

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO: RECIPROCO RICONOSCIMENTO VS DIRITTI FONDAMENTALI?*

Note a margine delle sentenze [Radu](#) e [Melloni](#) della Corte di Giustizia

di Chiara Amalfitano

SOMMARIO: 1. La decisione quadro 2002/584/GAI e i motivi ostativi al riconoscimento del mandato d'arresto europeo. – 2. Reciproco riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza *Radu* ... – 3. ... E nella sentenza *Melloni*. – 4. (*Segue*): la prima pronuncia interpretativa dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 5. Il superamento della teoria c.d. dei controlimiti? – 6. Un possibile differente bilanciamento tra esigenze di cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali.

1. La decisione quadro 2002/584/GAI e i motivi ostativi al riconoscimento del mandato d'arresto europeo.

Sul piano nazionale le scelte del legislatore penale in materia processuale sono improntate all'esigenza di bilanciare interessi contrapposti rappresentati, da un lato, dall'amministrazione efficiente della giustizia e, dall'altro lato, dalla tutela effettiva dei diritti fondamentali dell'individuo, *in primis* il diritto di difesa e dell'equo processo. Analoga esigenza si riscontra sul piano sovranazionale, dove occorre elaborare soluzioni che assicurino un corretto bilanciamento tra la tutela di tali diritti e l'effettività dei meccanismi di cooperazione giudiziaria.

Siffatto obiettivo è perseguito anche nell'elaborazione della decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d'arresto europeo (MAE) e alle procedure di consegna tra Stati membri¹, primo strumento di cooperazione giudiziaria di "nuovo genere", fondato sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali². La semplificazione che esso realizza del tradizionale meccanismo estradizionale passa

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione nel volume *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di R. MASTROIANNI, D. SAVY, Napoli, 2013.

¹ Si tratta della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, pubblicata in *GUCE* L 190 del 18 luglio 2002. Per la trasposizione nel nostro ordinamento cfr. la l. 22 aprile 2005, n. 69 contenente «Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI», in *GU* n. 98 del 29 aprile 2005.

² Cfr. il considerando n. 6. Il principio, configurato per la prima volta come fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione dal Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 (cfr. punto 33 delle conclusioni), trova oggi espressa codificazione a livello pattizio, nell'art. 82 TFUE.

attraverso, tra l'altro³, l'individuazione di motivi tassativi di rifiuto dell'esecuzione del MAE (artt. 3, 4 e 4 *bis*), tale scelta giustificandosi in virtù della fiducia reciproca che caratterizza (*rectius*, dovrebbe caratterizzare) i rapporti tra Stati membri⁴ e che ha, a sua volta, come presupposto la condivisione di valori comuni e, appunto, il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo (secondo le prescrizioni di cui all'art. 6 TUE).

Presumibilmente per tale ragione, la decisione quadro, pur sancendo nei considerando nn. 12-13⁵ e nell'art. 1, par. 3⁶, che il meccanismo di cooperazione da essa instaurato non pregiudica il rispetto dei diritti dell'individuo – diritti che in alcune specifiche declinazioni trovano comunque tutela espressa anche in motivi particolari di rifiuto (si pensi al *ne bis in idem* di cui all'art. 3, punto 2, o alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 4, punto 6, o, ancora, alle garanzie relative al riconoscimento di un MAE "esecutivo" rispetto ad un procedimento svoltosi *in absentia*, di cui all'art. 4 *bis* –

³ La bibliografia sulla decisione quadro e sulla legge di trasposizione in Italia è amplissima. In tema, con analisi degli aspetti rispetto a cui il nuovo strumento di cooperazione giudiziaria semplifica il procedimento estradizionale, cfr., per tutti, M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino 2005; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 21 ss. e 203 ss.; L. KALB (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005; M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (dir.), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006; G. DE AMICIS, *Mandato di arresto europeo*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012; M. CHIAVARIO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013.

⁴ Cfr. il considerando n. 10. Sulla fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri cfr., per tutti, G. STESSENS, *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002, 93 ss.; D. FLORE, *Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle"*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003, 133 ss.; ID., *La notion de confiance mutuelle: l'"alpha" ou l'"omega" d'une justice pénale européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/ Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, 2005, 17 ss.; B. NASCIBENE, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et reconnaissance mutuelle*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2011, 787 ss. Cfr. anche la comunicazione della Commissione, *Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) 195 def.

⁵ Il considerando n. 12 prevede che la decisione quadro «rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un [MAE] qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il [MAE] sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi. La decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione». Il considerando n. 13 dispone che «[n]essuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorché sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti».

⁶ Secondo tale disposizione «[l']obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro».

su cui *infra*, § 3) – non prevede un motivo autonomo/generale di diniego del riconoscimento/esecuzione costituito dall'esigenza di assicurare il rispetto di tali diritti⁷. Ciò diversamente da quanto accade tipicamente nel settore della cooperazione giudiziaria civile, dove da sempre è previsto – come motivo generale di rifiuto del riconoscimento/ esecuzione della decisione straniera – l'«ordine pubblico», invocato di regola proprio a garanzia del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo⁸.

La possibilità di invocare siffatta necessità di tutela in assenza di una previsione espressa della decisione quadro e, quindi, in circostanze da essa non specificamente delineate come motivi tassativi di rifiuto, con conseguente blocco del funzionamento del meccanismo di cooperazione giudiziaria ivi disciplinato, è stata affrontata dalla Corte di giustizia in due recenti pronunce, oggetto di esame nei paragrafi seguenti⁹.

⁷ In dottrina, pur con diverse sfumature, sostanzialmente nel senso che, alla luce delle richiamate previsioni, è comunque possibile rifiutare l'esecuzione di un MAE laddove si riscontri la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo cfr. D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *Journal des tribunaux*, 2002, 273 ss., spec. 279; S. DE BIOLLEY, *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous la présidence belge*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éd.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, cit., 169 ss., spec. 195; E. SELVAGGI, O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cass. pen.*, 2002, 445 ss., spec. 457; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 27 ss., spec. 43 s.; A. LANG, *Il mandato d'arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie delle persone*, Milano, 2004, 19 ss., spec. 46 s.; I. VIARENGO, *Mandato d'arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali*, *ibidem*, 137, spec. 155 ss. Sul mancato rispetto dei diritti fondamentali quale possibile motivo di non riconoscimento/ esecuzione delle decisioni straniere cfr. anche G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice. 3. Quelle Europe pénale dans la Constitution?*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (éd.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005, 317 ss., spec. 344 s.

