

Cooperazione giudiziaria in materia penale nell'UE.
Stefano Montaldo - 30 giugno 2015

Il carattere tendenzialmente automatico della cooperazione ed i suoi limiti - Il caso del mandato d'arresto europeo.

Il reciproco riconoscimento e la cooperazione giudiziaria nell'UE: la ricerca di automatismo e rapidità, tra fiducia reciproca ed effettività dei meccanismi di cooperazione.

Aspetti introduttivi

Sin dalle prime esperienze, l'impulso al rafforzamento della cooperazione giudiziaria nell'UE è provenuto dalla consapevolezza di dover reagire alla considerevole capacità di diffusione e radicamento transfrontaliero della criminalità. Il contrasto ai fenomeni delittuosi di rilevanza europea richiedeva l'ideazione e la messa in atto di meccanismi di collaborazione ispirati, per quanto possibile, a **rapidità, automaticità ed efficacia**. La valorizzazione del reciproco riconoscimento, tanto in sede normativa quanto a livello giurisprudenziale, deve essere letta in questa ottica, in quanto capace di assicurare crescente flessibilità alla cooperazione tra autorità statali.

Quale strumento essenziale al conseguimento degli obiettivi posti dal Titolo V TFUE, il reciproco riconoscimento è stato eretto su due pilastri, entrambi orientati all'esigenza di un celere potenziamento della cooperazione giudiziaria: **la fiducia reciproca ed il principio di effettività del diritto dell'Unione europea**.

L'impulso al reciproco riconoscimento per via normativa: il ruolo dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione.

La **fiducia reciproca** è dunque uno dei presupposti essenziali della cooperazione giudiziaria penale nell'UE.

Al riguardo, il legislatore sovranazionale usualmente non cristallizza in una norma a contenuto precettivo l'esigenza di fiducia reciproca tra le autorità nazionali. Esso piuttosto si limita a tradurla in una serie di clausole normative di varia natura e portata, contenute negli atti che applicano il reciproco riconoscimento a singole tipologie di provvedimenti giurisdizionali.

Questo approccio si riflette anzitutto nel **ruolo affidato alle autorità dello Stato emittente e dello Stato di esecuzione**. Tutti gli atti UE in materia ruotano infatti attorno ad un perno centrale: il duplice **obbligo in capo allo Stato richiesto di riconoscere** e successivamente **eseguire** il provvedimento giurisdizionale emesso dall'autorità di un altro Stato membro. In via di principio, in assenza di cause ostative o ragioni che giustifichino un diniego dell'esecuzione, le autorità nazionali sono tenute a dare séguito al provvedimento emesso all'estero, **in maniera automatica** e, soprattutto, **senza dover rispettare formalità aggiuntive**. Esse inoltre sono chiamate a porre in essere **tutte le misure e le condotte necessarie a garantire che l'obbligo di cooperazione sia ottemperato con diligenza, efficacia e rapidità**.

Questa impostazione implica una **forte assunzione di responsabilità da parte dell'autorità emittente**, sia sull'opportunità di formulare la richiesta di cooperazione, sia in ordine alla valutazione delle eventuali condizioni che possano ostacolare l'attuazione della decisione giurisdizionale. Una volta trasmesso il provvedimento, lo Stato richiesto, fatte salve le verifiche

preliminari sulla sussistenza di eventuali cause di non esecuzione disciplinate nell'atto UE di riferimento (v. infra), dovrebbe darvi séguito, osservandone strettamente il contenuto.

La centralità del ruolo dello Stato emittente è poi rafforzata dal fatto che **solo ad esso è consentito un giudizio sull'opportunità sostanziale dell'emissione** di una richiesta di cooperazione in una determinata fattispecie. La valutazione sulla rilevanza della questione in relazione alla quale si solleciti il coinvolgimento di un altro Stato membro non è dunque di regola gravata da limiti o condizioni ulteriori.

Giurisprudenza italiana: **Cass. pen., sez. VI, n. 12835, del 19 marzo 2013**: cittadino italiano indagato in Germania per truffa. Corte d'appello rifiuta la consegna ritenendo non adeguata l'individuazione dei comportamenti ascrivibili all'indagato. Se l'autorità giudiziaria di un Paese Ue emette un mandato di arresto indicando le evidenze fattuali a carico della persona di cui si chiede la consegna quest'ultima non può essere rifiutata dallo Stato di esecuzione sul presupposto che mancano elementi sufficienti a provare i comportamenti ascrivibili all'indagato. **La gravità indiziaria non può essere sindacata dalle autorità dello Stato di esecuzione**, che devono unicamente verificare, in base all'articolo 6 della legge 22 aprile 2005 n. 69, che l'autorità giudiziaria dello Stato emittente abbia indicato le evidenze fattuali a carico della persona di cui si richiede la consegna.

L'assenza di formalità ulteriori rispetto a quanto stabilito dalla decisione quadro (e dalla legge di recepimento): **Cass. pen., Sez. VI, n. 14759, del 29 marzo 2013**: consentita l'esecuzione e la consegna anche se il mandato di arresto europeo trasmesso da un'autorità di un altro Stato membro **non include il provvedimento restrittivo** della libertà personale, ma la **segnalazione del SIS**, che contenga tutti gli elementi identificativi, inclusi i fatti che costituiscono reato. Quest'ultima è sufficiente a realizzare le condizioni previste dall'articolo 6 della legge 22 aprile 2005 n. 69, che specifica il contenuto del mandato europeo nella procedura passiva di consegna. Ma v. art. 6, comma 3. Approccio sostanzialistico.

Cass. pen., sez. VI, n. 16117, del 27 aprile 2012: Corte d'appello di Venezia conferma la consegna di un soggetto richiesto dalle autorità bulgare ai fini dell'esecuzione di una condanna. Il mandato **indica la pena inflitta e non quella da eseguire** e viene proposto ricorso per Cassazione. La Cassazione puntualizza che, nella procedura passiva, è necessario e sufficiente specificare la pena inflitta e che essa sia superiore nel minimo a quattro mesi, senza alcuna previsione sull'effettiva pena da eseguire.

Un ulteriore fattore normativo rilevante è rappresentato dalla scelta – molto discussa ed oggetto di accese controversie in sede costituzionale e dinnanzi alla Corte di giustizia – di **abolire parzialmente il requisito della doppia incriminazione**, tradizionale caposaldo della cooperazione giudiziaria a livello internazionale, in forza del quale eventuali richieste di collaborazione sono accolte solo nella misura in cui gli stessi fatti siano ritenuti penalmente rilevanti anche nell'ordinamento dello Stato di esecuzione.

Altra regola aurea dei meccanismi di cooperazione connessi al reciproco riconoscimento comporta che **l'attività di esecuzione sia regolata dalle norme dello Stato richiesto**. Questa scelta risponde alla logica esigenza di rispettare la sovranità dello Stato di esecuzione ed il principio di territorialità, ma in tutta evidenza si riflette anche sul più rapido svolgimento delle relative procedure. Ciò comporta inoltre che le autorità richieste godono in via di principio di piena ed esclusiva potestà sia nella conduzione dell'*iter*, sia nella valutazione degli elementi che possano fraporsi al riconoscimento ed all'esecuzione del provvedimento straniero.

La regola per la quale l'attività di esecuzione segue il regime previsto dall'ordinamento dello Stato richiesto trova peraltro **alcune eccezioni** non secondarie, che manifestano un chiaro *favor integrationis* in ipotesi in cui, alla luce delle caratteristiche del sistema penale interno, la cooperazione patirebbe altrimenti un limite invalicabile.

L'esempio elettivo in materia è costituito dalla cooperazione in materia di raccolta delle prove: la **direttiva sull'ordine di indagine europeo**, infatti, pur prevedendo l'applicazione del regime normativo dello Stato di esecuzione, dispone altresì che debbano essere rispettate tutte le **formalità e le procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione**, a meno che esse non contrastino con disposizioni della direttiva stessa o con principi fondamentali dell'ordinamento interno. L'aspetto interessante di questa previsione, che ricalca quanto già disposto dalla previgente decisione quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove, è la **natura di fatto incondizionata di questo obbligo, che risulta mitigato solo in ipotesi di patente contrasto con il diritto dello Stato di esecuzione** e che può dunque determinare l'applicazione in sede nazionale di regole sull'assunzione delle prove proprie di un altro ordinamento.

Da ultimo, la centralità dell'operato dello Stato emittente, nella logica del reciproco riconoscimento, si riscontra nel campo dei **rimedi giurisdizionali avverso la decisione oggetto di richiesta di cooperazione**. Il presupposto della fiducia reciproca, infatti, impone allo Stato di esecuzione di fare pieno affidamento sulla capacità dello Stato richiedente di assicurare la legittimità del provvedimento e delle conseguenze afflittive per il soggetto interessato, in uno con la tutela dei diritti fondamentali. Come evidenziato dalla Corte di giustizia, infatti, «è proprio nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato membro emittente che le persone oggetto di un mandato di arresto europeo possono esperire gli eventuali mezzi di impugnazione che consentono di contestare la legittimità dell'azione penale o dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza privative della libertà oppure del procedimento penale di merito che ha condotto a detta pena o misura». La fiducia reciproca implica pertanto che ogni doglianza sulla sostanza del provvedimento giurisdizionale del quale si solleciti il riconoscimento o sulla portata delle misure che esso irroga debba essere indirizzata allo Stato di emissione, mentre dinnanzi all'autorità di esecuzione possono essere formulati solo rimedi incentrati su profili procedurali legati all'operato dell'autorità stessa.

Fiducia reciproca ed automaticità nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il tema della **fiducia reciproca** costituisce un vero e proprio **leitmotiv della giurisprudenza di Lussemburgo in materia di reciproco riconoscimento**.

In questa prospettiva, l'elaborazione del concetto e la sua traduzione nel convincimento della Corte è in larga parte debitrice della giurisprudenza consolidatasi negli anni in relazione al *ne bis in idem* transnazionale, di cui all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS).

Nella **sentenza Gözütok e Brügge**, la prima pietra miliare in tema di divieto di doppio giudizio europeo, la Corte di giustizia ha chiaramente statuito che «il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS [...] **implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale** e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse». La fiducia richiesta attiene a due livelli distinti: l'affidamento sull'operato dell'autorità omologa e sulle informazioni da questa eventualmente trasmesse; la fiducia rispetto al sistema penale straniero nel suo complesso, all'adeguatezza degli istituti processuali che lo caratterizzano, all'idoneità delle sanzioni, alla capacità di tutelare in misura soddisfacente i diritti fondamentali.

Occorre d'altra parte rilevare come la Corte non si sia mai arresa a delinearne con maggiore puntualità portata e significato. Quasi paradossalmente, una delle pietre fondative della

giurisprudenza della Corte sulla cooperazione giudiziaria soffre in realtà di **un'elaborazione concettuale povera**, confinata alle dichiarazioni di principio.

[**approfondimento**]

La lacuna è stata solo **parzialmente ovviata dalle conclusioni degli avvocati generali**, che in alcune occasioni hanno tentato una ricostruzione dogmatica della nozione. E' possibile in particolare individuare **due distinte accezioni**, l'una maggiormente formale e non priva di risvolti riduttivi, l'altra dichiaratamente ambiziosa.

Nel primo caso, la **fiducia reciproca è stata considerata un sinonimo del principio del reciproco riconoscimento**, in quanto tale dotata di una posizione preminente nell'ordinamento UE, ma priva di una propria autonomia concettuale. L'avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni alla causa *Gasparini*¹²⁵, in tema di *ne bis in idem*, ha espresso il convincimento che «si tratti di **denominazioni diverse dello stesso principio**». Prospettando tale equazione, l'avvocato generale ha di fatto tirato le somme dalle evidenze desumibili dalla giurisprudenza della Corte, nella quale fiducia e riconoscimento reciproci, se non sinonimi, sono inscindibilmente avvinti da un legame di quasi-automaticità e consequenzialità. Eppure, questa visione non appare del tutto soddisfacente, poiché pone sullo stesso piano l'aspirazione alla quale devono tendere gli Stati e la sua traduzione in obblighi e meccanismi giuridici.

Nella seconda accezione, l'avvocato generale Jarabo Colomer ha valorizzato la **differente portata dei due concetti**, individuando nel patrimonio di tradizioni culturali e giuridiche che accomuna gli Stati membri l'elemento primigenio della fiducia reciproca, oggi alimentato dai principi e valori che le singole componenti dell'Unione condividono anche al di là del progetto europeo. Queste radici comuni, nell'opinione dell'avvocato generale, hanno costituito l'impulso verso la creazione del mercato interno e formano il sostrato che supporta – e da cui consegue – il reciproco riconoscimento in materia penale.

Questa visione di ampio respiro consente di **collocare la fiducia reciproca sul piano dei principi ispiratori del sistema**, capace di orientare a livello generale l'operato degli attori coinvolti. Da una simile lettura **deriva che essa sussiste anche allorquando, in concreto, le autorità degli Stati membri non siano animate da reale fiducia sull'altrui ordinamento o attività**. Se infatti tale affidamento fosse valutato in concreto, occorrerebbe prendere coscienza dell'impraticabilità di forme di cooperazione giudiziaria avanzata nello spazio giudiziario europeo, poiché è difficile immaginare che le autorità interne accolgano spontaneamente e senza riserva alcuna l'operato di giudici stranieri o l'applicazione di norme di altri ordinamenti. In questa ottica, la fiducia diviene una precondizione del reciproco riconoscimento che non può essere facilmente posta sotto pressione o limitata a discapito della cooperazione giudiziaria: anche laddove le singole autorità coinvolte non ne siano concretamente animate, esse sono comunque chiamate e riconoscere ed eseguire il provvedimento straniero, a meno che non sussistano elementi ostativi specifici e di natura tecnica, espressamente consacrati dalla normativa europea.

Gli strumenti normativi che incentivano il carattere automatico del riconoscimento e dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri. L'esempio della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo.

La tendenza a prediligere meccanismi di cooperazione di carattere automatico, capaci di assicurare rapidità ed effettività, ben si evidenzia nella decisione quadro che disciplina il mandato d'arresto europeo, l'atto che ad oggi ha riscontrato il maggior successo operativo ed ha al contempo generato la più imponente mole di contenzioso. La decisione quadro in questione, in particolare, promuove queste priorità attraverso tre principali soluzioni normative.

In primo luogo, la decisione quadro prevede una rigorosa tabella cronologica, improntata al criterio in base al quale, a norma dell'art. 17, par. 1, «un mandato d'arresto europeo deve essere trattato ed eseguito con la massima urgenza». Più precisamente, l'art. 17 impone che l'adozione della decisione definitiva sull'esecuzione del mandato sia adottata entro il termine massimo di dieci o sessanta giorni, a seconda che il soggetto coinvolto acconsenta alla propria consegna all'autorità straniera o meno. Nel primo caso, il termine decorre da quando l'assenso è stato comunicato allo Stato richiesto, mentre nell'altra ipotesi il *dies a quo* diviene l'arresto del ricercato. L'autorità

giudiziaria può beneficiare di una proroga di trenta giorni, ma solo in situazioni che giustificano tale dilazione e previa comunicazione delle relative ragioni allo Stato membro emittente.

Questa rigida scansione temporale comporta che il dialogo fra le autorità coinvolte si limiti a quanto strettamente necessario per la compiuta definizione della procedura, sulla base del formulario allegato alla decisione quadro: da un lato, l'autorità emittente è incentivata a trasmettere tutte le informazioni rilevanti e ad omettere quesiti ulteriori; dall'altro lato, il giudice di esecuzione potrà focalizzare il proprio intervento sulle sole verifiche essenziali a statuire sull'accoglimento o sul rigetto della richiesta di cooperazione.

