua volta, dovrà trasmettere tali informazioni entro il limite eventualmente fissato dall'autorità di esecuzione. Quest'ultima, poi, dovrà rinviare la propria decisione sulla consegna dell'interessato fino all'acquisizione degli elementi informativi che le consentano di valutare l'effettiva sussistenza del rischio: qualora tale situazione non possa essere esclusa entro un termine ragionevole, l'autorità di esecuzione dovrà decidere se occorra porre fine alla procedura di consegna.

Gli obiettivi di rapidità ed efficienza del nuovo sistema di consegna “post-estradizionale” vengono in tal modo bilanciati dal rilievo attribuito alla concorrente esigenza di un complessivo riequilibrio in senso “garantista” dei suoi meccanismi di

⁴⁵ Corte giust. UE, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni. In dottrina, sul tema, v. C. AMALFITANO, [Mandato di arresto europeo: reciproco riconoscimento vs. diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia](#), in questa *Rivista*, 4 luglio 2013, 20 ss.

⁴⁶ Corte giust. UE, 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15, Aranyosi e Caldăraru. In dottrina cfr., al riguardo, G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in [www.osservatorioaic.it](#), 19 luglio 2016, 5 ss.; G. REPETTO, *Ancora su mandato d'arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in [www.diritticomparati.it](#), 19 maggio 2016, 1 ss.

funzionamento, attraverso l'individuazione di effettive modalità di tutela dei diritti fondamentali del ricercato.

La presunzione di fiducia reciproca non è dunque incondizionata, ma è suscettibile di talune, limitate, deroghe, con la conseguente riesplorazione degli spazi di controllo giurisdizionale, ogni qual volta si sia in presenza di fattori distorsivi la cui rilevanza sia tale da rendere inevitabile una deviazione dal "binario" del mutuo riconoscimento.

Sotto altro profilo, tuttavia, è evidente che la Corte sembra voler privilegiare lo strumento dialogico per risolvere i problemi legati al concreto funzionamento delle procedure di cooperazione nello spazio territoriale europeo, ponendo in un rapporto di diretta collaborazione le autorità competenti dei rispettivi Stati membri.

In tal senso, la citata pronuncia sembra arricchire il ventaglio di opzioni sinora disponibili, affiancando al dialogo di tipo pregiudiziale tra Corte di giustizia e giudici interni e a quello, "a distanza", tra Corte di Lussemburgo e Corte EDU, una ulteriore forma di dialogo, quasi "imposta", tra le stesse autorità giudiziarie nazionali. Non soltanto un rapporto dialogico "multidirezionale", pertanto, bensì anche "multimodale"⁴⁷.

Con tale pronuncia, dunque, la Corte di giustizia porta a compimento il disegno avviato con la sentenza "Melloni", chiarendo che i principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca richiedono, per essere messi in discussione, che a venire in gioco sia un valore riconoscibile come equiparato o superiore ad essi, purché però tale riconoscimento sia operato dallo stesso diritto euro-unitario e non autonomamente dai singoli ordinamenti nazionali: un processo di "europeizzazione" dei limiti da porre all'esecuzione del m.a.e., che poggia sulla combinazione tra il richiamo ad un valore guida come quello della dignità umana nell'accezione di cui all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali e, accanto ad esso, quello al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte EDU.

La Corte di cassazione⁴⁸ ha prontamente recepito tali indicazioni, stabilendo che il motivo di rifiuto della consegna di cui all'art. 18, comma 1, lett. h), della legge n. 69 del 2005 – che ricorre in caso di "serio pericolo" che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti – impone all'autorità giudiziaria di esecuzione, in conformità a quanto chiarito dalla Corte EDU (n. 13054 del 2012, *Bujorean c. Romania*; n. 51318 del 2012, *Constantin Aurelian Burlacu c. Romania*; sent. n. 79857 del 2012, *Mihai Laurentiu Marin c. Romania*), di verificare, dopo aver accertato l'esistenza di un generale rischio di trattamento inumano da parte dello Stato membro, se, in concreto, la persona oggetto del m.a.e. potrà essere sottoposta ad un trattamento inumano, sicché a tal fine potrà essere richiesta allo Stato emittente qualsiasi informazione complementare necessaria, anche nella prospettiva di un'adeguata motivazione circa l'eventuale inesistenza del rischio paventato.

⁴⁷ G. ASTA, *cit.*, 16.

⁴⁸ Sez. 6, 1° giugno 2016, n. 23277, Barbu, Rv. 267296.