⁸ Sul tema cfr., da ultimo, C. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, Padova, 2012, 69 ss. Per l'invocabilità della contrarietà del MAE ai diritti fondamentali dell'individuo quale clausola di salvaguardia di ordine pubblico, osservando che la decisione quadro, pur non presentandolo espressamente tra i motivi di rifiuto, fa riferimento ad esso indirettamente, rilevando quale causa di non esecuzione della decisione straniera "mascherato" sotto le spoglie indicate cfr., ad esempio, G.L. TOSATO, *Some Remarks on the Limits to Mutual Recognition of Judicial Decisions in Civil and Criminal Matters within the European Union*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 869 ss., spec. 874 ss.; M.H. DESCAMPS, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales*, in *Actualités de droit pénal européen* (Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n. 9), Bruxelles, 2003, 85 ss., spec. 102.

⁹ Già nella causa C-306/09, *I.B.*, decisa con sent. 21 ottobre 2010 (in *Racc.* I-10341), la Corte di giustizia era stata chiamata a confrontarsi con tale quesito, ad essa chiedendosi di verificare, tra l'altro, «se gli artt. 3 e 4 della decisione quadro [sul MAE] debbano essere interpretati nel senso che ostano a che le autorità giudiziarie di uno Stato membro rifiutino l'esecuzione di un [MAE] qualora sussistano seri motivi per ritenere che la sua esecuzione determinerebbe una lesione dei diritti fondamentali dell'interessato sanciti dall'art. 6, n. 2» TUE. Il quesito non ha trovato, tuttavia, risposta in virtù delle soluzioni date alle altre questioni pregiudiziali sollevate e della tutela accordata, per tale via, al destinatario del MAE.

2. Reciproco riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza *Radu* ...

Nella causa *Radu*, decisa con sentenza del 29 gennaio 2013¹⁰, i giudici di Lussemburgo sono stati sostanzialmente chiamati a verificare se il diritto di difesa (di cui agli artt. 47-48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU) è rispettato dal fatto che il destinatario del MAE, emesso dalle autorità (nella specie, tedesche) con finalità processuali, non è stato ascoltato (e quindi non ha potuto esercitare tale diritto) prima della sua emissione e, pertanto, se è possibile rifiutare l'esecuzione del MAE in considerazione del fatto che il soggetto da consegnare non è garantito in suo diritto ritenuto fondamentale¹¹.

Dopo aver ricordato che la decisione quadro sul MAE sostituisce nei rapporti tra gli Stati dell'Unione il sistema multilaterale di estradizione, introducendo una procedura semplificata di consegna basata sul principio del reciproco riconoscimento, la Corte afferma che, ai sensi del suo art. 1, par. 2, gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un MAE, potendo rifiutarne l'esecuzione – come già sostenuto in precedenti occasioni¹² – solo nei casi tassativamente elencati dagli artt. 3, 4 e 4 *bis* della decisione quadro, o subordinare la consegna alle condizioni di cui al suo art. 5. Perciò, pur essendo vero che, in forza del citato art. 4 *bis* (su cui v. *amplius infra*, § 3), «la violazione dei diritti della difesa nel corso del processo che ha portato alla pronuncia della condanna in contumacia può, a talune condizioni, costituire un motivo di non esecuzione di un mandato d'arresto emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà», analogo diniego dell'esecuzione non può opporsi qualora (come nel caso di specie) il MAE sia stato emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale senza che la persona ricercata sia stata sentita dalle autorità giudiziarie emittenti, poiché tale circostanza non rientra tra i motivi di non esecuzione del MAE previsti dalla decisione quadro 2002/584 (punti 37-38).

Ne deriva, secondo i giudici di Lussemburgo, che il rispetto degli artt. 47 e 48 della Carta non esige di rifiutare l'esecuzione del mandato con finalità processuali a causa della mancata audizione del ricercato prima dell'emissione del mandato (punto

¹⁰ Si tratta della sentenza relativa alla causa C-396/11, non ancora pubblicata in *Racc.* Tra i primi commenti cfr. L. DELGADO, *Droits fondamentaux et reconnaissance mutuelle: une jurisprudence troublante ou simplement prudente?*, in www.gdr-elsj.eu, 2 février 2013; S.C. CONIGLIARO, S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *questa Rivista*, 3 giugno 2013. Sul rinvio pregiudiziale cfr. A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant*, in *ECLR*, 2012, 338 ss.

¹¹ Il rinvio pregiudiziale esperito dal giudice rumeno si sostanzialmente in sei quesiti, ricondotti a tre questioni dall'avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni presentate in data 18 ottobre 2012 e a due questioni dalla Corte di giustizia (la seconda delle quali dichiarata irricevibile perché considerata meramente ipotetica: cfr. punto 24 della sentenza).

¹² Cfr. ad esempio, sentenze 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU *Leymann e Pustovarov*, in *Racc.* I-8983, punto 51; 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, *ibidem*, I-11477, punto 37; 28 giugno 2012, causa C-192/12 PPU, *West*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 55; 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 29.

39) e che, anzi, un tale obbligo di 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*» (punto 40, corsivo aggiunto). La Corte ricorda, infine, che, ad ogni modo, per non compromettere l'efficacia del meccanismo del MAE ed al contempo assicurare la tutela dei diritti di difesa, il legislatore europeo ha garantito il diritto all'audizione nello Stato membro di esecuzione prima di procedere alla consegna del destinatario del MAE (punto 41), e risolve il quesito statuendo che la decisione quadro «deve essere interpretata nel senso che le autorità giudiziarie di esecuzione non possono rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale a motivo del fatto la persona ricercata non è stata sentita nello Stato membro emittente prima dell'emissione di tale mandato d'arresto» (punto 43)¹³.

3. ... E nella sentenza *Melloni*.

La seconda sentenza, del 26 febbraio 2013, relativa al caso *Melloni*¹⁴, è – almeno per i fini che qui ci proponiamo – più interessante della precedente ed è stata oggetto di più vivaci discussioni.