A riprova della rilevanza di questo aspetto, la Corte di giustizia, recentemente sollecitata sul punto, ha confermato alla base della procedura di consegna il criterio della celerità, presidiato dall'art. 17 della decisione quadro. Nella **sentenza *Jeremy***, infatti, il Giudice dell'Unione ha anzitutto ribadito che **la proroga di trenta giorni per l'emissione della decisione definitiva sull'esecuzione del mandato** può essere ammessa **solo in presenza di situazioni eccezionali**. Inoltre, la Corte ha subordinato al rispetto del disposto dell'art. 17 le ulteriori decisioni – ed i relativi termini – che la decisione quadro rimette in capo all'autorità dell'esecuzione. Questa norma rappresenta dunque il **riferimento ultimo e inderogabile** per l'espletamento della procedura di consegna. Nel caso di specie, in particolare, venivano in rilievo gli artt. 27 e 28 della decisione quadro, che invitano il giudice dello Stato di esecuzione a manifestare il consenso affinché il soggetto consegnato in virtù di un mandato d'arresto sia sottoposto nello Stato emittente ad altre azioni penali o misure restrittive della libertà, oppure sia a sua volta destinato ad altri Stati che ne abbiano sollecitato l'estradizione o la consegna ai sensi della decisione quadro. In entrambi i casi, a norma degli articoli in questione, il giudice dell'esecuzione è chiamato a formulare tale assenso entro trenta giorni dalla richiesta. Un eventuale ricorso sospensivo previsto dalla normativa nazionale contro le decisioni indicate agli artt. 27 e 28 deve in ogni caso essere azionato nel rispetto dei termini previsti all'art. 17 ai fini dell'adozione di una decisione definitiva.

Giurisprudenza italiana:

Cass. pen., sez. VI, n. 821, del 17 gennaio 2011: la richiesta di informazioni integrative presentata dalla Corte di appello a uno Stato Ue prima di dare seguito all'esecuzione del mandato di arresto europeo da parte delle autorità italiane implica l'applicazione della proroga del termine di altri 30 giorni rispetto all'usuale periodo di esecuzione fissato in 60 giorni: se i giudici di appello chiedono **ulteriori informazioni** prima di eseguire il mandato di arresto **deve essere concessa la proroga di 30 giorni** perché la richiesta in informazioni integrative **rientra nelle cause di forza maggiore che giustificano un allungamento dei termini** secondo l'articolo 17, comma 2. Discutibile.

Cass. pen., sez. VI, n. 46165 del 7 novembre 2014: mandato d'arresto emesso da autorità tedesche ai fini dell'esecuzione di misura cautelare. Corte d'appello proroga la misura in attesa di **informazioni aggiuntive** richieste alle autorità tedesche. Mancato rispetto dei termini (proroga peraltro prevista solo per casi eccezionali), di conseguenza la misura cautelare non può essere mantenuta.

In secondo luogo, rileva l'elenco di 32 fattispecie per le quali l'autorità di esecuzione è esonerata dalla verifica del rispetto della doppia incriminazione. Questa scelta ha generato accese controversie giudiziarie, principalmente imperniate sulla lamentata violazione del principio di legalità. Il controllo *ope legis* del principio della doppia incriminazione determina infatti la possibilità che uno Stato debba eseguire un mandato emesso in relazione ad una condotta non considerata penalmente rilevante nell'ordinamento interno, oppure qualificata con un differente *nomen juris*, espressione di un minor disvalore giuridico. Per di più, come è stato eccepito dinnanzi alla Corte di giustizia in occasione della controversia *Advocaten voor de Wereld*,

l'elencazione consacrata nella decisione quadro si riassume in una vaga indicazione del *genus* criminoso, senza ulteriori elementi definatori e specificazioni di sorta, a discapito della certezza del diritto e della tassatività e determinatezza del diritto penale, anch'esse aspetti corollari del principio di legalità.

Merita ricordare come **nel testo finale della decisione quadro non sia stata accolta l'idea di una "lista negativa"** originariamente prospettata nell'articolato dalla Commissione europea, in sede di iniziativa normativa: l'articolo 27 della proposta, infatti, prevedeva la possibilità che ogni Stato presentasse una lista esaustiva di condotte qualificate come reato solo in alcuni sistemi penali nazionali, in relazione alle quali l'eventuale esecuzione di un mandato d'arresto avrebbe determinato la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto e avrebbe dunque potuto essere negata. Questa ipotesi avrebbe dunque consentito ampi margini di flessibilità in favore dello Stato di esecuzione, a discapito di un uniforme e coerente sistema di reciproco riconoscimento.

Orientamento Cass. pen.: **per assicurare il rispetto del principio della doppia punibilità non è necessario che lo schema astratto della norma incriminatrice dell'ordinamento straniero "trovi il suo esatto corrispondente in una norma italiana dell'ordinamento italiano". E' sufficiente, infatti, che la concreta fattispecie sia punibile in entrambi gli ordinamenti senza che vi sia una corrispondenza formale.**

Un ultimo fattore normativo di agevolazione del reciproco riconoscimento è costituito dalla previsione di un numero definito e circoscritto di motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto: la decisione quadro ne prevede infatti **tre di natura obbligatoria ed ulteriori di portata facoltativa**. L'opzione per la codificazione delimita la sfera di intervento dell'autorità di esecuzione, che ne deriva un vincolo stringente quanto ai controlli che può effettuare ed alle ragioni che è legittimata ad opporre allo Stato di emissione.

Lo schema normativo tripartito ora descritto è stato in generale applicato dal legislatore europeo nelle fonti che hanno seguito l'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e che, in un'ottica di completamento del sistema inaugurato dall'atto del 2002, abbracciano un ventaglio di provvedimenti giudiziari che intervengono nell'intero corso processuale, sino alla sentenza definitiva.

Giurisprudenza italiana: **Cass. pen., Sez. VI, n. 40984, del 5 dicembre 2013**: MAE nei confronti di un cottadino rumeno con comprovati legami personali e sociali in Italia. Chiede di poter eseguire la condanna in Italia e la Corte d'appello accoglie. Successivamente propone ricorso per Cassazione, lamentando che la sentenza di condanna in Romania fosse stata pronunciata *in absentia*. La Cassazione ritiene il ricorso inammissibile per due ragioni:

- 1) nei casi di esecuzione di mandati di arresto europei non si pone in alcun modo un problema di riconoscimento della sentenza straniera, che deriva necessariamente dalla decisione quadro
- 2) il ricorrente **non aveva interesse ad agire** in ragione dell'accettazione implicita della sentenza rumena nel momento in cui il condannato aveva richiesto di scontare la pena in Italia

Ad esempio, per quanto riguarda la fase procedimentale, rileva la decisione quadro **2008/829/GAI**, che disciplina il riconoscimento delle **decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare**. Lo Stato di esecuzione è tenuto ad onorare **l'obbligo aggiuntivo della sorveglianza sul soggetto coinvolto**, ma le peculiarità della fase cautelare incidono significativamente sulle relative procedure, che si connotano per maggiore semplicità e speditezza. Il termine per l'adozione della decisione sul riconoscimento è infatti di regola fissato in venti giorni lavorativi, con l'espressa sollecitazione a **concludere la procedura «il più presto possibile»** ed a provvedere «senza indugio» agli adempimenti necessari ad avviare l'attività di sorveglianza.

Inoltre, l'art. 13 enumera le fattispecie per le quali il riconoscimento delle misure cautelari non è subordinato alla verifica della doppia incriminazione, ricalcando *in toto* l'impostazione della decisione quadro 2002/584/GAI.

Parimenti, la celerità ed il carattere tendenzialmente automatico del riconoscimento sono favoriti dalla previsione di una lista tassativa di motivi di rifiuto, che per di più hanno natura esclusivamente facoltativa.

I limiti del reciproco riconoscimento nella cooperazione in materia penale.

Il reciproco riconoscimento – e con esso la fiducia tra le autorità nazionali – non costituisce un principio giuridico assoluto, come peraltro la Corte di giustizia stessa ha precisato.

Molteplici fattori di varia natura ed incisività concorrono infatti a mitigarne la portata, imponendo un bilanciamento tra l'avanzamento del processo di integrazione ed ulteriori interessi di pari rilevanza. Operando uno sforzo di sistematizzazione, appare possibile ripartire i confini del reciproco riconoscimento in tre distinte categorie.

I limiti di carattere normativo.

I limiti normativi all'operatività del reciproco riconoscimento rispondono in massima parte alla necessità di assicurare prevalenza a taluni **interessi prioritari degli Stati membri o degli individui coinvolti**, altrimenti soffocati dalla portata dirompente del principio.

Ci si può interrogare su tre passaggi: l'eventuale incisività del giudizio sull'equivalenza delle soluzioni normative nazionali; le clausole normative che concretizzano l'attenzione del Parlamento e del Consiglio per gli ordinamenti nazionali e i diritti fondamentali dell'individuo; l'eventuale sussistenza di una regola *de minimis*, che, espressiva del principio di proporzionalità, consenta di circoscrivere la portata operativa degli atti sul reciproco riconoscimento alla sola casistica di maggiore rilevanza.

Il criterio dell'equivalenza.

Nonostante il processo di integrazione europea e la comune appartenenza al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anch'esso efficace impulso al ravvicinamento degli ordinamenti nazionali verso un patrimonio comune di principi e regole condivisi, il diritto penale assume più di altre multifforme declinazioni a livello nazionale.

Occorre però ricordare che, nell'opinione del Giudice dell'Unione, il dovere di riconoscere ed eseguire il provvedimento giurisdizionale straniero non è formalmente subordinato ad una previa attività normativa che consenta il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali. La Corte ha inoltre sempre sottolineato che il provvedimento giurisdizionale straniero deve essere riconosciuto ed eseguito indipendentemente dagli esiti ai quali un diverso regime processuale o sostanziale dello Stato emittente ha condotto.

Ciò sarebbe *icto oculi* sufficiente a negare la necessità, l'opportunità o la rilevanza di un controllo sull'equivalenza degli effetti della decisione sulla quale verta la richiesta di cooperazione. Anche in assenza di una reale comparabilità tra due sistemi, opererebbe comunque una presunzione di equivalenza in astratto, di portata sistematica, così come avviene di regola nel mercato interno.

Occorre d'altra parte interrogarsi sulla natura della citata **presunzione di equivalenza**. In effetti, il problema dell'introduzione di un più puntuale giudizio di comparabilità degli esiti processuali e sanzionatori connessi a differenti normative statali è stato indirettamente sollevato dinanzi alla Corte di giustizia dall'**avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni presentate nella causa Gasparini**, con riferimento allo specifico caso dei provvedimenti dichiarativi della prescrizione del reato. In simili situazioni, infatti, secondo l'avvocato generale, la statuizione del

giudice straniero non comporta un accertamento sul merito delle condotte per le quali si è proceduto e non dovrebbe dunque essere considerata idonea a sbarrare il passo ad ulteriori iniziative processuali, che possano giungere ad una valutazione più approfondita e dunque ad un esito differente, per non dire più soddisfacente in termini di giustizia sostanziale. La Corte non ha tuttavia supportato questa lettura.

Un approccio almeno parzialmente diverso si riscontra nei singoli atti di diritto derivato che applicano il reciproco riconoscimento a specifiche tipologie o categorie di provvedimenti giurisdizionali. In questo contesto, infatti, il legislatore europeo ha in molte occasioni inserito meccanismi o istituti che consentano un maggior bilanciamento tra l'esigenza di rafforzare la cooperazione ed il rispetto per gli istituti sostanziali e processuali vigenti negli ordinamenti interni.

Si evidenziano così, da un lato, **talune disposizioni che impongono un obbligo di cooperazione assoluto o quanto meno rafforzato**, che non trova dunque limite nell'equivalenza dei sistemi penali interessati. Il caso emblematico concerne la **decisione quadro 2005/214/GAI** sul riconoscimento delle **pene pecuniarie**, il cui art. 9, par. 3, prevede che lo Stato di esecuzione dia séguito anche alle **misure comminate nei confronti di persone giuridiche**, anche qualora nell'ordinamento nazionale non siano disciplinate forme di responsabilità penale in capo agli enti.

Lo stesso si dica per la decisione quadro relativa al riconoscimento delle **decisioni di confisca**, che presenta una disposizione analoga all'art. 12, par. 3. Allo stesso tempo, le decisioni quadro sul riconoscimento delle misure alternative alla custodia cautelare e sui provvedimenti di sospensione condizionale della pena prevedono che l'esecuzione possa essere affidata anche ad organismi non giudiziari, se prescritto dalle norme nazionali ed anche se nello Stato emittente analoghe decisioni siano riservate ad autorità togate¹⁷⁵.

Dall'altro lato, lo Stato di esecuzione e lo Stato di emissione sono **spesso legittimati a condurre una valutazione sull'equivalenza delle altrui norme penali sostanziali e processuali, potendo eventualmente orientare la richiesta di cooperazione in senso conforme al proprio ordinamento**. Nella maggior parte delle ipotesi questo potere è accordato allo Stato richiesto, per la natura stessa dell'attività che è chiamato a svolgere e per le frizioni tra diversi sistemi giuridici che questa può comportare. In quest'ottica trovano spiegazione le previsioni che subordinano l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale ad una sua previa rimodulazione o modifica, necessaria a scongiurare la violazione del principio di legalità.

Ad esempio, **se la pena pecuniaria irrogata all'estero supera l'apice della cornice edittale** previsto a livello nazionale e se la condotta per la quale si è proceduto ricade almeno in parte sotto la giurisdizione dello Stato richiesto, **l'autorità di esecuzione può ridurla** sino a tale ammontare massimo. Analoghe previsioni si riscontrano per ulteriori tipologie di decisioni giurisdizionali, ad esempio in tema di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive alla detenzione o di ordine di protezione. In quest'ultimo caso, però, tale possibilità opera esclusivamente a beneficio del soggetto coinvolto, in quanto il criterio dell'equivalenza non può valere a peggiorare la situazione della persona sottoposta a procedimento penale.

Talvolta, il legislatore europeo subordina espressamente ed in maniera perentoria il compimento di meccanismi di cooperazione ad una previa verifica di equivalenza, ad esempio nel caso in cui una **pena pecuniaria** non possa essere eseguita per **incapienza del condannato** e lo Stato di esecuzione voglia sostituirla con un periodo di detenzione, o laddove si intenda sostituire un provvedimento di confisca con il pagamento per equivalente. In entrambe le situazioni, l'autorità di esecuzione può procedere **solo se le norme nazionali consentono in via generale, per situazioni simili, tale esito**. Un approccio similare si riscontra nelle ipotesi in cui l'autorità di

esecuzione è legittimata a sostituire istituti richiamati dallo Stato di emissione, ma non disciplinati nell'ordinamento nazionale, nonché laddove lo Stato di esecuzione è più in generale chiamato ad applicare alla richiesta di cooperazione tutte le norme alle quali ricorrerebbe in casi analoghi a livello nazionale.

Specularmente, **in un novero più circoscritto di situazioni, anche lo Stato di emissione beneficia della possibilità di invocare un certo grado di comparabilità** fra il proprio ordinamento ed il sistema penale dello Stato di esecuzione. Alcune decisioni quadro, ad esempio, come poc'anzi indicato, permettono all'autorità richiedente di **revocare il certificato** che accompagna il provvedimento del quale si sollecita il riconoscimento. Questa possibilità è riconosciuta in particolare nel momento in cui le norme degli Stati siano ritenute eccessivamente divergenti o se l'autorità di esecuzione, nell'adattare la decisione alle caratteristiche del proprio sistema penale, si discosti eccessivamente dall'impostazione originaria.

Ad una visione di insieme, in definitiva, numerose previsioni presuppongono un giudizio di comparabilità, frapponendo così alla cooperazione il limite di questa verifica. Tuttavia, **solo in rare occasioni l'equivalenza costituisce una condizione inderogabile per la cooperazione giudiziaria** e nella maggior parte dei casi essa appare confinata ad ambiti ed istituti molto specifici, che non intaccano nel complesso i meccanismi disciplinati dalle norme europee.

In quest'ottica, si ritiene di poter ricollegare all'equivalenza tre finalità elettive: essa mira in primo luogo a veicolare e **rafforzare la fiducia** tra le autorità nazionali, smussando i principali punti di frizione o frattura tra gli ordinamenti nazionali. In secondo luogo, la comparabilità degli ordinamenti si rivela spesso **funzionale al corretto svolgimento delle procedure di cooperazione**, poiché scongiura che la frammentazione degli ordinamenti nazionali determini ostacoli pratici o ponga sotto pressione principi essenziali del diritto penale sostanziale e processuale nazionale. Infine, essa si risolve in un **criterio ordinatore delle funzioni rispettivamente attribuite alle autorità che intervengono nella procedura di riconoscimento ed esecuzione**, modulate in maniera diversa a seconda dell'incisività delle conseguenze di una decisione sugli ordinamenti interni. Da limite alla cooperazione, pertanto, l'equivalenza si dimostra un principio capace di alimentare il compimento dei meccanismi di cooperazione.