Ciò in considerazione del fatto che il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia non solo (i) di verificare se uno Stato membro può rifiutare l'esecuzione di un MAE (emesso con finalità esecutive a seguito di un processo svoltosi *in absentia*) se lo Stato membro di emissione (nella specie, l'Italia) non assicura (sempre e comunque) la revisione del processo (e, per tale via, i diritti della difesa e dell'equo processo), ma anche – (ii) una volta che sia riscontrata la compatibilità con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali della decisione quadro 2002/584, che non prevede un motivo di rifiuto così caratterizzato – (iii) di valutare se un tale rifiuto possa eventualmente giustificarsi sulla base di una disposizione nazionale di rango costituzionale che assicura il diritto all'equo processo, sostenendosi che non subordinare la consegna del destinatario del MAE (sempre e comunque, appunto) alla revisione del processo *in absentia* implicherebbe una "violazione indiretta" della Costituzione nazionale¹⁵. A

¹³ Più cauta e protezionista è la tesi dell'avvocato generale Sharpston (cfr., in particolare, il punto 97 delle conclusioni), su cui *infra*, § 6.

¹⁴ Cfr. causa C-399/11, non ancora pubblicata in *Racc.*, su cui, in particolare, cfr. G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, [in questa Rivista](#), 7 giugno 2013; E. NALIN, *Motivi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo e primato del diritto dell'Unione*, in *Sud in Europa*, aprile 2013, 19 ss. Sul rinvio pregiudiziale cfr. A. TINSLEY, *Note on the Reference in Case C-399/11, Melloni*, in *NJECL*, 2012, 19 ss.; sulle conclusioni dell'avvocato generale Bot cfr. D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, [in questa Rivista](#), 22 ottobre 2012, spec. 7 ss.

¹⁵ Come risulta dai punti 20-21 della sentenza in esame, è giurisprudenza consolidata del Tribunal Constitucional spagnolo (giudice del rinvio nel caso di specie) – elaborata con riguardo al procedimento estradizionale, ma ritenuta applicabile anche all'esecuzione di MAE – quella per cui «costituisce una

sostegno dell'invocabilità di tale fonte per legittimamente bloccare l'operatività del meccanismo di cooperazione giudiziaria disciplinato dalla decisione quadro e, quindi, a supporto della prevalenza della garanzia offerta dalla Costituzione nazionale rispetto al diritto dell'Unione, viene richiamato l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, secondo cui «[n]essuna disposizione della [...] Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri» (corsivi aggiunti)¹⁶.

Dichiarato ricevibile il rinvio, contestato quanto all'applicazione *ratione temporis* dell'art. 4 *bis* della decisione quadro 2002/584 – introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI¹⁷ e oggetto dei quesiti di interpretazione e di validità formulati dal

violazione «indiretta» dei requisiti del diritto a un processo equo, in quanto lede il contenuto essenziale di un processo equo in modo da ledere la dignità umana, la decisione dei giudici spagnoli di concedere l'estradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa». Per un'analisi approfondita del contesto nazionale e dell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia cfr. A. TORRES PÉREZ, *Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door*; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011, in *European Constitutional Law Review*, 2012, 105 ss.; M.P. MANZANO, *The Spanish Constitutional Court and the Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe; Matters Relating to ATC 86/2011, of 6 June*, in *European Criminal Law Review*, 2013, 79 ss.

¹⁶ Per un'analisi esaustiva di tale disposizione, alla luce dei lavori preparatori della Carta, in rapporto a disposizioni di tenore analogo contenute in altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (*in primis*, l'art. 53 CEDU) e, evidentemente, nella prospettiva dell'acquisizione da parte della Carta di carattere giuridico vincolante cfr. J.B. LIJSBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, in *CMLR*, 2001, 1172 ss.

¹⁷ Si tratta della decisione quadro del Consiglio del 26 febbraio 2009 che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in *GUUE* L 81 del 27 marzo 2003. Con riguardo alla decisione quadro 2002/584 la normativa in parola abroga il suo art. 5, punto 1, sostituendolo con il menzionato art. 4 *bis*. Il termine di trasposizione della decisione quadro del 2009 era, ai sensi del suo art. 8, il 28 marzo 2011. Tuttavia, sulla base del par. 3 di tale articolo, l'Italia ha dichiarato di ottemperare alla nuova normativa a partire dal 1° gennaio 2014 (cfr. *GUUE* L 97 del 16 aprile 2009), continuando ad applicare, sino a quella data, le previsioni originarie di cui all'art. 5 della decisione quadro sul MAE. In circostanze di questo tipo, sempre il citato art. 8, par. 3, prevede che «[q]ualsiasi altro Stato membro può esigere che lo Stato membro che ha fatto siffatta dichiarazione applichi le disposizioni pertinenti [della decisione quadro 2002/584] nella loro versione iniziale al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo che emanano da tale altro Stato membro». Perplessità sulla soluzione accolta dalla Corte di giustizia quanto all'applicabilità della nuova normativa (e, quindi, alla ricevibilità della questione) sono evidenziate da G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali*, cit., 7 s., che pare ritenere che, a fronte della dichiarazione italiana, avrebbe dovuto trovare applicazione la disciplina previgente e non quella del 2009. Non pare, però, che la Spagna abbia in alcun modo esercitato la facoltà conferitale dalla disposizione da ultimo richiamata e chiesto di risolvere il quesito pregiudiziale alla luce della normativa di cui alla decisione quadro del 2002, piuttosto il giudice *a quo* sollevando le questioni interpretative e di validità rispetto all'art. 4 *bis* della decisione quadro, introdotto dalla riforma del 2009. È pertanto condivisibile la soluzione

giudice *a quo* – la Corte di giustizia risolve le tre questioni pregiudiziali sottoposte in linea, sostanzialmente, con le indicazioni formulate dall'avvocato generale Bot¹⁸.