Il principio di proporzionalità: la delimitazione del campo applicativo del reciproco riconoscimento alle sole situazioni di particolare gravità o rilevanza.

Le istituzioni europee hanno in più occasioni precisato che la produzione normativa dell'Unione in materia penale dovrebbe costituire **un *quid pluris* rispetto agli ordinamenti nazionali**, allo scopo di rafforzare la prevenzione ed il contrasto di fenomeni criminosi di portata transfrontaliera e di particolare gravità. Così, l'adozione di norme minime su singole fattispecie penali o l'approvazione di atti nel settore processuale dovrebbero rispondere all'esigenza di **assicurare un «valore aggiunto» all'azione dell'Unione**. Un «valore aggiunto» dunque sia rispetto alle altre politiche previste dai Trattati, sia rispetto all'operato degli Stati.

Questa premessa solleva un interrogativo riguardante l'ambito di operatività degli atti europei sulla cooperazione penale: se essi devono rappresentare uno strumento volto a rafforzare il sostrato normativo preesistente, ci si chiede se la loro applicazione non debba essere circoscritta alle sole ipotesi di accentuata gravità. In altri termini, **occorre valutare se, come in altri settori, disciplina della concorrenza *in primis*, sussista una regola *de minimis*** che imponga di scongiurare l'attivazione dei meccanismi di cooperazione per fattispecie o situazioni bagatellari. Più correttamente, declinando il quesito secondo canoni propri dell'ordinamento UE e sulla base di categorie funzionali alla presente trattazione, bisogna considerare se l'operatività del reciproco riconoscimento **sia o debba essere sottoposta ad una previa verifica di proporzionalità**.

Da un lato, un controllo di proporzionalità concorrerebbe a neutralizzare le discrasie che possono derivare dalle multiformi scelte di criminalizzazione e sanzione avvalorate in sede nazionale per reati minori; dall'altro lato, esso consentirebbe di **focalizzare le risorse** – economiche, umane, strumentali e di tempo – sulle situazioni che realmente incarnino un grave nocimento all'ordine pubblico a livello transfrontaliero.

A questo riguardo, peraltro, la prassi evidenzia talune criticità, ad esempio palesate da un controverso e piuttosto considerevole novero di casi in cui una richiesta di cooperazione è stata trasmessa in relazione a **fatti criminosi di dubbia rilevanza**, quali il furto di una bicicletta o di altri beni di modico – se non irrisorio – valore, come alcuni ortaggi o del pollame. Se tali situazioni ben evidenziano l'essenza dello spazio giudiziario europeo comune, nel quale potenzialmente ogni autorità nazionale concorre al contrasto della criminalità, al contempo esse **mal si attagliano in tutta evidenza all'idea di una regola *de minimis***.

A conferma della particolare urgenza e diffusione di questo problema, in occasione dell'ultima valutazione periodica sull'attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, la **Commissione europea ha fortemente rimarcato l'urgenza di porre rimedio alla mancanza di un espresso criterio di proporzionalità**, in special modo riconoscendo un decisivo ruolo di filtro all'autorità emittente. Secondo la Commissione, infatti, **prima di emettere un mandato occorrerebbe considerare numerosi aspetti, inclusa la gravità del reato, la durata della pena, la disponibilità di alternative meno onerose**, tanto per la persona ricercata quanto per l'autorità di esecuzione, anche alla luce di un'analisi dei relativi costi e benefici.

Nella consapevolezza del ruolo strategico dello Stato richiedente e delle criticità evidenziate nella prassi, **il Consiglio ha provveduto a rivedere il manuale sul mandato d'arresto**, per l'appunto **includendovi il richiamo ad una previa verifica di proporzionalità**, condotta sulla base di un'accorta ponderazione di criteri oggettivi su base casistica, anche rispetto ad eventuali alternative di minore impatto e dispendiosità. E' appena il caso di rilevare, a questo proposito, come l'iniziativa del Consiglio abbia di fatto determinato una malcelata riforma della decisione quadro: sebbene sollecitata da ragionevoli esigenze di sistema, questa soluzione appare piuttosto criticabile quanto al *modus procedendi*, stigmatizzato in dottrina per la sostanziale violazione del principio di legalità, ma in verità pienamente – e forse paradossalmente – condiviso dalla Commissione nella citata relazione del 2011 sull'attuazione del mandato d'arresto.

L'esigenza di una valutazione di proporzionalità è stata indirettamente evidenziata anche dalla Cassazione, ad esempio:

- **Cass. pen., sez. VI, n. 21988/13, del 22 maggio 2013**: la sentenza riguarda il rifiuto di eseguire un mandato d'arresto spiccato nei confronti di un cittadino rumeno stabilmente residente in Italia e padre di un minore a suo totale carico. La Corte, nell'applicare il motivo di rifiuto previsto a favore dei residenti sul territorio nazionale, rileva *incidenter tantum* che, in ogni caso, la situazione **non presentava una particolare urgenza punitiva**, stante il fatto che il reato per il quale era intervenuta la condanna in Romania era il furto di alcune galline. E' interessante rilevare come la Corte ricollegghi la possibilità di tale valutazione di proporzionalità al ruolo dell'autorità di esecuzione e non a quella emittente.

- **Cass. pen., SS.UU., n. 2850, del 28 novembre 2013**: nota per aver posto fine ad una lunga diatriba circa l'autorità competente alla statuizione sull'emissione di un mandato disposto per l'esecuzione di una misura cautelare (GIP o **giudice procedente**? Dubbio risolto a favore del secondo). La Corte, nel motivare la competenza funzionale del giudice procedente, ha altresì puntualizzato che quest'ultimo è **nella miglior posizione per valutare l'*an debeat***, che nella prassi applicativa risulta essere molto diversa, a seconda dello Stato membro interessato e

dell'autorità che procede, non può prescindere dal fatto che **l'emissione del mandato d'arresto è comunque soggetta al rispetto dei limiti generali di ragionevolezza e proporzionalità.**

Quanto al **dato normativo** positivo, l'analisi delle decisioni quadro e delle direttive adottate in materia di cooperazione penale permette di evidenziare come il legislatore dell'Unione abbia tentato di cristallizzare clausole volte a delimitare la portata del reciproco riconoscimento ad una valutazione sulla gravità delle condotte criminose per le quali si proceda.

Particolare importanza riveste l'**art. 2 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo**, a mente del quale l'applicazione dell'istituto è riservata alle sole fattispecie punite in sede nazionale con una **pena** massima non inferiore a dodici mesi di reclusione, purché sia stata in concreto irrogata una pena detentiva pari ad almeno quattro mesi. Il limite edittale minimo sale a tre anni per i reati rispetto ai quali è omessa la verifica della doppia incriminazione. In questo modo, il legislatore dell'Unione ha implicitamente improntato l'attivazione di un meccanismo di consegna ad una valutazione sulla gravità – e dunque sulla proporzionalità – delle vicende occorse rispetto agli sforzi richiesti.

Un giudizio che dunque viene condotto prima dell'emissione della richiesta di consegna e, pertanto, rappresenta un **limite “a monte” al campo operativo** del reciproco riconoscimento, motivato dalle già ricordate esigenze di razionalizzazione del sistema. Ciò che appare più rilevante, in questo contesto, è la **scelta di non attribuire analogo potestà decisionale all'autorità di esecuzione**, così sottraendo il completamento della procedura di consegna all'alea di un ulteriore test sull'opportunità di dare séguito al mandato d'arresto. Ne consegue, in definitiva, un'impostazione di accentuato favore per il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e per l'effettività del reciproco riconoscimento.

L'introduzione di un obbligo in capo all'autorità emittente di valutare in via preliminare la necessità e proporzionalità della richiesta di cooperazione consente di scongiurare l'attivazione di complessi meccanismi interstatali per questioni di rilevanza bagatellare. **Ne costituiva un esempio elettivo la decisione quadro del 2008 sul mandato europeo di ricerca delle prove**, il cui articolo 7, lett. a), subordinava l'emissione del mandato al fatto che «ottenere gli oggetti, i documenti o i dati richiesti [fosse] necessario e proporzionato ai fini dei procedimenti di cui all'articolo 5». Nello stesso solco, la più recente direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, che ha sostituito la citata decisione quadro per gli Stati che ne sono vincolati, prevede all'art. 6, lett. a), che la richiesta di cooperazione debba essere trasmessa **solo se «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento» e rispettosa dei diritti dell'indagato o imputato**. La disciplina europea sulla circolazione delle prove inserisce peraltro un elemento di **novità**, poiché **consente all'autorità di esecuzione di optare per il mezzo di acquisizione della prova che, a parità di efficacia e di risultato rispetto a quello prospettato nell'ordine di indagine, riveli una minor portata restrittiva o coercitiva**.

Alla valutazione *ex ante* attribuita all'autorità di emissione è pertanto possibile si affianchi la previsione di verifiche opzionali da parte dell'autorità di esecuzione. Così, ad esempio, **la decisione quadro sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale** annovera **fra i motivi facoltativi di non esecuzione la situazione in cui, alla data di ricevimento della decisione trasmessa dall'autorità straniera, la durata della pena residua non sia superiore a sei mesi**. Parimenti, la decisione quadro sui provvedimenti di sospensione condizionale o che dispongono sanzioni sostitutive accorda all'autorità richiesta un analogo margine di flessibilità laddove la misura da eseguire abbia una durata inferiore a sei mesi. Una previsione simile si riscontra infine nella decisione quadro sul riconoscimento delle sentenze

che irrogano pene pecuniarie, alla cui esecuzione lo Stato coinvolto può opporre l'esiguità della sanzione comminata, se non superiore a 70 euro.

Le clausole normative destinate a tutelare peculiarità ed interessi degli ordinamenti nazionali o diritti fondamentali dell'individuo.

Oltre agli elementi sinora considerati, le fonti europee in materia di cooperazione penale presentano una varietà di disposizioni che, con diversa intensità ed attraverso differenti tecniche, mitigano la portata del reciproco riconoscimento. Queste multiformi previsioni possono essere prese in considerazione in maniera unitaria, poiché condividono un comune obiettivo: esse sono infatti in massima parte destinate a bilanciare le esigenze della cooperazione penale con gli interessi degli ordinamenti nazionali o con la necessità di assicurare adeguata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

La principale espressione delle clausole in esame, che si riscontra in tutti gli atti volti ad agevolare l'attuazione del reciproco riconoscimento, è costituita dai **motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione**. Nel solo caso della decisione quadro sul **mandato d'arresto europeo**, queste previsioni si ripartiscono in **ragioni obbligatorie e facoltative**, secondo una *summa divisio* che il legislatore dell'Unione **non ha inteso riproporre altrove**, preferendo piuttosto optare per la sola categoria delle cause ostative di natura facoltativa.

Le ragioni obbligatorie previste all'**art. 3** della relativa decisione quadro sono **tassative e puntuali**, poiché riguardano il rispetto del *ne bis in idem*, l'ipotesi in cui nell'ordinamento dello Stato di esecuzione il soggetto coinvolto non abbia l'età per essere ritenuto imputabile per la propria condotta e l'intervento di provvedimenti di amnistia.

I **motivi facoltativi variano** invece sensibilmente a seconda della singola decisione giurisdizionale e riguardano tanto dati tecnici, come la litispendenza rispetto agli stessi fatti, il decorso del termine prescrizione o il riconoscimento di immunità, o valutazioni sull'opportunità di procedere all'esecuzione, ad esempio in presenza di cittadini di altri Stati membri che risiedono o dimorino da un significativo lasso di tempo nel Paese richiesto. Assumono altresì rilevanza profili che attingono alla sfera dei diritti processuali dell'individuo, come nel caso di provvedimenti emessi *in absentia* o di misure che dispongono trattamenti sanitari invasivi non consentiti. Parimenti, l'autorità giudiziaria può negare la consegna nel caso di reati che si considerano commessi in tutto o in parte nel territorio dello Stato.

Merita precisare che, come precisato dalla Corte di giustizia (**casi *Wolzburg e Lopes da Silva***) **il carattere facoltativo dei motivi di rifiuto in questione non riguarda l'attività del legislatore, bensì l'operato delle autorità giudiziarie**, che beneficiano dunque di un certo margine discrezionale, anche alla luce delle circostanze del caso di specie.

Giurisprudenza nazionale: **Cass. pen., sez. VI, n. 15905/14, del 9 aprile 2014**: il motivo di cui alla lettera *p*) dell'art. 18 l. 69/2005 (reato commesso in tutto o in parte sul territorio nazionale) deve essere opportunamente commisurato con l'ulteriore motivo di cui alla lettera *o*) (litispendenza). Quest'ultimo deve essere valutato per primo dall'autorità giudiziaria, che deve rendere conto dell'avvenuta ricerca di eventuali procedimenti avviati nei confronti dello stesso soggetto per gli stessi fatti.

NB: vi è poi un **motivo di rifiuto "dissimulato"**, che deriva dall'eventuale **mancata collaborazione** dell'autorità emittente o dal **mancato rispetto dei requisiti procedurali** (essenzialmente, i termini per lo svolgimento dei vari passaggi della procedura). Cfr. l'art. 6, comma 6 l. 69/2005: la richiesta di consegna è rigettata.

Leale cooperazione "orizzontale" tra gli Stati ai fini della piena effettività del diritto UE. Giurisprudenza italiana: **Cass. pen., Sez. 7310/14, del 14 febbraio 2014**: se l'autorità italiana chiede all'autorità emittente informazioni aggiuntive, il termine di 30 giorni per l'invio della relativa documentazione non decorre dalla data dell'invio della richiesta, ma da quella in cui la medesima è stata ricevuta dal destinatario.

Oltre ai motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione, peraltro, il bilanciamento tra le esigenze della cooperazione giudiziaria e la preservazione degli elementi distintivi degli ordinamenti nazionali ha assunto forme diverse ed ulteriori.

Molte decisioni quadro e direttive annoverano poi l'espressa **possibilità di posticipare l'esecuzione** del provvedimento giurisdizionale straniero. Tale facoltà è descritta come eventualità eccezionale nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il cui art 23, par. 4, prevede il temporaneo differimento della consegna in presenza di **ragioni umanitarie**, quali il rischio per la **salute o la vita del ricercato**. Questo istituto ha una portata applicativa piuttosto circoscritta anche in altri strumenti normativi, come la decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze che irrogano pene privative della libertà personale, in forza del cui art. 11 il rinvio può essere disposto solo ove siano evidenziati vizi di forma o informazioni non corrette o complete nel certificato che accompagna la sentenza, limitatamente al tempo necessario a correggere tali discrasie.

La posticipazione dell'esecuzione ha invece portata ordinaria nella decisione quadro 2006/783/GAI sulle misure di confisca, in rapporto ad una serie di circostanze alquanto eterogenee: l'esigenza di tradurre la decisione nella lingua dello Stato richiesto; l'interposizione di un'impugnazione avverso il riconoscimento o l'esecuzione; la necessità di coordinamento tra le autorità di altri Stati coinvolte nella stessa procedura; l'urgenza di scongiurare un nocumento ad indagini penali in corso, purché in quest'ultimo caso la posticipazione non ecceda un lasso di tempo ragionevole.

La sola **decisione quadro sul mandato d'arresto europeo** prevede altresì che lo Stato emittente, in casi particolari espressamente enumerati all'art. 5, debba **fornire delle «garanzie» allo Stato di esecuzione**, alle quali il compimento della procedura di esecuzione può essere subordinato. Una simile condizione può essere imposta in presenza di sentenze di condanna all'ergastolo, cui lo Stato di esecuzione può decidere di dare séguito solo dopo aver ottenuto dall'autorità emittente la garanzia che l'ordinamento nazionale preveda forme di revisione periodica della pena o misure di clemenza che possano *in itinere* caducare o mitigare la reclusione a vita. Parimenti, l'autorità richiesta può subordinare la consegna di un soggetto che risieda nel proprio territorio all'**assicurazione che, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva, questo venga successivamente trasferito nello Stato che lo ospita**, ove abbia radicati legami personali e sociali.

Giurisprudenza italiana: Cass. pen., sez. feriale, n. 36094 del 22 agosto 2014: Corte d'appello di Genova, mandato spiccato dal Tribunal de grande instance di Grasse (FR) e privo della clausola di rinvio: nel caso di richiesta di esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso nei confronti di un cittadino italiano, **l'autorità nazionale è obbligata ad apporre ex officio la condizione del rinvio** in Italia in linea con l'articolo 19 della legge n. 69/2005, a mente del quale 2005 in base al quale "se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato italiano, la consegna è subordinata 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", **salvo nei casi in cui non vi sia un'espressa diversa richiesta dell'interessato**.