Con riguardo al primo quesito, il giudice di Lussemburgo ricorda innanzitutto, analogamente a quanto avvenuto nella sopra analizzata sentenza *Radu*, che la decisione quadro sul MAE mira a sostituire, semplificandolo, il regime estradizionale di consegna nei rapporti tra gli Stati dell'Unione, al fine di rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si fonda su un elevato livello di fiducia tra tali Stati (punti 36-37), e che, pertanto, solo nelle ipotesi tassativamente previste agli artt. 4 e 4 *bis* della decisione quadro gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di mandati d'arresto (punto 38). Alla luce di un'analisi della lettera, del contesto e dello scopo dell'art. 4 *bis*¹⁹, esso dichiara, quindi, che qualora si riscontri, nel procedimento principale in cui è stata adottata la sentenza di condanna in relazione alla quale è stato emesso un MAE, una delle quattro condizioni (alternativamente) previste da tale disposizione²⁰ (come avveniva nel caso di specie²¹), lo Stato richiesto non può subordinare la consegna della persona condannata *in absentia* alla possibilità di riesame del giudizio, da svolgersi alla sua presenza (punti 39-40). Ciò perché l'art. 4 *bis*, par. 1, prevede in maniera esaustiva le fattispecie in cui l'esecuzione di un MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* deve considerarsi non lesiva dei diritti della difesa ed

della Corte nella misura in cui, rimettendosi (in linea con la propria consolidata giurisprudenza) alle valutazioni del giudice *a quo* quanto alla necessità di un rinvio pregiudiziale per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente, lo ha dichiarato ricevibile e ha risolto nel merito i quesiti ad essa sottoposti.

¹⁸ Cfr. le conclusioni presentate in data 2 ottobre 2012, non ancora pubblicate in *Racc.*

¹⁹ Su tale previsione (nonché *amplius*, sul processo *in absentia* e la cooperazione giudiziaria) cfr., per tutti, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, 3613 ss.; A. MANGIARACINA, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 120 ss.; F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 115 ss.; ID., *Nuove prospettive in materia di processo in absentia e procedure di consegna*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 85 ss.

²⁰ L'art. 4 *bis* consente agli Stati membri di rifiutare (si tratta di motivo facoltativo di diniego) l'esecuzione del MAE emesso con finalità esecutive se l'interessato non è comparso personalmente al processo, *salvo che* il mandato indichi una delle quattro condizioni (due *ante iudicium*, due *post iudicium*) individuate tassativamente ed esaustivamente dalla disposizione stessa e, dunque, salvo che si versi in una delle seguenti circostanze: la persona ricercata (a) sia stata, a tempo debito, personalmente citata o ufficialmente informata con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo e del fatto che la decisione avrebbe potuto essere emessa anche in caso di sua mancata comparizione in giudizio; (b) essendo al corrente del giudizio, abbia conferito un mandato ad un difensore – di fiducia o d'ufficio – che l'abbia in effetti patrocinata in giudizio; (c) dopo aver ricevuto la notifica della decisione *in absentia* e l'informativa sul suo diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello, abbia dichiarato di non opporvisi o comunque non abbia esercitato tali diritti entro il termine stabilito; (d) non avendo ricevuto personalmente la notifica della decisione *in absentia*, sarà espressamente e "senza indugio" informata, dopo la consegna, del diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello che consenta di riesaminare il merito della causa e condurre, eventualmente, alla riforma della decisione originaria.

²¹ Dove, infatti, il destinatario del MAE emesso con finalità esecutive, all'epoca in cui era imputato dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, era stato debitamente informato del fatto che il processo si sarebbe svolto anche in sua assenza e aveva volontariamente rinunciato a prendervi parte, nominando un difensore che lo ha rappresentato in tutti i gradi di giudizio, ivi compreso il ricorso in Cassazione.

è, pertanto, «incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione [ulteriore] che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto [sempre e comunque] di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato», il cui rispetto è già sostanzialmente assicurato, come detto, dal verificarsi di una delle condizioni di cui all'art. 4 *bis* (punto 44 e punto 43).

Relativamente alla seconda questione, la Corte considera perfettamente valida, alla luce degli artt. 47-48 Carta, la disciplina della decisione quadro introdotta nel 2009. Essa ricorda che il diritto a comparire personalmente al processo, pur essendo un elemento essenziale del diritto all'equo processo, non è assoluto, anche secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo: l'imputato, infatti, «può rinunciarsi, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante» (punti 49-50)²². In presenza di siffatte circostanze, quali specificate (e armonizzate) dal legislatore dell'Unione nella norma sottoposta al vaglio di legittimità, non possono ritenersi violate le citate disposizioni della Carta, non ledendo dunque in alcun modo l'art. 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti di difesa (punti 53-54).

Con riferimento, infine, alla terza questione, subordinata alla soluzione affermativa dei primi due quesiti, la Corte è chiamata a pronunciarsi, come anticipato, sulla portata dell'art. 53 della Carta.

Essa rileva che la prima interpretazione – delle tre prospettate dal giudice *a quo*²³ – secondo cui tale previsione autorizzerebbe in maniera generale gli Stati membri ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla loro Costituzione quando è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo all'applicazione di norme di diritto dell'Unione, permetterebbe agli Stati di subordinare l'esecuzione di un MAE emesso per l'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse prevista dall'art. 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro (punto 56). Una simile interpretazione dell'art. 53 della Carta non può, perciò, essere accolta (punto 57), perché pregiudicherebbe – secondo la Corte – il principio del primato del diritto dell'Unione, consentendo agli Stati membri di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi (come visto, in base alla risposta data al secondo quesito pregiudiziale) alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale (punto 58).

²² Nello stesso senso si esprime la decisione quadro 2009/299, al suo considerando n. 1.

²³ Per una dettagliata riproduzione delle quali cfr. conclusioni dell'avvocato generale Bot, punti 90-95. La condivisibilità o meno di tali differenti soluzioni interpretative è vagliata dall'avvocato generale ai successivi punti 96-136.

Secondo una giurisprudenza comunitaria consolidata, in virtù del richiamato principio del primato, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (punto 59)²⁴. Perciò, se è pur vero – come la Corte evidenzia – che «l'art. 53 Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali», ciò può avvenire soltanto «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 60, corsivi aggiunti²⁵).

L'art. 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro non attribuisce agli Stati membri, quando l'interessato si trova in una delle situazioni indicate in tale disposizione, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un MAE, rimediando alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo derivanti dall'esistenza di differenze, nelle legislazioni degli Stati membri, nella tutela dei diritti fondamentali. A tal fine, la decisione quadro procede ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un MAE in caso di condanna *in absentia*, riflettendo il consenso raggiunto dagli Stati membri in merito alla portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* destinatarie di un MAE (punti 61-62)²⁶. Di conseguenza,

²⁴ La Corte richiama le sentenze 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.* 1125, punto 3; 8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, *ibidem*, I-8015, punto 61. Sostanzialmente nello stesso senso si possono richiamare anche, ad esempio, le sentenze 13 luglio 1972, causa 48/71, *Commissione c. Italia*, *ibidem*, 529; 2 luglio 1996, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-473/93, *ibidem*, I-3207; 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki AE*, *ibidem*, I-9999.

²⁵ Si noti che la stessa affermazione è contenuta al punto 29 della sentenza *Åkerberg Fransson*, emessa lo stesso giorno, ovvero il 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, non ancora pubblicata in *Racc.* (sulla rilevanza e sulle possibili conseguenze di tale affermazione nel caso in parola e nel caso *Melloni v. infra*, § 4). Per i primi commenti a tale pronuncia cfr. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, [in questa Rivista](#), 15 aprile 2013; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, [in questa Rivista](#), 17 maggio 2013.

²⁶ Si noti che la decisione quadro del 2009 realizza un'armonizzazione delle legislazioni processuali penali degli Stati membri correttamente definita "riflessa" (cfr. G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali*, cit., 3616), perché non contiene una definizione di "processo *in absentia*" cui i legislatori nazionali devono conformarsi, ma individua le condizioni soddisfatte le quali il diritto all'equo processo deve considerarsi rispettato e le decisioni contumaciali devono essere riconosciute ed eseguite nell'Unione europea. Nel senso che la decisione quadro 2002/584, nel suo originario art. 5, punto 1, consentiva – qualora il destinatario del MAE con finalità esecutive non fosse stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia* – «all'autorità di esecuzione di esigere che l'autorità di emissione forn[isse] assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del [MAE] la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio[, spettando] all'autorità di esecuzione decidere se le assicurazioni fornite [fossero] sufficienti ed [essendo] pertanto difficile sapere con esattezza quando l'esecuzione [potesse] essere rifiutata»; proprio per superare tali difficoltà e ridurre la discrezionalità delle autorità dello Stato di esecuzione, si è ritenuto necessario intervenire, con la riforma del 2009, invertendo il rapporto di interlocuzione tra autorità giudiziarie, non essendo più quella dello Stato di esecuzione a

consentire ad uno Stato membro di impiegare l'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, per evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti di difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato di esecuzione, comporterebbe, non tanto un pregiudizio della Carta, il cui livello di tutela sarebbe, al più, innalzato, bensì (i) un pregiudizio per l'effettività del meccanismo di cooperazione disciplinato dalla decisione quadro, (ii) rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali da essa, come visto, tassativamente ed esaustivamente definito (nel rispetto della Carta)²⁷, e (iii) ledendo i principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare (punto 63)²⁸.

Alla luce di tutte le considerazioni richiamate, la Corte non può che concludere affermando che «l'art. 53 Carta deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto [sempre e comunque] di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione» (punto 64).

4. (Segue): la prima pronuncia interpretativa dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La sentenza testé esaminata rappresenta il primo caso di interpretazione dell'art. 53 della Carta, di cui la Corte di giustizia dà una lettura che è stata definita «integrativa, meglio correttiva»²⁹, perché (i) differente da quella che – in virtù del

dover chiedere e valutare le assicurazioni fornite dallo Stato di emissione, ma quella dello Stato di emissione a dover fornire specificazioni in ordine alle modalità di svolgimento del processo *in absentia* (v. *supra*, nota 20): si prevedono, infatti, «motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente», ovvero condizioni che consentono «all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al giudizio, pur rispettando pienamente il [suo] diritto alla difesa» cfr. già i considerando nn. 3 e 4 della decisione quadro 2009/299.

²⁷ A tal proposito, l'avvocato generale Bot afferma che una soluzione come quella suggerita dal giudice *a quo* «romperebbe l'equilibrio raggiunto dall'art. 4 bis» (cfr. punto 122 delle conclusioni).

²⁸ F. SIRACUSANO, *Nuove prospettive in materia di processo in absentia e procedure di consegna*, cit., 104, osserva che già «le cause che riducono il potere dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare la consegna sono tali, e così articolate, dal finire di fatto con l'escluderlo. [L'obiettivo raggiunto dalla decisione quadro 2009/299 non è quello] di «rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale» – come suggestivamente anticipato sia nei *consideranda*, sia all'art. 1 – , bensì [quello di] rimuovere qualunque ostacolo che si frapponga all'effettiva realizzazione dello strumento di cooperazione giudiziaria costruito sotto l'egida del mutuo riconoscimento».

²⁹ In tal senso cfr. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in www.diritticomparati.it/, 2 aprile 2013.

tenore letterale della disposizione – ci si sarebbe potuti attendere, tale per cui la Carta assicura solo il livello minimo di tutela, che può essere innalzato dalle Costituzioni nazionali³⁰; (ii) differente da quella sempre data al corrispondente art. 53 CEDU, che ha una formulazione analoga³¹ e che è stato tradizionalmente interpretato nel senso che la convenzione fornisce, appunto, solo la tutela minima dei diritti fondamentali, potendo gli Stati parte mantenere o introdurre livelli più avanzati di protezione.

Ciò anche se, a dire il vero, la diversa lettura data all'art. 53 della Carta non deve realmente stupire ed è, anzi, comprensibile sol che si pensi al maggior grado di integrazione che esiste tra l'Unione e i suoi Stati membri rispetto a quello che caratterizza i rapporti tra il Consiglio d'Europa e gli Stati contraenti la CEDU. Ed infatti, sostanzialmente alla luce di tale più stringente integrazione la Corte di giustizia giustifica, come visto, la propria soluzione.