Si segnala infine la **particolarità delle deroghe temporanee**, che rispondono all'esigenza di consentire ad alcuni Stati membri di predisporre le necessarie riforme normative o istituzionali per fare fronte agli obblighi sorgenti dalla conclusione di un atto UE che agevoli il reciproco riconoscimento. Ancora una volta si riscontra un esempio nella decisione quadro 2002/584/GAI, che all'art. 33 prevede una deroga – giunta ad estinzione nel 2008 – in favore dell'**Austria**, legittimata a negare l'esecuzione di un mandato d'arresto disposto avverso un proprio cittadino per una condotta non penalmente perseguita in sede nazionale.

Una deroga quinquennale è stata poi accordata alla **Polonia, sino al termine del 2016**, rispetto alla decisione quadro sulle sentenze che irrogano pene restrittive della libertà personale.

DIRITTI FONDAMENTALI

I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dell'ordine pubblico.

La premura con la quale il legislatore dell'Unione ha corredato di limiti, condizioni e garanzie le norme di diritto derivato sul reciproco riconoscimento, a beneficio degli ordinamenti nazionali, evidenzia la quasi paradossale assenza di qualsivoglia richiamo espresso al tema dell'ordine pubblico. Tradizionalmente, infatti, il riferimento alla **public policy** è uno degli aspetti che in maggior misura e con più efficacia suggella la linea di demarcazione fra ordinamento dell'Unione e sistemi giuridici nazionali, *a fortiori* in settori di peculiare sensibilità.

L'importanza del tema è confermata dal fatto che numerose fonti in materia di cooperazione giudiziaria civile annoverano espressamente una clausola destinata a circoscrivere la portata del reciproco riconoscimento in presenza di manifeste violazioni dell'ordine pubblico dello Stato membro richiesto.

Occorre d'altra parte evidenziare come la prassi più recente manifesti alcune evidenze di una possibile inversione di rotta, sebbene ancora embrionale ed almeno in parte circoscritta alla specifica dimensione penale dell'ordine pubblico, inteso dunque come protezione della sicurezza della collettività. Infatti, **la direttiva sull'ordine di indagine europeo, all'art. 9, par. 4**, dispone che lo Stato di esecuzione possa rigettare l'eventuale richiesta dell'autorità emittente di partecipare al compimento di atti di indagine in territorio straniero, nel momento in cui l'accoglimento di tale iniziativa «sia in **conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione** o [...] leda i suoi interessi essenziali riguardanti la **sicurezza nazionale**».

Se dunque il panorama normativo evidenzia segni di evoluzione, sul versante giurisprudenziale appare possibile trarre alcune utili notazioni dall'orientamento della Corte circa i limiti del reciproco riconoscimento delle decisioni giurisdizionali in materia civile. Soccorre in particolare l'orientamento avvalorato dal Giudice dell'Unione in relazione alla clausola di ordine pubblico fissata all'art. 27, par. 1, della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, poi riproposta all'art. 34 del regolamento CE 44/2001, il quale ha abrogato la previgente normativa. Nel **caso Krombach del 2000**, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la clausola di ordine pubblico prevista dalla Convenzione di Bruxelles del rifiuto, da parte delle autorità giudiziarie tedesche, di eseguire una condanna al pagamento di un risarcimento irrogata in Francia nei confronti di un cittadino nazionale. Tale statuizione era stata pronunciata in risposta all'azione civile intrapresa nell'alveo di un procedimento penale per omicidio doloso, asseritamente commesso dall'imputato nello svolgimento della sua attività di dottore, a danno di una paziente di cittadinanza francese. In tale contesto, il giudice tedesco eccepeva che il procedimento era stato celebrato *in absentia*, circostanza che aveva fortemente pregiudicato le strategie difensive del medico: sulla base delle regole processuali francesi, infatti, i

difensori del signor Krombach non erano stati uditi dalla Corte di assise di Parigi, poiché ritenuti privi di piena legittimazione a stare in giudizio in rappresentanza dell'assistito. Veniva dunque evidenziata una violazione del diritto alla difesa tecnica, ossia un'indebita lesione ad un principio fondamentale dell'ordinamento tedesco, che le autorità richieste dell'esecuzione non erano disposte ad accettare, invocando così una deroga al riconoscimento della decisione giurisdizionale francese.

Sul punto, la Corte ha posto l'accento sul fatto che la nozione di *public policy* deve essere interpretata in maniera rigorosa: essa infatti può essere utilmente invocata solo in presenza di manifeste **violazioni di principi e diritti considerati essenziali nell'ordinamento dello Stato** membro destinatario della richiesta di riconoscimento ed esecuzione²¹⁴. Considerato dalla prospettiva dell'ordinamento UE, ciò implica 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 insufficienti ad evitare una violazione manifesta di un principio fondamentale, così come sancito dalla CEDU e dalla Carta o, più in generale, dall'ordinamento UE.

Dunque, il Giudice dell'Unione confina ad ipotesi marginali la possibilità di frapporre al riconoscimento ed all'esecuzione un motivo di ordine pubblico.

I limiti normativi al reciproco riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Con l'esclusiva e peraltro parziale eccezione della decisione quadro sul riconoscimento delle pene pecuniarie, nessun atto dell'Unione in materia annovera in via generale la tutela dei diritti fondamentali fra i motivi di rifiuto dell'esecuzione o la pone a fondamento di istituti che altrimenti limitino la portata del reciproco riconoscimento. Il legislatore dell'Unione ha costantemente preferito inserire tale riferimento nel preambolo delle decisioni quadro o direttive, o nelle disposizioni inaugurali, riguardanti gli aspetti definitivi e la delimitazione del loro ambito di applicazione.

Occorre peraltro puntualizzare come molti degli atti di diritto derivato menzionati nel corso dell'analisi prevedano norme specifiche sulla tutela di singoli diritti individuali, soprattutto sul fronte delle garanzie processuali, quali il diritto ad essere ascoltati dall'autorità giudicante, il diritto ad una piena informazione sugli estremi essenziali dell'attività di cooperazione, il diritto a ricevere tali comunicazioni in una lingua conosciuta, il diritto all'assistenza legale tecnica. Si tratta però di **solli standard sulla trasmissione delle richieste di cooperazione** e sullo svolgimento dell'*iter* di riconoscimento ed esecuzione: essi dunque orientano l'operato delle autorità nazionali limitatamente all'ambito operativo dell'atto UE, **senza influire sulla posizione dell'individuo rispetto all'attività precedentemente compiuta dallo Stato di emissione e senza incidere sulla potestà decisionale dello Stato di esecuzione** in ordine all'eventuale rifiuto della richiesta di cooperazione.

Eppure, ad un'osservazione più attenta, è ragionevole sostenere che, di fatto, non vi sia necessità di introdurre appositi motivi di rifiuto del riconoscimento o clausole specifiche.

Una prima ragione, all'esito della riforma di Lisbona, deriva dal **rinnovato status della Carta** dei diritti fondamentali nell'organigramma delle fonti dell'ordinamento UE. I diritti fondamentali costituiscono, unitamente ai Trattati ed agli altri principi generali, parametri di legittimità degli atti di diritto derivato, oltre che riferimenti normativi elettivi per la loro interpretazione ed applicazione. Essi sono dunque **immanenti all'ordinamento** e, anche in assenza di un'espressa cristallizzazione in una disposizione di diritto secondario, ne vincolano l'attuazione tanto ad opera delle istituzioni europee quanto da parte delle autorità nazionali.

Questa è d'altra parte la **sottolineatura formulata a più riprese dagli avvocati generali** proprio in relazione a rinvii pregiudiziali aventi ad oggetto norme secondarie sul reciproco riconoscimento. L'avvocato generale Cruz Villalón, ad esempio, nella causa *B.*, ha puntualizzato che una corretta interpretazione del tenore e delle finalità della decisione quadro sul mandato

d'arresto europeo debba prendere in considerazione tutti gli obiettivi perseguiti dal testo: «Se è vero che il mutuo riconoscimento è uno strumento che rafforza lo spazio di sicurezza, di libertà e di giustizia, è altrettanto vero che **la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali costituisce un prius** che legittima l'esistenza e lo sviluppo di tale spazio»

Allo stesso tempo, a conferma del progressivo consolidamento di questo approccio estensivo, la Corte, nella causa *Bonda*, supportando l'*iter* argomentativo dell'avvocato generale Kokott, ha precisato che **la sfera di applicazione dei diritti previsti dalla Carta interessa anche le norme nazionali previgenti**, che dunque non siano dirette ad attuare disposizioni di diritto UE, ma in concreto ne condividano la sfera operativa o lo scopo perseguito.

La Corte non ha mancato di puntualizzare che, anche per quanto riguarda l'attuazione delle norme sul reciproco riconoscimento, il silenzio del legislatore europeo non equivale ad una abdicazione in favore di un'arbitraria realizzazione del sistema di cooperazione nello spazio giudiziario europeo. Il primo esempio in questo senso è costituito dalle sentenze *Segi e Gestoras pro amnistia*, concernenti il regime di impugnazione delle posizioni comuni da parte degli individui. In quella occasione, la Corte ha puntualizzato che l'ordinamento dell'Unione poggia sul principio dello Stato di diritto e sui diritti sanciti dalla CEDU, «ne consegue che le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti ai trattati e ai principi generali di diritto, al pari degli Stati membri quando danno attuazione al diritto dell'Unione». Il medesimo principio è stato affermato nella citata pronuncia *Advocaten voor de Wereld*, confermando così in via teorica la centralità dei diritti fondamentali anche rispetto all'attività delle autorità nazionali nell'attuazione delle decisioni quadro e nella conduzione delle procedure di cooperazione.

L'assunto giurisprudenziale, inoltre, è presto risultato decisivo nell'orientare il convincimento della Corte nei casi *Wolzenburg e Lopes da Silva*, in relazione al bilanciamento tra i motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione di un mandato d'arresto e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, principio generale dell'ordinamento UE sancito all'art. 18 TFUE. Nel primo caso, il Collegio ha puntualizzato che, anche nel contesto del previgente terzo pilastro, gli Stati erano chiamati a recepire le norme europee nel rispetto del divieto di discriminazione, principio cardine del processo di integrazione comunitario. La successiva sentenza *Lopes da Silva* ha confermato tale vincolo, nell'ambito della riformata sistematica dei Trattati, evidenziando così un limite strutturale del reciproco riconoscimento.

L'approdo al quale è pervenuta la Corte non costituisce di per sé un elemento di novità assoluta, ben potendo essere desunto dallo *status* accordato ai principi generali nel contesto dell'ordinamento UE. Eppure, esso ha rappresentato il punto di partenza per un'ulteriore evoluzione, poiché ha concentrato il **dibattito sulla possibilità di accordare analoga incisività ai diritti consacrati nella Carta, pur in assenza di un motivo di rifiuto *ad hoc***. Se infatti i diritti fondamentali condividono la natura di principi generali, è pur vero che anche il reciproco riconoscimento è al contempo uno strumento ed un obiettivo di centrale rilevanza per il processo di integrazione, non solo nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Proprio quest'ultima considerazione ha guidato il Collegio nella **causa Radu**, originata da un rinvio pregiudiziale con il quale una corte d'appello rumena chiedeva lumi sulla possibilità di opporre all'esecuzione di un mandato d'arresto, disposto ai fini dell'avvio di un'azione penale, il fatto che la persona ricercata non fosse stata sentita prima dell'emissione di tale provvedimento. Da un lato, infatti, la **mancata audizione** dell'interessato non figura tra i motivi di rifiuto; dall'altro lato, nondimeno, essa è consacrata agli artt. 47 e 48 della Carta, nonché all'art. 6 CEDU, quale garanzia processuale fondamentale.

In questo contesto, **l'avvocato generale Sharpston**, altresì richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa *I.B.*, ha evidenziato come l'attribuzione di valore giuridico vincolante alla Carta non rappresenti in sé una circostanza idonea a segnare un punto di svolta nell'interpretazione della decisione quadro e degli atti di diritto derivato in generale. Piuttosto, essa esprime la crescente volontà politica di dare viepiù visibilità ai diritti tutelati dall'ordinamento dell'Unione, con la conseguenza che **«il dovere di rispettare tali diritti e principi permea la decisione quadro. È implicito che siffatti diritti possono essere presi in considerazione come fondamento della decisione di non eseguire un mandato»**.

Tuttavia, **la Corte ha ritenuto di accordare prevalenza alla cooperazione giudiziaria** ed alla necessità di preservare l'efficacia del sistema di consegna, rilevando come l'autorità di esecuzione, in una simile circostanza, non sia legittimata a porre un limite al reciproco riconoscimento. Anzi, **un eventuale rifiuto «vanificherebbe inevitabilmente il sistema stesso di consegna previsto dalla decisione quadro** e, pertanto, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dal momento che, in particolare al fine di evitare la fuga dell'interessato, un siffatto mandato d'arresto deve potersi giovare di un certo effetto sorpresa»²⁴³.

Nel successivo **caso Melloni**, che qui si considera per quanto strettamente attiene al profilo in esame, la Corte è stata nuovamente interrogata sul punto. Nelle vicende di specie, si trattava di statuire sul **potere di negare una consegna richiesta allo scopo di eseguire una sentenza di condanna pronunciata in absentia**. In particolare l'autorità di esecuzione, spagnola, lamentava che l'ordinamento dell'Italia, Stato di emissione, consentisse solo in talune ipotesi la **revisione del processo** celebrato in assenza dell'imputato: il trasferimento del consegnando avrebbe dunque potuto integrare una violazione degli artt. 47 e 48 della Carta, oltre che della Costituzione spagnola.

Il Collegio, nondimeno, ha ritenuto che il disposto dell'art. 4 della decisione quadro sia coerente con il dettame della Carta e che, quanto meno nel caso sottopostogli, **l'asserita violazione del diritto ad un equo processo non autorizzasse la Corte spagnola a rigettare la richiesta** di cooperazione, anche alla luce della mancanza di un espresso motivo di rifiuto.

Si è poc'anzi avuto modo di evidenziare, tuttavia, come il peculiare statuto della Carta nell'ordinamento dell'Unione deponga per futuri sviluppi di differente segno, soprattutto nell'ipotesi in cui lo scenario fattuale da cui scaturisca una causa porti il Collegio a rilevare a tutti gli effetti un'indebita restrizione di un diritto fondamentale.

Merita inoltre precisare che, in settore differente rispetto alla cooperazione in materia penale, ma pur sempre rientrando nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, **la giurisprudenza di Lussemburgo ha già avuto modo di evidenziare come la fiducia tra autorità nazionali possa trovare un limite nell'esigenza di garantire il rispetto di diritti inviolabili**. Il riferimento elettivo a questo proposito è alla **sentenza N.S. e M.E.**, in tema di diritto di asilo e, in particolare, di trasferimento di richiedenti protezione internazionale da uno Stato membro ad un altro, competente a statuire sul riconoscimento dello *status*. In questo caso, infatti, il Giudice dell'Unione ha precisato che un'autorità nazionale **può non ottemperare a tale obbligo di trasferimento verso il Paese formalmente competente ed è anzi tenuta a non darvi séguito, nel momento in cui sussistano ragionevoli evidenze del fatto che il richiedente asilo ne potrebbe derivare grave nocumento**, a causa delle lacune strutturali che, nello Stato di destinazione, affliggono il sistema di accoglienza dei migranti in cerca di protezione internazionale. Con un approccio avvalorato altresì dalla Corte, l'avvocato generale Trstenjak ha rimarcato che, in presenza di un rischio grave per i diritti del soggetto coinvolto, la portata della Carta riduce in maniera significativa il margine discrezionale dello Stato, che è dunque chiamato in via prioritaria a porre in essere le misure necessarie a scongiurare il concretizzarsi di tale pericolo.