L'impostazione favorevole all'applicazione del livello (effettivamente) più elevato di tutela assicurato dalla Costituzione nazionale, non può accogliersi perché determinerebbe un *vulnus* al primato, all'unità e all'effettività del diritto dell'Unione, nonché alla sua certezza³², di fatto introducendo un motivo ostativo al funzionamento del meccanismo di cooperazione giudiziaria ulteriore rispetto a quelli individuati in modo tassativo ed esaustivo dalla decisione quadro e considerati dalla Corte di giustizia (in linea con la giurisprudenza di Strasburgo) perfettamente rispettosi dell'equo processo, della tutela giurisdizionale effettiva e dei diritti di difesa dell'imputato. A fronte di scelte armonizzate del legislatore dell'Unione, idonee a correttamente bilanciare le esigenze di cooperazione (in cui il reciproco riconoscimento si estrinseca) con la garanzia di tali diritti dell'individuo, e soddisfacendosi, come visto,

³⁰ Per una possibile siffatta lettura della disposizione in parola, interrogandosi sulla sua idoneità a "minacciare" la *primauté* del diritto dell'Unione, cfr. J.B. LISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, cit., che conclude tuttavia nel senso che «a close reading of the text ("nothing in this charter"), its political purpose (to send the signal that the Charter is not intended to replace national constitutions) and perhaps most importantly, its source of inspiration (Art. 53 ECHR), all confirm that Article 53 and its reference to constitutions of the Member States leave the supremacy of Community law intact» (1196). A favore di un'interpretazione dell'art. 53 della Carta nel senso che essa è fonte minima di protezione dei diritti fondamentali cfr., di recente, S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *QC*, 2012, 533 ss., spec. 553, nonché J. MORIJN, *Åkerberg and Melloni: what the Court said, did and may have left open*, in <http://eutopialaw.com/>, 20 March 2013, dove tale lettura è giustificata anche alla luce delle spiegazioni all'art. 53 della Carta, di cui si contesta il mancato richiamo ad opera della Corte di giustizia, diversamente da quanto accaduto nel coevo caso *Åkerberg Fransson* dove l'interpretazione dell'art. 51 della Carta è stata fatta invece anche alla luce, appunto, delle spiegazioni ad esso relative. Nello stesso senso, prima che la disposizione in esame acquisisse, con il trattato di Lisbona, carattere giuridico vincolante sembrano esprimersi, ad esempio, M. CARTABIA, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. eur.*, 2005, 583 ss., spec. 597; A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2006, 9 ss., spec. 17.

³¹ Rubricato «[s]alvaguardia dei diritti dell'uomo riconosciuti», esso prevede che «[n]essuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi».

³² Come evidenzia l'avvocato generale Bot al punto 104 delle sue conclusioni del 2 ottobre 2012.

nella specie una delle condizioni uniformi delineate a tal fine, non è possibile (proprio come avvenuto nel caso *Radu*) bloccare il sistema di consegna del soggetto ricercato, soltanto per tale via non smentendosi la fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri e contribuendosi al rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³³.

In questa prospettiva, la lettura data all'art. 53 della Carta non sembra, pertanto, davvero «correttiva», anche se, specie in considerazione del fatto che si trattava della prima occasione di interpretazione della norma, la pronuncia della Corte può apparire eccessivamente sintetica.

In dottrina è stato contestato, o comunque evidenziato, soprattutto il mancato richiamo all'art. 4, par. 2, TUE, secondo cui «[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale» (corsivi aggiunti), che avrebbe forse potuto giustificare una soluzione a favore della prevalenza della garanzia disposta dalla Costituzione nazionale³⁴. Ciò anche se, a dire il vero, nel caso di specie, come l'avvocato generale Bot ricorda nelle sue conclusioni esaminando la possibile rilevanza di tale previsione, il governo spagnolo – in udienza dinanzi alla Corte – ha dichiarato che la partecipazione dell'accusato al processo non rientra nell'identità costituzionale dello Stato, che non sarebbe pertanto stata messa a repentaglio dall'operatività della decisione quadro³⁵.

La decisione della Corte (a differenza, anche in questo caso, delle conclusioni³⁶) non contiene neppure alcun richiamo agli artt. 67, par. 1, e 82, par. 2, TFUE: il primo prevede che l'Unione realizza lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto, oltre che dei diritti fondamentali, «dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri»; il secondo, dopo aver ribadito questo concetto, all'ultimo comma, dispone che «[l']adozione delle norme minime [di ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali sul piano processuale] non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone». Specie di quest'ultima previsione sembrerebbe potersi dare

³³ G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali*, cit., 17 e 21, evidenzia come, con la soluzione accolta, la Corte predilige «un livello di protezione "intermedio" [un punto di equilibrio ordinamentale], ma pacificamente condiviso nel quadro dei rapporti di cooperazione tra autorità giudiziarie direttamente "dialoganti"».

³⁴ Cfr., ad esempio, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione*, cit.; R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europolitano). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.diritticomparati.it/, 5 aprile 2013. Per un'analisi dettagliata dell'art. 4, par. 2, TUE cfr. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty*, in CMLR, 2011, 1417 ss.; G. VAN DER SCHYFF, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU*, in ELR, 2012, 563 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012. Seppur al tempo della sua formulazione nell'art. I-5 del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, cfr. M. CARTABIA, *"Unita nella diversità"*, cit., che la configura come norma idonea a codificare il c.d. "primato invertito"; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in www.forumcostituzionale.it/site/, 2005.

³⁵ Cfr. i punti 137-142 delle citate conclusioni del 2 ottobre 2012.

³⁶ *Ibidem*, punto 144.

un'interpretazione idonea a consentire l'applicabilità di norme nazionali (eventualmente, ma non necessariamente – dato il silenzio della disposizione sul punto – costituzionali) che assicurino una protezione più avanzata di quella fornita dal diritto dell'Unione europea. In realtà, l'art. 67 pare avere natura meramente programmatica e dell'art. 82, par. 2, ult. co., quand'anche non si concordasse sul suo carattere programmatico, può comunque pacificamente prospettarsi anche una lettura corrispondente a quella data all'art. 53 della Carta, tale per cui l'applicazione dei più elevati standard di tutela dei diritti fondamentali garantiti dagli ordinamenti nazionali (eventualmente a livello costituzionale) è ammissibile soltanto nei limiti in cui («a patto che», per usare il linguaggio della Corte) non implichi una violazione del primato del diritto dell'Unione.