La sentenza *N.S e M.E.* presenta un comune denominatore con le pronunce *Radu* e *Melloni*, ovverosia la necessità di interpretare il diritto derivato adottato nell'ambito dello spazio di libertà,

sicurezza e giustizia, alla luce ed in forza della Carta dei diritti fondamentali. **La distanza che ad oggi separa la prima pronuncia dalle altre, a ben vedere, sembra risolversi nella differente cornice fattuale:** nel caso *N.S. e M.E.* si registrava una manifesta e sistemica violazione dei diritti fondamentali, mentre le sentenze sul mandato d'arresto europeo riguardavano situazioni in cui le garanzie del giusto processo erano rispettate nel loro contenuto essenziale. L'eventuale profilarsi di una situazione di maggiore gravità e rilevanza in ordine alla protezione delle garanzie assicurate dalla Carta potrebbe in definitiva risultare decisiva nell'orientare ulteriori sviluppi giurisprudenziali anche nel contesto della cooperazione penale. Cfr. UK caso Rancadore!

I limiti derivanti dal margine discrezionale accordato agli Stati membri nell'attuazione ed applicazione delle norme UE.

Il reciproco riconoscimento può patire dei limiti in ragione del **margine discrezionale riconosciuto agli Stati nel recepimento** e nella successiva applicazione delle norme di diritto derivato o, nel caso del *ne bis in idem*, nell'attuazione del testo convenzionale. Anche rispetto all'attività degli Stati membri, infatti, sorgono su scala nazionale, non di rado amplificate, quelle stesse preoccupazioni e discrasie che il legislatore europeo ha talora tentato di cristallizzare ed affrontare per via normativa.

Per quanto riguarda il **regime dei motivi di rifiuto**, la Corte di giustizia ha in via generale precisato che, proprio in ossequio al principio del reciproco riconoscimento, le autorità nazionali sono di regola tenute a dare corso ad una richiesta di consegna, potendo opporre un **diniego solo in presenza delle specifiche ipotesi di rifiuto obbligatorio o facoltativo indicate a livello sovranazionale**. Di conseguenza, **gli Stati sono tenuti anzitutto ad evitare applicazioni estensive delle cause di rifiuto** e, *a fortiori*, è loro mosso **divieto di introdurre ex novo delle ipotesi non disciplinate a livello europeo**. Ciò comporta l'incompatibilità con l'ordinamento UE della prassi – invero piuttosto radicata e diffusa tra gli Stati, soprattutto in relazione ai primi strumenti normativi sovranazionali – di trasporre i motivi di rifiuto facoltativi come barriere obbligatorie al riconoscimento ed all'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri.

Ha altresì destato fondate **critiche l'altrettanto diffusa tendenza ad introdurre nelle norme di trasposizione motivi di diniego aggiuntivi**. Merita d'altra parte puntualizzare a questo riguardo che in molti casi tale scelta non è dipesa dalla volontà di eludere gli l'obbligo di esecuzione, bensì è stata giustificata dall'intento del legislatore nazionale di prevedere espressamente clausole di salvaguardia a tutela delle garanzie del giusto processo o dei diritti fondamentali, stante la poc'anzi rilevata mancanza di analoghe disposizioni negli atti UE di diritto derivato.

Si tratta pur tuttavia di una prassi deleteria per il sistema di cooperazione giudiziaria a livello europeo, a causa dell'eterogeneità dei motivi di diniego declinati a livello nazionale e della non di rado ampia potestà discrezionale riservata alle autorità giudiziarie, con esiti poco coerenti in termini sistematici²⁵⁹. Allo stesso tempo, in dottrina è stato denunciato un approccio schizofrenico da parte della Commissione europea, da un lato impegnata a promuovere una *road map* verso l'adozione di norme minime comuni in tema di garanzie processuali e dall'altro lato fustigatrice delle iniziative statali volte a rafforzare il ruolo dell'autorità di esecuzione nella verifica del rispetto dei diritti fondamentali.

Se dunque gli Stati non possono estendere la portata dei motivi di rifiuto, specularmente **la Corte è stata altresì chiamata a decidere se sia invece compatibile con la normativa europea un regime nazionale più rigoroso, che dunque limiti la sfera applicativa di determinate cause di diniego** della consegna. Simili situazioni consentono infatti di garantire in maggior grado il reciproco riconoscimento, ma, al contempo, possono precludere a taluni soggetti il godimento di un rilevante beneficio relativo all'esecuzione della condanna loro inflitta, con il rischio di trattamenti discriminatori.

Il tema in questione è stato infatti oggetto di non secondario dibattito ed è stato affrontato in prima battuta in dottrina, sulla scorta di **due opposte linee argomentative**. Secondo alcuni autori,

l'esigenza di rispettare il potere di valutazione del giudice interno nel ponderare le esigenze sottese ai motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione di cui all'art. 4 della decisione quadro avrebbe motivato l'incompatibilità con il dettame sovranazionale di un regime statale che escludesse *in toto* una delle categorie o ipotesi prospettate dal legislatore europeo.

Secondo una lettura diametralmente opposta, invece, il carattere opzionale avrebbe dovuto veicolare la centralità non del convincimento dell'autorità giudiziaria, bensì delle priorità indicate dal legislatore statale nelle norme di recepimento della decisione quadro. Un approccio sistematico e teleologico suggerirebbe infatti di ritenere prevalente l'affermazione del reciproco riconoscimento, posto a fondamento del mandato d'arresto dal preambolo della decisione quadro, oltre che, in termini generali, dalla formulazione dell'art. 82, par. 1 e 2, TFUE. La libertà di introdurre norme restrittive non potrebbe che essere positivamente salutata, in vista di tale decisivo obiettivo.

Chiamata a statuire sul punto, la Corte di giustizia ha talora optato per una soluzione intermedia. Da un lato, essa ha evidenziato come la *ratio* sottesa ai motivi di diniego facoltativo riposi nella possibilità, da parte dell'autorità giudiziaria, di accordare decisiva importanza ai diversi interessi in gioco ed alle circostanze del caso di specie; al contempo, il Giudice dell'Unione nella causa *Wolzenburg* ha espressamente riconosciuto che il legislatore nazionale gode della potestà di limitare le situazioni che legittimano il rifiuto dell'esecuzione del mandato, nell'ottica del rafforzamento del sistema di consegna.

In via di principio, pertanto, eventuali opzioni normative o ermeneutiche di segno restrittivo, se **rispettose dei principi generali** del diritto UE e considerate in una prospettiva sistematica, apparirebbero non soltanto **compatibili con la decisione quadro**, ma addirittura maggiormente rispondenti agli obiettivi più ambiziosi della cooperazione nel settore penale.

Ad una prima analisi, l'argomentazione proposta dal Collegio nella pronuncia *Wolzenburg* sembra esprimere l'idea che la facoltà di rifiuto della consegna si giochi sul ruolo del legislatore, impegnato nell'attività di trasposizione. L'effettiva portata della sentenza deve tuttavia essere commisurata ai fatti di specie, riguardanti un cittadino tedesco residente con la propria famiglia nei Paesi Bassi ed ivi raggiunto da un mandato d'arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria del proprio Stato di provenienza. La questione pregiudiziale sollevata dal giudice olandese originava, invero, dal peculiare regime normativo interno, secondo il quale, solo in presenza di un permesso di soggiorno permanente e di un periodo di residenza legale e ininterrotta nello Stato ospitante, non inferiore a cinque anni, l'autorità giudiziaria può negare la consegna di cittadini di altri Stati membri²⁶⁷.

Muovendo da tale peculiare contesto, nel quale lo spazio decisionale riservato all'autorità giudiziaria è fortemente circoscritto dalle scelte operate in via legislativa, la Corte di giustizia ha statuito che né la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, né l'art. 18 TFUE ostano ad una normativa che preveda un differente regime per cittadini, residenti e dimoranti, purché l'esercizio del potere legislativo sia **improntato al principio di proporzionalità e non persegua una finalità discriminatoria**.

Questa soluzione **ha tuttavia lasciato margini di incertezza interpretativa** circa la portata operativa dei motivi di rifiuto, con particolare riguardo per l'ipotesi di cui all'art. 4, n. 6, della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, riguardante il diniego di consegna di cittadini, residenti e dimoranti sul territorio dello Stato di esecuzione. Su queste "esitazioni giurisprudenziali", così definite dall'Avvocato generale Mengozzi, la Corte di Lussemburgo è intervenuta con intento chiarificatore con la già menzionata pronuncia *Lopes da Silva*.

In particolare, muovendo dal disposto dell'art. 4, n. 6, della decisione quadro, il Giudice dell'Unione ha evidenziato come detta causa ostativa facoltativa consenta agli Stati membri di esercitare **due distinte opzioni in sede di recepimento**: la mera indicazione in via generale ed

astratta delle categorie di soggetti potenziali beneficiari del diniego di consegna, oppure l'inserimento di specifici presupposti o criteri, destinati a circoscrivere l'ambito applicativo del motivo di rifiuto.

Nella prima ipotesi, l'autorità giudiziaria interna conserva un più ampio potere valutativo circa la sussistenza di circostanze di fatto che, complessivamente ponderate, dimostrino l'opportunità di porre un limite *ad hoc* al reciproco riconoscimento. **Nel secondo caso, i requisiti imposti nella normativa nazionale devono essere dettati nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione, con particolare riguardo per il principio di proporzionalità ed il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e devono inoltre orientare il convincimento dell'autorità giudiziaria, senza precluderlo o vincolarlo.**

Tertium non datur: nell'opinione della Corte, lo Stato non può trasporre in maniera parziale la decisione quadro, ad esempio escludendo in radice ed in modo automatico dall'applicazione dell'art. 4, n. 6, della decisione quadro le categorie dei residenti e dimoranti, poiché **la portata facoltativa dei motivi di rifiuto interessa la loro applicazione nella controversia in atto e non la loro previsione o meno in sede normativa.**

Normativa italiana: l'art. 18 della legge 69/2005 "appiattisce" tutti i motivi di rifiuto al rango di motivi obbligatori ("La Corte d'appello rifiuta la consegna nei seguenti casi:..."). Alla luce della giurisprudenza UE considerata, questa impostazione andrebbe letta in senso conforme al diritto UE, dunque valutando come facoltativi (e suscettibili pertanto di valutazione discrezionale da parte del giudice nazionale) i motivi di rifiuto qualificati come tali dalla decisione quadro.

Ma...**Cass. pen., sez. VI, n. 12037, del 13 marzo 2014**: La Corte di appello di Torino aveva dato il via libera all'esecuzione del provvedimento emesso dalle autorità belghe nei confronti di una donna che, con le due figlie, era arrivata in Italia in violazione delle regole disposte dal Tribunale per i minorenni. Una scelta errata, per la Cassazione, perché il reato di sottrazione di minori di cui all'articolo 574 bis c.p. era in atto al momento dell'ingresso in Italia (art. 18 lett. p) l. 69/2005). **Il mandato di arresto emesso da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro nei confronti di un genitore che ha sottratto i minori ed è arrivato in Italia non può essere eseguito dalle autorità giudiziarie italiane perché una parte della condotta illecita si è svolta sul territorio nazionale.**

V. anche **Cass. pen., sez. VI, n. 16115, del 27 aprile 2012**: la Corte di appello di Roma aveva dato il via libera alla consegna in esecuzione di un mandato emesso dalle autorità giudiziaria rumene nei confronti di un indagato sia in Italia che in Romania. I giudici di appello avevano ritenuto che la consegna potesse essere disposta seppure solo per due reati come la tratta di persone e il traffico di minori, mentre per gli altri reati, tra i quali lo sfruttamento della prostituzione per il quale l'individuo era già stato condannato in primo grado, si dovesse attendere il termine del procedimento in Italia. La Cassazione ritiene questa scelta contraria alla legge: la tratta di esseri umani e il traffico di minori erano stati commessi per la realizzazione di un altro reato (sfruttamento della prostituzione) in Italia, situazione che richiede una trattazione unitaria sul territorio italiano. I due reati indicati erano strettamente collegati proprio allo sfruttamento della prostituzione, commesso in Italia. **Basta solo che un frammento della condotta si sia verificato in Italia, con un collegamento con la condotta realizzata all'estero per precludere la consegna.**

Ma...la Corte richiama quanto meno l'esigenza di interpretare in misura restrittiva la causa di rifiuto di cui all'art. 18 lett. p) l. 69/2005: **Cass. pen., sez. VI, n. 34352, del 20 settembre 2011**. Imputato per associazione a delinquere finalizzata a furti con scasso compiuti in Germania. Il ricorrente si rivolge alla Cassazione evidenziando come l'associazione a delinquere fosse stata realizzata in Italia e non in Germania e quindi dovesse essere applicata l'eccezione alla consegna prevista dall'articolo 18, lett. p). Tesi bocciata dalla Cassazione, secondo la quale le condotte

tipiche del reato di furto erano state compiute in Germania e non in Italia: la giurisdizione del giudice italiano sussiste solo quando **almeno un frammento dell'azione delittuosa** si è realizzato sul territorio italiano, mentre **non è sufficiente il compimento di atti preparatori**.

Un nuovo motivo di rifiuto non previsto dalla decisione quadro? **La tutela dei minori**.

1) **Cass. pen., sez. VI, n. 21988, del 22 maggio 2013**: con la quale è stata annullata la pronuncia della Corte di appello di Venezia che aveva dato il via libera alla consegna di un cittadino rumeno, da anni residente in Italia con la propria famiglia, condannato per furto di pollame in patria. Per la Suprema Corte, tenendo conto che la consegna provocherebbe un grave pregiudizio sui figli minori residenti in Italia perché il padre costituisce l'unica fonte di reddito per la famiglia priva di altri mezzi di sostentamento e dell'assenza di altri familiari in grado di supportare la famiglia, nonché del ridotto interesse punitivo per un furto di pollame, le autorità italiane non devono procedere alla consegna. **Il mandato di arresto europeo non può essere eseguito nei casi in cui vi siano conseguenze negative sui figli minori in grado di ledere l'interesse superiore del minore la cui famiglia è radicata da anni in Italia** (estensione orientamento UE caso Zambrano).

2) **Art. 18, lett. s), l. 69/2005**: se la persona richiesta in consegna è una donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, salvo che, trattandosi di mandato d'arresto europeo emesso nel corso di un procedimento, le esigenze cautelari poste a base del provvedimento restrittivo dell'autorità giudiziaria emittente risultino di eccezionale gravità

3) **Cass. pen., sez. VI, n. 42124, 7 ottobre 2013**: la finalità dell'art. 18, lett. s), della l. n. 69/2005 è legata all'esigenza di tutelare gli interessi (autonomi) dei figli di tenera età, in modo da assicurare loro la prosecuzione del rapporto essenziale con il genitore in una fase particolarmente importante e delicata per lo sviluppo psichico nonché fisico del bambino.

4) **Cass. pen., sez. VI, n. 52/15, del 5 gennaio 2015**: è necessario che il minore abbia un'età inferiore ai 3 anni nel momento in cui viene eseguito l'arresto della persona ricercata. **Non rileva, quindi, l'età del minore al momento del fatto**.

NB: cfr. con la giurisprudenza sull'extradizione: **Cass. pen., sez. VI, n. 41642, 3 ottobre 2013**, secondo cui la consegna a fini di estradizione della madre di prole di età superiore ai tre anni, e però bisognosa di continua assistenza materiale ed affettiva, **presuppone l'accertamento dell'esistenza nel Paese richiedente di garanzie idonee ad assicurare i contatti tra l'estradata e i figli con modalità adeguate a salvaguardare l'integrità psicofisica del minore, del genitore e del nucleo familiare**.

Il caso della natura risocializzante della pena e del diritto al reinserimento sociale del reo, alla luce della disciplina sul mandato d'arresto europeo.

Uno degli aspetti ad oggi maggiormente dibattuti a livello giurisprudenziale riguarda la portata operativa del motivo di rifiuto ex art. 4, n. 6, della decisione quadro 2002/584/GAI. Ai sensi di questa disposizione, lo Stato d'esecuzione può rifiutare la consegna nel caso in cui sia coinvolto un cittadino nazionale o un soggetto che risieda o dimori nel proprio territorio, purché le autorità del medesimo Stato membro assicurino l'esecuzione della condanna.

La *ratio* del motivo facoltativo di diniego della consegna in esame consiste nel rafforzamento delle opportunità di risocializzazione e nel mantenimento dei legami personali del soggetto che risieda o dimori nello Stato di esecuzione. Il radicamento nel tessuto sociale sollecita infatti l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto a valutare l'opportunità di consentire l'esecuzione della misura restrittiva nel proprio territorio, così da conservare in massimo grado le *chances* di emenda personale e recupero sociale²⁸⁰.

Il *punctum dolens* della disposizione in esame è dunque costituito dalla necessità di coordinare la garanzia che essa esprime con l'urgenza di interpretare ed applicare in maniera rigorosa i limiti al reciproco riconoscimento. Al riguardo, in effetti, il Collegio di Lussemburgo non ha mancato di precisare che l'obiettivo della risocializzazione del reo, benché importante, non preclude agli Stati la potestà di circoscrivere le situazioni in cui dovrebbe essere possibile rifiutare la consegna in forza dell'art. 4, n. 6²⁸¹.

Inoltre, proprio in ragione della delicatezza della materia, il Giudice dell'Unione si è preoccupato di enumerare i possibili criteri ed elementi che l'autorità nazionale è chiamata a soppesare nel compiere tale valutazione. In particolare, vengono considerati meritevoli di apprezzamento ai fini della statuizione sul grado di radicamento sociale del soggetto coinvolto alcuni parametri oggettivamente apprezzabili, come la durata, la natura, le ragioni e le condizioni della presenza sul territorio dello Stato; il complesso dei legami affettivi e familiari; gli interessi economici o i rapporti di lavoro passati e in atto²⁸².

In base a questi criteri, in occasione della pronuncia sul citato caso *Wolzenburg*, il giudice dell'Unione ha ritenuto compatibile con il diritto UE la normativa olandese che limita la possibilità di invocare fruttuosamente la causa di diniego dell'esecuzione ex art. 4, n. 6, da parte di un soggetto che risieda o dimori nei Paesi Bassi da un lasso di tempo inferiore a cinque anni. Questo lasso di tempo è stato infatti valutato proporzionato rispetto all'esigenza di comprovare i vincoli personali con lo Stato ospitante ed alle contestuale necessità di agevolare, nella misura più ampia possibile la rapidità ed efficacia delle procedure di consegna.

Nella successiva causa *Lopes da Silva*, la Corte ha ulteriormente confermato che gli Stati membri possono decidere di limitare per via normativa le situazioni in cui l'autorità giudiziaria nazionale dell'esecuzione è legittimata a rifiutare la consegna di una persona rientrante nell'ambito di applicazione²⁸³. Essa tuttavia, nel rimettere al giudice nazionale la decisione sull'esecuzione di un mandato emesso nei confronti di un cittadino portoghese residente in Francia, ha mantenuto un atteggiamento prudente in ordine alla valenza del diritto alla reintegrazione sociale del reo ed all'essenza risocializzante e rieducativa della pena. Anzi, la pronuncia evidenzia a ben vedere una tendenziale predilezione per gli obiettivi sistematici della cooperazione penale, poiché le argomentazioni a supporto del dispositivo – oltre che il dispositivo stesso, nella sua seconda parte – insistono fortemente sull'esigenza di garantire la piena efficacia della decisione quadro ed il conseguimento degli scopi da questa perseguiti²⁸⁴. Scopi fra i quali, come già ricordato, almeno optando per una interpretazione letterale, la decisione quadro stessa non annovera la tutela delle cianche di risocializzazione del soggetto condannato o nei confronti del quale si procede.

Nel caso in esame, il Collegio non ha fatto proprie le sollecitazioni dell'Avvocato generale Mengozzi, che aveva impostato le conclusioni muovendo da una «lettura umanitaria» del reciproco riconoscimento: la libera circolazione dei provvedimenti giurisdizionali ed il funzionamento stesso del sistema di consegna dovrebbero essere ispirati al supremo principio della dignità della persona, espresso all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE²⁸⁵.

In questa prospettiva, le conclusioni alla sentenza *Lopes da Silva* raggiungono approdi ulteriori rispetto a quanto espresso dall'avvocato generale Bot nella causa *Wolzenburg*. In tale sede, invero, egli aveva posto l'accento sulla natura individuale del diritto alla conservazione dei legami intessuti dal condannato²⁸⁶, evidenziando la necessità che l'esecuzione di misure privative della libertà incida nella minor misura possibile sui legami del detenuto con la famiglia e con il proprio ambiente sociale e professionale²⁸⁷. L'Avvocato generale Mengozzi, dal canto suo, ha ribadito la centralità di questo diritto, ma ne ha altresì sottolineato, per la prima volta, la dimensione “superindividuale”, giacché esso non può che incidere positivamente sul rischio di recidiva, a beneficio della maggiore efficienza del sistema di prevenzione e repressione del crimine e, in definitiva, della collettività.

La giurisprudenza di Lussemburgo ha conservato dunque sinora un approccio prudenziale, che non valorizza appieno, in concreto, il diritto in esame e le sue molteplici ricadute in rapporto alle esigenze sistematiche della cooperazione giudiziaria. Questa impostazione, secondo parte della dottrina, trae origine dall'applicazione, nel contesto del mandato d'arresto europeo, di criteri

ermeneutici analoghi a quelli che il Collegio ha avvalorato in altri àmbiti²⁸⁸. La Corte, in effetti, è stata in alcune occasioni interrogata sull'importanza di tale diritto nell'ambito della libertà di circolazione delle persone, in un contesto nel quale viene dunque in rilievo la sola prospettiva individuale del mantenimento dei legami personali e sociali, mentre non è in discussione l'interesse collettivo all'effetto risocializzante della pena²⁸⁹.

Lo stesso si dica, muovendo da un differente punto di vista, per la giurisprudenza di Lussemburgo in tema di contributi assistenziali e requisito di residenza, nella quale il parallelismo delle soluzioni sostenute dalla Corte è particolarmente significativo. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al caso *Förster*, nel quale, secondo una linea argomentativa analoga a quella sostenuta dal Collegio nel caso *Wolzenburg*, l'accesso ad un assegno di mantenimento in favore di uno studente cittadino di altro Stato membro è stato subordinato ad un periodo di residenza di durata quinquennale, ritenuto proporzionato rispetto all'esigenza di comprovare l'effettivo legame personale del soggetto con lo Stato ospitante²⁹⁰.

Eppure, il settore della cooperazione in materia penale presenta caratteristiche peculiari, che impongono un'accentuata attenzione per la tutela dei diritti fondamentali, in ragione della maggiore incidenza sulla situazione giuridica dei soggetti coinvolti delle misure delle autorità nazionali e degli atti dell'UE.

Il rafforzamento della garanzia sottesa all'art. 4, punto 6, appare tanto più opportuno se si considera che anche la Corte europea dei diritti umani ha, a più riprese, riconosciuto, in assenza di ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o di ulteriori rilevanti cause ostative, il diritto in capo al condannato di scontare la pena detentiva nel luogo in cui egli abbia stabilito radicati legami personali ed affettivi²⁹¹. Tale diritto costituisce infatti un'esplicazione dell'art. 8 CEDU, in tema di tutela della vita privata e familiare, nonché, ovviamente, dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

A ciò si aggiunga che l'art. 3, par. 1, della decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del reciproco riconoscimento alle sentenze che irrogano pene detentive, individua tra le finalità essenziali dell'atto il rafforzamento delle possibilità di reinserimento sociale del condannato²⁹². Inoltre, l'interesse all'emenda personale e sociale costituisce un valore ed un obiettivo centrale nel sistema penale di molti Stati membri, strettamente connesso con la finalità rieducativa della pena²⁹³.

In questo senso, il principale spiraglio per future evoluzioni giurisprudenziali nel senso qui auspicato è rappresentato dalla sentenza *I.B.* del 2010, nella quale la Corte di giustizia ha confermato che l'interesse al reinserimento sociale della persona ricercata appartiene al patrimonio di obiettivi della decisione quadro 2002/584/GAI, ed in particolare degli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3. Ciò comporta che l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna del cittadino o del residente alla garanzia che questi, una volta eventualmente ottenuta la celebrazione di un nuovo processo in luogo di un rito conclusosi senza la sua partecipazione, ottenga di scontare la pena detentiva nello Stato richiesto.

La pronuncia perviene ad un esito senz'altro meritevole di condivisione, ma si segnala un residuo elemento critico, ossia il fatto che il reinserimento sociale del soggetto coinvolto viene apprezzato nella sua esclusiva dimensione di – peraltro tacito – obiettivo della decisione quadro e non nella sua più profonda e convincente essenza di diritto individuale operante nella fase esecutiva del processo penale.

Giurisprudenza nazionale: **Cass. pen., sez. VI, n. 17706/14 del 22 aprile 2014**: autorità rumene emettono un mandato d'arresto ai fini di esecuzione condanna nei confronti di un cittadino rumeno **residente in Italia da 3 anni**. La Cassazione rigetta il ricorso: **non basta la mera residenza nel Paese di esecuzione per opporsi alla consegna, ma è necessario un radicamento "reale e non estemporaneo", individuato sulla base di indizi effettivi**. Quali elementi indicativi? **Legalità della presenza, della continuità temporale, della comprensione della lingua, del tempo intercorso tra la presenza sul territorio di uno Stato membro e la commissione dei reati**

per i quali lo Stato emittente ha chiesto la consegna. In questi casi vi è un effettivo centro principale e consolidato degli interessi lavorativi, economici e familiari idoneo a giustificare la permanenza sullo Stato anche per scontare la pena (nel caso di specie evidente che l'interessato si era sottratto alle autorità rumene e all'esecuzione della condanna, la sua residenza in Italia era meramente anagrafica). NB: in un passaggio la Corte "fa il passo più lungo della gamba", statuendo che **solo nel caso di acquisizione di un diritto di soggiorno permanente per la presenza ininterrotta sul territorio in base alla direttiva 2004/38 gli indicati elementi si considerano sussistenti**. Se ne può discutere, in base alle circostanze del caso di specie (e della decisione quadro 2009/909).

5.2.4. Il caso del *ne bis in idem*.

Se gli Stati membri sono esentati da una applicazione *in toto* automatica degli atti di diritto derivato che supportano il reciproco riconoscimento, una considerazione analoga, seppur con talune peculiarità, può essere suggerita nell'ambito del *ne bis in idem* sovranazionale.

La messa in opera del divieto di doppio giudizio, infatti, implica anzitutto l'attribuzione in capo allo Stato che intenda avviare un'azione penale della potestà di verificare che tutti i presupposti cristallizzati all'art. 54 CAAS siano compiutamente integrati. Nello svolgimento di questo controllo preliminare, ove sussistano dubbi sull'esistenza di procedimenti paralleli o difficoltà nel ricostruire il regime normativo dello Stato di origine, l'autorità nazionale è tenuta a norma dell'art. 57 CAAS a richiedere ogni informazione utile, che deve essere obbligatoriamente trasmessa, in ossequio al dettame convenzionale e al principio di leale cooperazione²⁹⁴.

Per il resto, lo Stato che intenda procedere gode di un potere di verifica pieno su tali condizioni, ma, in forza della fiducia reciproca, deve rispettare l'attività posta in essere dalle autorità omologhe straniere, così come le eventuali indicazioni ed informazioni sull'esistenza di ulteriori azioni penali che le siano state trasmesse. Anche in questo caso, d'altra parte, il testo dell'art. 54 CAAS è frutto di interpretazione autonoma da parte della Corte di giustizia, con la conseguente preclusione di letture parcellizzate in chiave nazionale di nozioni quali «sentenza definitiva» o «pena»²⁹⁵. Nel momento in cui né la verifica unilaterale né le consultazioni abbiano chiarito la situazione, eventuali problematiche operative potranno essere affrontate mediante l'intervento di Eurojust, mentre i giudici nazionali potranno investire la Corte di giustizia di questioni di carattere interpretativo, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

In ogni caso, la logica sottesa al reciproco riconoscimento impone al giudice nazionale di astenersi dal riconsiderare l'esito al quale è pervenuto il processo già celebrato. Come già visto nell'analisi del concetto di sentenza definitiva, questo limite comporta che il divieto di doppio giudizio transnazionale opera in presenza di una sentenza di assoluzione per insufficienza di prove, finanche nell'ipotesi in cui l'autorità di un altro Stato membro rinvenga elementi di prova suscettibili di determinare una riapertura del procedimento²⁹⁶. Lo stesso si dica, in senso ulteriore, per eventuali decisioni definitive fondate sul decorso infruttuoso del termine prescrizione: come puntualizzato nella menzionata sentenza *Gasparini*, il *ne bis in idem* preclude nuovi procedimenti e, di conseguenza, impedisce anche ad altri giudici stranieri di porre in discussione il merito della causa.

Si pone poi il quesito circa la possibilità di estendere la verifica sui requisiti dell'art. 54 CAAS altresì alla tutela dei diritti fondamentali, similmente a quanto già considerato per il ruolo dello Stato di esecuzione rispetto al reciproco riconoscimento "normativo". Sebbene in linea astratta i diritti fondamentali presidino la materia e, secondo l'opinione di alcuni avvocati generali²⁹⁷, possano essere considerati dei limiti al reciproco riconoscimento, la peculiarità del *ne bis in idem* rende di fatto non vantaggioso per l'individuo interessato che tale argomento sia sollevato. La conseguenza di una simile contestazione, infatti, comporterebbe la possibilità per l'autorità giudiziaria di un altro Stato membro di avviare un secondo procedimento penale, sulla scorta del fatto che la prima vicenda processuale è stata inficiata da una violazione delle garanzie processuali dell'imputato o di

ulteriori diritti fondamentali. A fronte di una astrattamente meritoria istanza di tutela, si perverrebbe ad un esito paradossale.

Occorre da ultimo ricordare come il tema del *ne bis in idem* ricorra anche in numerose decisioni quadro, *sub specie* di motivo obbligatorio di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione. Valorizzando la prospettiva sistematica, nella sentenza *Mantello*²⁹⁸ la Corte ha posto in relazione la nozione di divieto di doppio giudizio di cui all'art. 54 CAAS con quella prevista all'art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo. Tale disposto, infatti, annoverava fra le cause di rifiuto obbligatorio di esecuzione del mandato l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria alla quale è richiesta la consegna avesse ragione di ritenere che il provvedimento giurisdizionale emesso nell'altro Stato membro attenesse fatti per i quali fosse già intervenuta una sentenza definitiva. Nell'individuare il legame fra l'art. 54 CAAS e la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, la Corte ha anzitutto sottolineato come le condizioni per l'applicazione del divieto di doppio giudizio di cui al citato art. 3, par. 2, non possano essere oggetto di statuizioni discrezionali da parte delle autorità nazionali: in assenza di espressi richiami all'ordinamento degli Stati membri, l'esigenza di assicurare l'uniforme e corretta applicazione del diritto dell'Unione implica anche in questo caso l'elaborazione di una accezione autonoma e unitaria.

Il richiamo alla coerente applicazione decentrata del diritto europeo comporta non soltanto la necessità di scongiurare parcellizzazioni in sede nazionale, ma altresì l'opportunità di eleggere la soluzione interpretativa che, quantomeno nel contesto della cooperazione in materia penale²⁹⁹, non sia frammentata in tante sfumature quanti sono i suoi possibili àmbiti di applicazione. Rilevata pertanto l'omogeneità dei due testi normativi e degli obiettivi ad essi sottesi, la Corte ha esteso l'orientamento giurisprudenziale legato all'art. 54 CAAS alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

Tuttavia, come visto poc'anzi, il ruolo dello Stato di esecuzione di un provvedimento giudiziario straniero è sensibilmente diverso rispetto a quello di autorità che intendano avviare un procedimento penale rispetto a fatti già giudicati e nei confronti della stessa persona. Parimenti, diversi sono gli esiti ai quali è possibile approdare, poiché il diniego della richiesta di cooperazione opererebbe in favore del soggetto ricercato. Occorre di conseguenza valutare se l'autorità richiesta possa esercitare un più puntuale controllo sul rispetto del *ne bis in idem* o se il suo ruolo si uniformi a quanto già analizzato in via generale per il divieto di doppio giudizio o i motivi facoltativi di rifiuto.

Proprio nel caso *Mantello*, l'avvocato generale Bot ha esposto il convincimento che l'autorità di esecuzione non sia legittimata a verificare *a priori* la sussistenza di un previo giudizio definitivo, ma debba procedervi laddove sia informata di una simile eventualità, eventualmente negando la richiesta di cooperazione.