Ne deriva che gli Stati membri sono in linea di principio liberi di legiferare aumentando il livello di tutela minimo fissato (oggi) dalle direttive (e nel sistema pre-Lisbona dalle decisioni quadro), effettuando scelte più garantiste dei diritti fondamentali dell'individuo volta a volta rilevanti; ma non possono mai – così facendo – pregiudicare il primato del diritto dell'Unione e – come nel caso di specie – le esigenze di cooperazione di cui alla decisione quadro sul MAE. L'introduzione o il mantenimento di livelli più elevati di tutela – che, nel caso in esame, potrebbero estrinsecarsi nella fissazione di regole sullo svolgimento del processo *in absentia* più rigide di quelle "indirettamente" dettate dalla decisione quadro 2009/299, tali, ad esempio, da impedire l'apertura del giudizio laddove si riscontri la contumacia dell'imputato³⁷ – non sono di per sé vietati dal diritto dell'Unione (che, anzi, li legittima ai sensi del citato art. 82, par. 2, ult. co., TFUE), ma diventano con esso incompatibili nella misura in cui ne impediscono l'applicazione effettiva ed uniforme nel territorio di tutti gli Stati membri. La garanzia costituzionale più avanzata può, dunque, essere invocata solo se non arreca un *vulnus* all'operatività del diritto dell'Unione e, quindi, nel caso di specie, non blocca il funzionamento del sistema di consegna previsto dalla decisione quadro, di fatto (i) imponendo allo Stato di esecuzione di assicurare nel proprio ordinamento lo stesso livello di protezione fornito ai diritti fondamentali dallo Stato di emissione e, pertanto, (ii) vietando il riconoscimento delle decisioni straniere che non soddisfino garanzie identiche a quelle imposte dal sistema nazionale: questo, infatti, sarebbe stato il risultato cui si sarebbe giunti accogliendo l'interpretazione dell'art. 53 della Carta volta a consentire sempre e comunque (ovvero senza il limite del rispetto del primato) l'invocabilità del diritto costituzionale nazionale che offra uno standard di tutela più elevato di quello garantito dalla Carta e dal diritto dell'Unione³⁸.

³⁷ In Spagna vige effettivamente un regime processuale tale per cui, rispetto ai reati più gravi, si dispone la sospensione del processo in caso di contumacia dell'imputato.

³⁸ L'impostazione accolta dalla Corte potrebbe considerarsi coerente anche con la previsione di cui all'art. 82, par. 2, TFUE, che – in apertura – evidenzia la funzionalità dell'armonizzazione delle legislazioni processuali nazionali rispetto al principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, sembrando così porre le esigenze di cooperazione – a fronte di un livello minimo condiviso di tutela dei diritti fondamentali (presupposto, come detto, del funzionamento stesso dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: v. *supra*, § 1) – come obiettivo prioritario rispetto all'armonizzazione.

La soluzione ermeneutica fornita dalla Corte di giustizia, del resto, è stata elaborata anche dalla nostra Corte di Cassazione³⁹ che, senza ricorrere al giudice di Lussemburgo, ha dato un'interpretazione di un motivo ostativo all'esecuzione del MAE – non previsto dalla decisione quadro, ma soltanto dalla legge italiana di trasposizione – conforme allo scopo della normativa europea, così da salvaguardarne l'operatività e da non pregiudicare il principio del primato. E ciò anche se il motivo rilevante di diniego, consistente nel fatto che la legislazione dello Stato di emissione non prevede limiti massimi alla carcerazione preventiva (cfr. art. 18, par. 1, lett. e), della l. n. 69/2005), ha "fondamento" proprio in una norma di rango costituzionale, ovvero, come noto, nell'art. 13, co. 4, Cost., che tutela la presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva⁴⁰.

Ad ogni modo, se, come detto, l'applicazione del più elevato standard di tutela nazionale non è ammissibile – per le ragioni menzionate – nel caso *Melloni*, essa potrebbe aversi invece, ad esempio, nel coevo caso *Åkerberg Fransson*⁴¹.

La Corte di giustizia ivi ha sancito, *mutatis mutandis*, lo stesso principio affermato nella prima causa; ma le peculiarità del secondo caso sono tali da rendere possibile, se il diritto nazionale lo consente (secondo una verifica che spetterà al giudice a quo effettuare), una tutela del *ne bis in idem* più avanzata di quella sancita dall'art. 50 della Carta, ovvero idonea ad impedire il cumulo – ai fini del principio in parola – anche di una sanzione di natura penale e di una di natura tributaria (non penale). Se, infatti, la previsione della Carta sancisce il *ne bis in idem* vietando lo svolgimento di un secondo giudizio sui medesimi fatti solo se le pene comminate a conclusione dello stesso sono di natura penale come quelle inflitte nell'ambito di un primo procedimento, un'eventuale maggior tutela assicurata dal diritto nazionale – che vieti un secondo giudizio sugli stessi fatti anche se la natura della pena inflitta non è, in entrambi i giudizi, penale – non è tale da ledere né il livello di protezione sancito dalla Carta, né il primato del diritto dell'Unione, purché la sanzione infine applicata abbia comunque – conformemente alle prescrizioni di tale diritto – carattere proporzionato, effettivo e dissuasivo⁴².

³⁹ Cfr. S. U., sentenza n. 4614 del 30 gennaio 2007, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 138 ss.

⁴⁰ Sul percorso giurisprudenziale che ha portato alla sentenza delle Sezioni Unite e sull'auspicio che venisse accolta una soluzione idonea a "salvare" il funzionamento del meccanismo di cooperazione previsto dalla decisione quadro e, quindi, la *primauté* del diritto dell'Unione sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo, Corte di Cassazione e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 85 ss.

⁴¹ V. *supra*, nota 25.

⁴² A sostegno di tale soluzione cfr., in particolare, i punti 29 e 36 della sentenza *Åkerberg Fransson*, dove la Corte afferma, rispettivamente, che «quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (corsivo aggiunto) e che«[s]petta al giudice del rinvio valutare [...] se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli

5. Il superamento della teoria c.d. dei controlimiti?

La prima e più immediata impressione che potrebbe scaturire dalle affermazioni della Corte nella causa *Melloni* è che essa abbia inteso annullare la rilevanza della teoria dei c.d. controlimiti.

In realtà, non può non rilevarsi che (i) già quando la Carta fu proclamata a Nizza nel 2000 e ancor più, evidentemente, dopo che con il trattato di Lisbona ha acquisito valore giuridico vincolante, ci si è iniziati a interrogare sul carattere non più attuale di tale teoria⁴³; e soprattutto, comunque, che (ii) tale teoria – elaborata come clausola di salvaguardia degli ordinamenti degli Stati membri dalle Corti costituzionali nazionali⁴⁴ – non è (di fatto) mai stata condivisa dalla Corte di giustizia⁴⁵, che, come

standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard [pertanto evitando il cumulo], a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive» (corsivi aggiunti).