L'avvocato generale ha dunque sollecitato un ruolo crescente in capo all'autorità di esecuzione, soprattutto in ordine al requisito dell'identità del fatto, mentre la valutazione sulla sussistenza di una decisione definitiva spetta in via elettiva allo Stato di emissione, il quale è nella migliore posizione per considerare le conseguenze ed implicazioni del proprio sistema penale³⁰⁰. Di conseguenza, anche rispetto al divieto di doppio giudizio, l'orientamento della Corte è piuttosto prudente nel soppesare la potestà discrezionale dell'autorità giurisdizionale, in piena coerenza – ma non senza rilievi critici in dottrina – con l'impostazione sostenuta in via generale per i motivi facoltativi di rifiuto dell'esecuzione e la tutela dei diritti fondamentali.

MAE e direttive che prevedono taluni diritti a favore dell'imputato.

La direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, prevede che le persone arrestate in esecuzione di un MAE ricevano in modo tempestivo un'adeguata comunicazione scritta contenente informazioni sui loro diritti in conformità alla legislazione attuativa della decisione quadro dello Stato membro di esecuzione (art. 5 § 1). La comunicazione è redatta in un linguaggio semplice e accessibile (art. 5 § 2), emergente dal modello contenuto nell'allegato II alla direttiva medesima: si tratta di un modello puramente indicativo, che

gli Stati membri non sono tenuti a utilizzare, potendo modificarlo per adattarlo alla normativa nazionale e aggiungervi ulteriori informazioni ritenute utili. Il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, che ha attuato la direttiva, ha interpolato l'art. 12 comma 1, l. n. 69 del 2005, dove, dopo le parole «informa la persona in una lingua alla stessa comprensibile del mandato emesso e del suo contenuto», è stata inserita la frase «**e le consegna una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, che la informa**»: il contenuto di tale informazione è previsto nella parte finale del comma, rimasta immutata, e concerne la possibilità di acconsentire alla consegna, la facoltà di nominare un difensore di fiducia e il diritto a essere assistita da un interprete. Non si è precisato – ma deve ritenersi implicito – che la comunicazione scritta dei diritti vada tradotta in una lingua comprensibile alla persona destinataria del MAE.

Direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'**interpretazione e alla traduzione** nei procedimenti penali, attuata con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32. La norma di attuazione non ha modificato in nulla la legge 69/2005, ma occorre ritenere che la comunicazione scritta di cui all'art. 12 (v. norma di attuazione della direttiva sul diritto all'informazione) sia l'oggetto privilegiato di tale attività di traduzione.

NB: **l'orientamento più recente della Cassazione** ritiene però che la traduzione del provvedimento straniero allegato al mandato debba essere disposta solo su richiesta dell'interessato (favor per il meccanismo di cooperazione e il suo rapido svolgimento).

MAE e difesa tecnica: direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013 (termine di recepimento 27 novembre 2016), sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento per l'esecuzione del m.a.e., sul diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e sul diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi o con le autorità consolari.

Art. 10 riguarda il procedimento di esecuzione del MAE e prevede alcune garanzie"classiche": diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di esecuzione al momento dell'arresto; diritto di accedere al difensore in tempi e modi che consentano loro di esercitare effettivamente i propri diritti e in ogni caso senza indebito ritardo dal momento in cui sono private della libertà personale; diritto di incontrare il difensore che le assiste e di comunicare con lui; diritto alla presenza e alla partecipazione del difensore all'audizione della persona destinataria del MAE da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione.

Vi è un **elemento di novità**, cioè il **diritto alla doppia difesa**: l'autorità giudiziaria di esecuzione deve informare l'arrestato, senza indebito ritardo, del suo **diritto di nominare un difensore nello Stato membro emittente per assistere il difensore nello Stato membro di esecuzione, fornendogli informazioni e consulenza ai fini dell'effettivo esercizio dei diritti della persona da consegnare**. Se quest'ultima desidera esercitare tale diritto e non ha già un difensore nello Stato membro emittente, la competente autorità di esecuzione informa prontamente l'omologa autorità dello Stato di emissione, che provvederà senza indebito ritardo a fornire informazioni che facilitino la nomina del difensore.

L'esercizio del diritto in oggetto non deve tuttavia pregiudicare i limiti temporali fissati dalla decisione quadro sul MAE o l'obbligo per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di decidere, entro quei limiti e alle condizioni stabilite nella decisione quadro medesima, se la persona deve essere consegnata.

Questa norma va letta in uno con 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 MAE, contenuta nel "pacchetto" di misure presentato dalla Commissione il 27 novembre 2013 (COM [2013] 824 def.): collegandosi a quanto stabilito nell'art. 10 della direttiva sulla difesa tecnica, la proposta mira a rendere effettivo per il ricercato il diritto alla "duplice difesa" (cfr. l'art. 5 della proposta).

Ne bis in idem

L'interpretazione estensiva della nozione di sentenza definitiva ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem europeo

Le pronunce sull'art. 54 CAAS annoverano espressamente il divieto di doppio giudizio fra gli istituti che contribuiscono alle due linee direttrici seguite dal legislatore europeo ai fini della creazione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia: il ravvicinamento degli ordinamenti penali nazionali ed il reciproco riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali emessi in altri Stati membri. Dal primo punto di vista, il *ne bis in idem* non rappresenta in sé un veicolo di ravvicinamento delle legislazioni interne, ma, nell'opinione della Corte, concorre ad impedire che la parcellizzazione dei sistemi processuali nazionali costituisca un ostacolo decisivo alla cooperazione giudiziaria ed al perseguimento di comuni obiettivi nel contrasto alla criminalità transfrontaliera. Sotto il secondo profilo, in una prospettiva inversa, il principio in esame implica e rafforza la fiducia reciproca tra le autorità degli Stati membri, a sua volta presupposto essenziale della piena affermazione del reciproco riconoscimento.

L'impostazione giurisprudenziale in questione, inoltre, risponde almeno indirettamente al **rischio che fra gli Stati abbia luogo una «corsa al processo»** in presenza di reati che manifestino un elemento transfrontaliero. L'avvocato generale Sharpston nel recente caso *Spasic* ha infatti avuto modo di evidenziare come il divieto di doppio giudizio costituisca di fatto, nell'attuale contesto normativo, **l'unico sebbene parziale rimedio all'assenza di una disciplina europea armonizzata in tema di attribuzione della giurisdizione penale**. Nonostante gli Stati abbiano inteso vincolarsi ad obblighi di informazione e consultazione reciproca, allo scopo di evitare discrasie operative e futili dispendi di risorse, la mancanza di criteri ordinatori di portata generale comporta che il coordinamento fra giurisdizioni sia orchestrato in base alla fiducia nell'altrui attività, all'attivismo ed all'attenzione delle singole autorità coinvolte, agli schemi – solo in parte soddisfacenti – del *ne bis in idem*, la cui lettura estensiva non può dunque che essere positivamente salutata.

Può essere un esempio elettivo di questa lettura estensiva la giurisprudenza intervenuta a chiarire il richiamo alla **sussistenza di una decisione definitiva**, criterio al quale l'art. 54 CAAS e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE subordinano espressamente l'operatività del divieto di doppio giudizio.

Nel caso *Mantello*, riguardante l'interpretazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo in relazione alla possibilità di negarne l'esecuzione per violazione del divieto di doppio giudizio, il Collegio ha infatti puntualizzato che **la nozione di decisione definitiva non dipende – o quantomeno non dipende in toto – da categorie di diritto dell'Unione europea: tale parametro deve essere valutato alla luce delle norme processuali interne e delle circostanze del caso di specie**. E' invero proprio l'applicazione della disciplina processuale e sostanziale di un altro Stato membro che l'autorità interna fronteggia nelle situazioni in cui si pone un problema di *bis in idem*. **Il requisito in esame, pertanto, coglie nel segno più profondo della fiducia reciproca** e del reciproco riconoscimento, poiché sia la nozione di decisione giudiziaria che la sua portata definitiva implicano necessariamente una valutazione condotta secondo canoni e sensibilità propri dell'ordinamento giuridico nazionale di riferimento.

Peraltro, la norma in esame denuncia una significativa **differenza tra la versione italiana ed ulteriori formulazioni linguistiche**: se infatti il testo italiano riporta “**sentenza definitiva**”, gli altri optano per espressioni di più ampio respiro¹³⁹, che consentono dunque di ritenere applicabile il divieto di doppio giudizio anche a **provvedimenti giurisdizionali di tipo diverso**, purché accomunati dal **carattere irrevocabile**.

L'ampiezza di tale disposto ha dunque sollevato problemi ermeneutici ulteriormente amplificati dall'estrema varietà di soluzioni ed istituti processuali vigenti in sede nazionale e che sono stati in più occasioni sottoposti alla Corte di giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale¹⁴⁰. Stante la difficoltà di inquadrare opportunamente la nozione di decisione definitiva, l'opera del Giudice dell'Unione è stata sino ad oggi tesa a **individuare i criteri generali ai quali i giudici nazionali possono improntare la propria valutazione** rispetto a questo profilo del *ne bis in idem* europeo.

La prima pronuncia sul punto, emessa all'esito delle citate cause riunite *Gözütok e Brugge*, è emblematica dell'estesa portata del concetto di provvedimento definitivo. Il Giudice dell'Unione è infatti intervenuto rispetto a **due particolari procedure deflattive di patteggiamento previste dal diritto olandese e tedesco**, che consentono la chiusura dell'esperienza processuale con l'archiviazione da parte del pubblico ministero, senza previo approfondito scrutinio ad opera di un giudice. Valutando l'applicabilità dell'art. 54 CAAS a simili riti, attraverso un approccio comparatistico, la Corte ha rilevato come pressoché tutti gli ordinamenti penali nazionali prevedano forme di giustizia negoziata.

Nell'esempio tedesco, il peculiare rito in parola poggia sul principio di opportunità dell'avvio e della prosecuzione dell'azione penale. In forza di tale principio, nelle sole ipotesi tassativamente indicate dal codice di procedura, complessivamente caratterizzate dall'evidente marginalità dell'offesa arrecata, la pubblica accusa può, in presenza di un accordo con l'indagato per il pagamento di una sanzione pecuniaria, avvalersi della facoltà di abbandonare l'esercizio dell'azione penale. In questo ambito il giudice interno opera un controllo di massima sul corretto inquadramento del caso di specie nelle ipotesi perentorie di cui al codice di rito e può dunque accogliere la richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero. Una volta emessa l'ordinanza di archiviazione, opera un effetto preclusivo parziale, giacché nuovi addebiti possono essere mossi solo nell'evenienza di nuovi elementi di prova o fatti sopravvenuti, che consentano di mutare la descrizione materiale o la qualificazione giuridica delle condotte realizzate.

Con riferimento al sistema olandese, invece, la procedura della *transactie* consente all'indagato di pervenire ad un accordo con la pubblica accusa e, una volta adempiuti gli obblighi concordati, beneficia dell'estinzione del reato.

Nell'opinione della Corte di giustizia, queste due procedure sono **idonee ad esercitare un effetto preclusivo** di un nuovo giudizio a livello europeo, a motivo di una serie di considerazioni sulla loro natura e portata, nonché sulle finalità perseguite. Esse, anzitutto, rappresentano una **modalità di amministrazione della giustizia rispettosa delle garanzie dell'individuo** ed una peculiare **manifestazione dello ius puniendi dello Stato**, poiché si concludono con l'irrogazione di una sanzione. Inoltre, la pena comminata tende, da un lato, al fine retributivo, ma, dall'altro lato, non è esente da una rilevante componente di prevenzione speciale, grazie alla quale si incentiva l'astensione dal compimento di ulteriori condotte criminose. Se dunque il ruolo del giudice si risolve in una mera ratifica formale dell'accordo, tuttavia tale intervento **garantisce la piena volontarietà e consapevolezza dell'adesione dell'indagato**.

Il Giudice dell'Unione ha poi condotto l'analisi dell'art. 54 CAAS secondo i modelli ermeneutici sistematico e finalistico, per giungere a sottolineare come, indipendentemente dal dato letterale di alcune versioni linguistiche, la sua portata debba abbracciare **anche provvedimenti diversi dalla sentenza**. Un contrario apprezzamento comporterebbe un insanabile contrasto con le finalità garantiste sottese al divieto di doppio giudizio, che ne risulterebbero gravemente frustrate a causa di una eccessiva limitazione dello spettro applicativo del principio.

L'interpretazione estensiva si giustifica infine per l'urgenza di evitare che il ricorso a questi riti premiali, invero particolarmente favorevoli per l'indagato in presenza di chiari elementi di colpevolezza, sia fortemente pregiudicato e disincentivato, a causa del possibile avvio di un altro procedimento da parte dell'autorità giudiziaria straniera. Il Collegio di Lussemburgo, valorizzando un approccio pragmatico, ha pertanto accordato **priorità all'effetto consumativo dell'azione penale** derivante dai riti negoziali, indipendentemente dalla forma del provvedimento che ne cristallizza l'esito.

Un secondo tassello fissato dalla giurisprudenza di Lussemburgo riguarda i provvedimenti che si caratterizzano per una **natura meramente ed essenzialmente processuale** e rispetto ai quali si esclude la capacità di esercitare qualsivoglia effetto preclusivo. Il principio è stato affermato in prima battuta nella **sentenza Miraglia**, nella quale la Corte ha statuito su un rinvio pregiudiziale formulato dall'autorità giudiziaria olandese in relazione ad un caso di traffico internazionale di stupefacenti verso l'Italia.

Poiché su tali vicende si erano innestati due procedimenti, rispettivamente nei Paesi Bassi ed in Italia, le autorità del primo Stato avevano disposto l'**archiviazione dell'azione penale**, eccedendo tuttavia in un secondo momento di non poter nemmeno prestare assistenza giudiziaria ed investigativa agli inquirenti italiani, in base all'art. 54 CAAS, nella convinzione che simile attività avrebbe determinato una violazione del divieto di doppio giudizio.

Il Giudice europeo ha ritenuto di non supportare tale interpretazione, in quanto la soluzione suggerita dalle autorità olandesi avrebbe determinato l'applicazione del *ne bis in idem* in relazione ad una mera decisione del pubblico ministero di non proseguire l'azione penale – peraltro originata da un coordinamento

con gli inquirenti italiani e dalla conseguente volontà di non duplicare le indagini in corso – inidonea ad assicurare un effettivo accertamento dei profili di responsabilità in capo all'indagato. Valutando *a contrario* la pronuncia, l'orientamento della Corte consente di selezionare un ulteriore parametro utile a stabilire se un provvedimento interlocutorio ricada nell'ambito operativo dell'art. 54 CAAS: è infatti necessario considerare **se la decisione in esame contenga una pur parziale statuizione sul merito della fattispecie o, in senso ulteriore, un esercizio dello *ius puniendi* statale.**

L'orientamento avvalorato nella sentenza *Miraglia* è stato ribadito ed ulteriormente sviluppato nella successiva pronuncia *Turansky*, inerente al dibattito inquadramento di una **decisione di sospensione delle indagini** da parte delle autorità di polizia slovacche.

In questo contesto, la Corte ha precisato di poter riconoscere **carattere definitivo e conseguente portata preclusiva** ad un provvedimento **solo nella misura in cui esso sia idoneo ad estinguere in maniera definitiva l'azione penale intrapresa**, mediante una decisione che abbia forza di *res judicata* nello Stato di emissione. Ai fini del *ne bis in idem* europeo, questo requisito deve essere ricostruito nella sua dimensione transnazionale, poiché l'art. 54 CAAS implica che uno Stato membro debba accordare efficacia preclusiva ad una pronuncia se nell'ordinamento di origine quello stesso provvedimento è idoneo ad innescare il divieto di doppio giudizio. Se invece tale effetto non opera, allora il secondo giudizio può essere avviato, poiché altrimenti il divieto di *bis in idem* si tradurrebbe in una insuperabile preclusione all'accertamento nel merito delle responsabilità. In assenza di efficacia di giudicato, pertanto, la decisione dell'autorità di un altro Stato membro integra una sospensione dell'accertamento, che può essere superata ad esempio una volta scoperte nuove e più rilevanti prove.

D'altra parte, la Corte non ha chiarito se la valutazione sul merito della causa rappresenti in ogni caso una *conditio sine qua non* per l'applicazione del *ne bis in idem*. La questione è stata in via indiretta sollevata nel caso *Gasparini*, nel quale si prospettava una fondamentale alternativa, suscettibile di rilevanti conseguenze pratiche: subordinare il divieto di doppio giudizio ad un effettivo accertamento nel merito o ritenere sufficiente a tale fine la **dichiarazione di estinzione di un reato per intercorsa prescrizione**. A favore di quest'ultima impostazione deponono alcune considerazioni. Anzitutto, la *ratio* della prescrizione affonda le radici nell'obiettivo di prevenzione generale sotteso all'irrogazione di una pena, poiché tale istituto interviene nelle ipotesi in cui, per il decorso di un significativo lasso di tempo, l'interesse collettivo alla sanzione sia mitigato se non del tutto neutralizzato. In linea di principio, dunque, la declaratoria di estinzione del reato non presuppone alcuna valutazione sui profili di responsabilità. Inoltre, il secondo orientamento scoraggerebbe indebiti tentativi di *forum shopping* da parte degli indagati, con il fine di beneficiare del regime prescrizione di maggior favore¹⁴⁸.

Ciononostante, la Corte ha optato per la lettura più estensiva dell'art. 54 CAAS, prendendo le mosse da una opposta prospettiva. Essa ha infatti evidenziato come nessuna disposizione del Trattato o della CAAS subordini l'operatività del *ne bis in idem* alla previa armonizzazione dei sistemi penali nazionali, né di conseguenza alla definizione di norme comuni in materia di prescrizione. Ne deriva che **le scelte normative esercitate in materia da ciascuno Stato membro non possono costituire un ostacolo alla piena applicazione del divieto di doppio giudizio**. Piuttosto, alla luce del principio del reciproco riconoscimento, **gli Stati sono tenuti ad accettare le soluzioni alle quali perviene l'applicazione del diritto di altri Stati membri**.

La Corte ha aggiunto un ulteriore elemento al *corpus* di criteri interpretativi della nozione di decisione definitiva con la citata sentenza *Van Straaten*, originata da una **pronuncia assolutoria motivata dall'insufficienza di prove** a carico dell'imputato. In un simile caso, in effetti, il carattere decisivo della statuizione del giudice nazionale investe l'impossibilità, allo stato degli atti, di ascrivere una condotta criminosa ad un determinato soggetto. Di regola, una volta intercorso il provvedimento irrevocabile, anche in presenza di nuove evidenze probatorie a carico del soggetto prosciolto, il procedimento non potrebbe più essere riaperto nei suoi confronti. Perciò, anche in queste ipotesi può avere applicazione il divieto di doppio giudizio.

La *causa M.* ha ulteriormente chiarito il dubbio se effetti preclusivi possano derivare da una **decisione di non luogo a procedere suscettibile di riconsiderazione in presenza di nuovi fatti o prove sopravvenute** a carico dell'imputato. Al riguardo, il Giudice dell'Unione ha confermato l'assunto in base al quale **la mera circostanza che un procedimento possa essere in futuro riaperto non è sufficiente a**

neutralizzare il divieto di doppio giudizio, né lo è, in assonanza con la giurisprudenza CEDU, la disponibilità di mezzi di impugnazione straordinari.

La cd. condizione di esecuzione

La giurisprudenza sinora considerata ha da ultimo il suo naturale completamento nelle sentenze della Corte rispetto ad un'altra condizione operativa del *ne bis in idem* prevista dall'art. 54 CAAS, ossia il fatto che **la pena irrogata con la sentenza di condanna sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita**. Il presupposto in esame ha determinato alcune difficoltà ricostruttive.

Proprio quest'ultimo profilo è stato posto all'attenzione della Corte di giustizia nella causa *Kretzinger*, nella quale il giudice dell'Unione ha chiarito che **la pena condizionalmente sospesa deve essere considerata come in corso di esecuzione e, una volta fruttuosamente decorso il termine di sospensione, può ritenersi eseguita**. Nell'ipotesi in cui le prescrizioni alle quali è vincolata la sospensione siano violate, infatti, il soggetto coinvolto si troverebbe con ogni probabilità a dover scontare la pena applicata; al contrario, il proficuo svolgimento del periodo di "congelamento" dell'esecuzione comporta una valutazione positiva sulla condotta del condannato, che giustifica il venir meno della pretesa punitiva dello Stato, pur a fronte dell'accertata responsabilità penale.

Lo stesso dicasi per le **pene che, a motivo della successione di leggi penali nel tempo, non siano più suscettibili di esecuzione**. Questa circostanza si è in effetti presentata nel caso *Bourquain*, nel quale la riforma del codice penale militare francese – e segnatamente l'abolizione della pena capitale – aveva reso ineseguibile la pena di morte comminata all'imputato negli anni '60, in relazione all'omicidio di un commilitone¹⁵⁹.

L'importanza dell'orientamento della Corte trova conferma in un'analisi comparativa del testo dell'art. 54 CAAS con il disposto dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che consacra in questa fonte di valore primario il divieto di doppio giudizio. L'art. 50, infatti, nella versione linguistica italiana, **ricorre così come l'art. 54 CAAS all'espressione «sentenza penale definitiva»**, di modo che un'interpretazione letterale – come visto rigettata dalla Corte a favore di una lettura maggiormente ambiziosa del principio – potrebbe circoscrivere in misura significativa il campo operativo del divieto di doppio giudizio.

L'identità del fatto

In via di principio, si prospettano tre possibili letture: una prospettiva normativa, che dunque abbia riguardo per la fattispecie nella quale gli accadimenti vengono sussunti; il piano storico-naturalistico, che privilegia le vicende per come concretamente avvenute; una soluzione mediana, incentrata sulla valorizzazione del bene giuridico presidiato dalla norma¹.

Il criterio in esame conosce pertanto diverse declinazioni a seconda dell'ordinamento o del contesto giuridico nel quale è oggetto di valutazione. Nel sistema della CEDU, **l'art. 4 del Protocollo n. 7 ricorre al termine «offence», analogamente all'art. 50 della Carta, che nella versione italiana recita «reato»**, facendo dunque presagire la rilevanza della qualificazione giuridica formale delle condotte contestate. L'art. 54 CAAS, invece, menziona fra gli elementi costitutivi del divieto di doppio giudizio l'identità dei «fatti».

¹ E' evidente come, in ipotesi transfrontaliere, la scelta fra questi criteri appaia maggiormente complessa. V. sul punto C. VAN DER WYNGAERT, G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and comparative law quarterly*, 1999, p. 788; A. KLIP, H. VAN DER WILT, *Non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, p. 711. Questi ultimi Autori evidenziano come, ai fini dell'individuazione dell'identità dei fatti, uno dei pochi casi di formale combinazione del criterio naturalistico con quello normativo si riscontri nell'ordinamento olandese: «*The Dutch approach combines the historical facts with the legal qualification of the crime for which the accused is prosecuted twice. If a second crime based on the same historical facts protects entirely different values, then the accused may not enjoy the protection*».

Quest'ultimo rilievo terminologico ha determinato per lungo tempo significative conseguenze sul piano giurisprudenziale, generando alcune discrasie fra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, risolte solo in anni recenti. A questo proposito, la Corte di giustizia, nell'interpretare l'art. 54 CAAS, ne ha tradizionalmente avvalorato una accezione estensiva, **incentrata sull'identità del fatto storico-materiale**². Questa impostazione trova applicazione anche ove sussistano circostanze di fatto inscindibilmente connesse fra loro, sebbene non necessariamente sovrapponibili *in toto* dal punto di vista storico. Tale nesso può essere accertato sulla base di parametri quali **l'unicità di tempo e spazio e l'identità del disegno criminoso, indipendentemente da elementi quali la diversità delle persone coinvolte o la non totale coincidenza delle condotte**³.

La Corte ha ribadito poi nella pronuncia *Krajienbrink* che l'identità del fatto **non impone la completa parificazione naturalistica delle vicende**, estendendo tale principio anche a reati accessori o secondari rispetto a quelli già giudicati⁴. Nel caso di specie, in effetti, la cittadina olandese in questione era stata sottoposta a duplice procedimento – nei Paesi Bassi ed in Belgio – per reati tributari. Alcune violazioni, di carattere ancillare in raffronto a quelle per le quali era già intercorsa sentenza di condanna e ad esse avvinte dall'unicità del disegno criminoso, erano state scoperte solo successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia del giudice olandese ed erano state contestate dall'autorità belga. La Corte, sul punto, ha dunque precisato che la possibilità di rilevare un collegamento inscindibile nel tempo, nello spazio e per oggetto tra i fatti – valutazione che spetta in ogni caso al giudice nazionale – è idonea a superare la non perfetta identità delle condotte, per abbracciare nell'effetto preclusivo del giudicato anche vicende ancillari a quelle effettivamente contestate.

La lettura proposta dalla Corte di giustizia ha fondamento non soltanto sul dato letterale dell'art. 54 CAAS, ma anche sulla **consapevolezza della considerevole varietà delle disposizioni incriminatrici vigenti negli Stati membri** a tutela di un bene giuridico analogo. Questa circostanza, in assenza di misure europee di armonizzazione o ravvicinamento degli ordinamenti penali nazionali, impone di evitare che l'eterogeneità delle norme interne incida negativamente sulla portata del *ne bis in idem*, limitandone la sfera operativa.

Diversamente, **la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha evidenziato in passato orientamenti ondivaghi**. In un primo momento, la Corte ha supportato una lettura storico-fattuale dell'elemento costitutivo in esame⁵, operando tuttavia un brusco *révirement* in

² Cfr. la sentenza 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroek*, in *Racc.* p. I-2333, punto 36. Peraltro, la Corte sostiene una lettura analoga del requisito in esame anche nel contesto della disciplina della concorrenza: V., fra le altre, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, le pronunce 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, *SGL Carbon AG*, in *Racc.* p. I-3921; 18 dicembre 2008, causa C-101/07 P, *Coop de France bétail et viande*, in *Racc.* p. I-193, punto 127. V. altresì le conclusioni dell'Avvocato Generale Jarabo Colomer, presentate l'11 febbraio 2003 nella sopra citata causa *Aalborg Portland*. Tuttavia, in questo contesto, il Giudice dell'Unione aggiunge agli elementi costitutivi del principio anche l'identità del fine perseguito dalle norme applicate. Come sottolineato dall'avvocato generale Sharpston, ciò deriva dal fatto che l'elaborazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto *antitrust* si collega al potere delle istituzioni europee di comminare sanzioni alle imprese «in un contesto strettamente sovranazionale e con riguardo a un unico ordinamento giuridico disciplinato da un insieme uniforme di norme». V. le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, in *Racc.* p. I-9199, punto 157.

³ V. la sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, cit. Nella causa in questione, un cittadino olandese era stato condannato dal Tribunale di Milano per traffico internazionale di una quantità di eroina rispetto alla quale aveva già ottenuto l'assoluzione per mancanza di prove idonee a sostenere l'accusa in un precedente procedimento condotto in Olanda. Quest'ultimo procedimento, peraltro, aveva riguardato anche ulteriori contestazioni, per le quali era invece intercorsa una sentenza di condanna.

⁴ Cfr. la sentenza 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Krajienbrink*, in *Racc.* p. I-6619.

⁵ V. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 ottobre 1994, ricorso n. 15963/90, *Gradinger c. Austria*.

favore della prioritaria considerazione della qualificazione giuridica delle vicende occorse⁶. In particolare, La Corte di Strasburgo ha precisato come, in presenza di più procedimenti fondati su diverse valutazioni giuridiche delle medesime vicende, la nozione di *idem factum* sia integrata allorché tra le fattispecie incriminatrici coinvolte sussista un rapporto di continenza, ossia quando una di esse contenga tutti gli elementi costitutivi dell'altra, unitamente ad uno o più elementi specializzanti⁷. Una sfumatura ulteriore è stata poi sostenuta nell'ordinanza *Ponsetti e Chensel c. Francia*⁸, in tema di reati fiscali. La Corte di Strasburgo ha infatti valorizzato in via prioritaria il differente elemento soggettivo sotteso a due fattispecie del codice penale transalpino, allo scopo di dichiarare compatibile con il Protocollo 7 della Convenzione l'avvio di distinti procedimenti penali per condotte criminose pur sviluppatasi nel medesimo contesto fattuale⁹.

Da ultimo, peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata sui propri passi, avviando così un percorso di allineamento con il maggior standard di tutela assicurato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, secondo una dinamica curiosamente inversa rispetto a quella indicata all'art. 52 della Carta. Con la sentenza *Zolotukhin c. Russia* del 2009¹⁰, pertanto, la nozione di «*offence*» di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU è stata valutata secondo un'accezione storico-materiale. Benché, come non manca di sottolineare la dottrina, permangano margini di incertezza¹¹, il *révirement* in questione segna un passo decisivo nella direzione di una proficua reciproca influenza tra le due Corti, ed è stato in effetti di recente confermato dalla Corte di Strasburgo. Nel caso *Muslija c. Bosnia Erzegovina*¹², la Corte ha infatti posto un freno all'avvio di procedimenti paralleli all'interno di una stessa giurisdizione, nel momento in cui uno di questi sia giunto a decisione definitiva. Merita peraltro precisare che in alcuni ordinamenti nazionali, *in primis* quello italiano, la garanzia accordata in simili situazioni è ulteriormente rafforzata: sia allo scopo di evitare all'imputato duplici esperienze processuali, sia al fine di scongiurare futili dispendi di risorse, il limite alla conduzione

⁶ Cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 30 luglio 1998, ricorso n. 25711/94, *Oliveira c. Svizzera*. La Corte ha inteso attribuire rilievo prioritario alla qualificazione giuridica del fatto, ritenendo rispettoso del principio del *ne bis in idem* l'avvio di un procedimento penale per lesioni colpose nei confronti di un soggetto che già aveva subito un procedimento per la contravvenzione di guida in stato di ebbrezza. Nell'opinione della Corte, la mancata contestazione di una specifica aggravante sullo stato di ebbrezza della conducente al momento dell'incidente consentiva di ritenere i due procedimenti reciprocamente compatibili, in quanto avviati per reprimere due poli distinti di un concorso formale di reati.

⁷ Cfr. la sentenza del 29 maggio 2001, ricorso n. 37950/95, *Fischer c. Austria*, orientamento confermato ad es. nelle sentenze 30 maggio 2002, ricorso n. 8275/97, *W.F. c. Austria*, e 6 giugno 2002, ricorso n. 38237/97, *Sailer c. Austria*.

⁸ V. la sentenza del 14 settembre 1999, ricorsi n. 36855/97 e n. 41731/98, *Ponsetti e Chesnel c. Francia*. Secondo la Corte le condotte incorse potevano essere sussunte in due distinte fattispecie, caratterizzate da diversi elementi costitutivi: «*Under the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation, while there is no requirement that fraudulent means should have been used for the offence under Article 1741 of the General Tax Code to be made out, the accused must nevertheless have "wilfully" failed to make his returns within the prescribed times. Thus, the constitutive elements of that offence are different from those of the "fiscal offence" under Article 1728 of the General Tax Code, which is constituted by the failure to make the returns within the prescribed period. In other words, Articles 1741 and 1748 of the General Tax Code do not relate to the same offence, such that no question can arise in the instant case under Article 4 of Protocol No. 7*».

⁹ Secondo la Corte le condotte incorse potevano essere sussunte in due distinte fattispecie, caratterizzate da diversi elementi costitutivi: «*Under the case-law of the Criminal Division of the Court of Cassation, while there is no requirement that fraudulent means should have been used for the offence under Article 1741 of the General Tax Code to be made out, the accused must nevertheless have "wilfully" failed to make his returns within the prescribed times. Thus, the constitutive elements of that offence are different from those of the "fiscal offence" under Article 1728 of the General Tax Code, which is constituted by the failure to make the returns within the prescribed period. In other words, Articles 1741 and 1748 of the General Tax Code do not relate to the same offence, such that no question can arise in the instant case under Article 4 of Protocol No. 7*».

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*.

¹¹ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order*, cit.: l'Autore evidenzia come le residue differenze nella ricostruzione del principio fra diverse branche del diritto Ue non consentano di inquadrare compiutamente l'istituto quale principio fondamentale comune agli ordinamenti in questione.

¹² V. la sentenza del 14 gennaio 2014, ricorso n. 32042/11, *Muslija c. Bosnia-Erzegovina*, par. 37.

di procedimenti contestuali è anticipato all'intervento di una decisione non definitiva¹³, ad ulteriore testimonianza della complessità ed articolazione del principio nel sistema europeo multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

¹³ V. nel caso italiano la sentenza della Cassazione penale, Sezioni unite, del 28 giugno 2005, n. 34655.