⁴³ Cfr., ad esempio, A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe*, cit., 16 ss.; M. CONDINANZI, *Unione europea e adattamento*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 4ª ed., Torino, 2011, 173 ss., spec. 227; G. STROZZI *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 837 ss., spec. 848 e 850, che evidenzia come tale teoria, dopo il trattato di Lisbona, sia «ancor più datata e priva di efficacia», perché pur restando «pienamente legittima e giustificabile, sul piano teorico, [la sua] enunciazione, come argine contro eventuali attentati, per quanto improbabili, ai valori supremi e irrinunciabili dell'ordinamento statale nel caso di conflitti insanabili, non superabili attraverso il previo coordinamento e gli strumenti di garanzia previsti» dall'Unione e dallo Stato membro interessato, risulta «impraticabil[e in] concret[o]» data «la sua discrepanza rispetto a un processo di integrazione che [...] va sempre più imponendosi in prospettiva»; G.L. TOSATO, *L'articolo 11 della Costituzione e il diritto dell'Unione europea*, in N. RONZITTI (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, 69 ss. Con particolare riguardo alla tenuta del sistema italiano di giustizia costituzionale accentrata, cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, IV, 2011, 335 ss. Anche la nostra Cassazione ha affermato che la «teoria dei contro limiti, che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni 70-80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione [europeo] era nelle fasi iniziali, sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali – e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente valore vincolante anche nei confronti delle istituzioni europee, al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato» (cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. trib., 16 maggio 2012, n. 7663; Cass. civ., sez. trib., 23 maggio 2012, n. 8108; Cass. civ., sez. trib., 1° giugno 2012, n. 8817).

⁴⁴ Per reagire all'eventuale mancanza di tutela adeguata dei diritti fondamentali dell'individuo da parte dell'ordinamento comunitario. Tale teoria è stata elaborata, in particolare, nel nostro sistema dalla Corte costituzionale a partire, in modo compiuto, dalla sent. n. 183/1973, *Frontini e a.*, in *Giur. cost.*, 1973, 2401, e dalla Corte costituzionale tedesca con la sent. del 22 ottobre 1986, n. 197/83, *Solange II*. Per una rassegna, della posizione delle supreme Corti degli Stati membri rispetto al primato del diritto dell'Unione cfr. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit., 1433 ss.

⁴⁵ Benché essa abbia spesso "innalzato" le tradizioni costituzionali degli Stati membri al rango di principi generali di diritto dell'Unione ex art. 6, par. (oggi) 3, TUE, considerando che esse, dunque, potessero "arricchire" tale ordinamento. Si noti che nelle sentenze 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-*

visto, anche nel caso in esame, (iii) dà una lettura dell'art. 53 della Carta perfettamente coerente con l'impostazione classica della ricostruzione dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri, il primo prevalendo sui secondi, anche sulle norme di rango costituzionale, mai invocabili per sminuire la rilevanza del diritto dell'Unione⁴⁶.

E, peraltro, non sembra da escludersi una lettura dello stesso art. 53 della Carta come norma che, di per sé, non codifica la teoria dei controlimiti, facendosi leva, anziché sul fatto che esso parrebbe sancire (analogamente, come visto, all'art. 53 CEDU) lo standard minimo di tutela da parte del diritto dell'Unione, sul riferimento, in esso contenuto, «al rispettivo ambito di applicazione» del diritto dell'Unione e delle Costituzioni nazionali⁴⁷. Come proposto dal giudice del rinvio nella causa *Melloni*, in una delle tre possibili interpretazioni della disposizione in parola, e come sostenuto dall'avvocato generale nelle conclusioni⁴⁸, il richiamo ai rispettivi ambiti di applicazione potrebbe intendersi come specificazione della previsione di cui all'art. 51,

Wittgenstein, in *Racc.*, I-13693, e 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn*, *ibidem*, I-3787, la Corte di giustizia richiama (anche) l'art. 4, par. 2, TUE (che, come si dirà *infra*, § 6, è considerato codificazione a livello pattizio della teoria dei controlimiti) per giustificare l'applicazione della normativa nazionale limitando quella del diritto dell'Unione. A dire il vero, tuttavia, specie nel primo caso, il riferimento a tale disposizione è argomento addizionale ai fini della soluzione accolta. Ivi, infatti, la "prevalenza" sul diritto dell'Unione della garanzia costituzionale nazionale (austriaca, che dispone l'abolizione della nobiltà a tutela della forma repubblicana dello Stato) trova fondamento nel principio di uguaglianza che è sancito anche da tale diritto e la Corte, quindi, più che dare applicazione *tout court* alla previsione costituzionale nazionale *ex art. 4, par. 2, TUE* in sostanziale deroga al principio del primato, sembra svolgere un bilanciamento dei valori in gioco analogo a quello operato nei casi *Schmidberger*, *Omega* e *Dinamic Medien*, su cui *infra*, § 6. Nella seconda causa, l'applicazione della legislazione dello Stato membro (Lituania) che impone la registrazione dei nomi e dei cognomi delle persone fisiche negli atti di stato civile in una forma che rispetti le regole di grafia proprie della lingua ufficiale nazionale, pare ammessa, anche in questo caso in deroga alla libertà di circolazione delle persone prevista dal diritto dell'Unione, poiché quest'ultimo (come già sancito nella sent. 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener*, in *Racc.*, 3967, punto 19) non osta «all'adozione di una politica di difesa e valorizzazione della lingua di uno Stato membro, la quale sia, nel contempo, lingua nazionale e prima lingua ufficiale» (punto 85), anche in considerazione del fatto che «l'Unione rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica. Conformemente all'art. 4, n. 2, TUE, l'Unione rispetta parimenti l'identità nazionale dei suoi Stati membri, in cui è compresa anche la tutela della lingua ufficiale nazionale dello Stato» (punto 86).

⁴⁶ V. la giurisprudenza richiamata *supra*, nota 24.

⁴⁷ Chiaramente nel senso che la specificazione «nei rispettivi ambiti di applicazione» (non prevista nell'originario progetto di art. 53 ed inserita su proposta della Commissione), per quanto "illogica e causa solo di confusione" (per cui se ne auspica l'eliminazione laddove la Carta acquisisse valore giuridico vincolante), è intesa a «foreclose any doubt about the supremacy of Community law over national constitutions. The understanding of the [Commission] was that the revised wording would make it clear that national constitutions could prevail only in the sphere of exclusive national competence» cfr. J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, cit., 1176 e 1199.

⁴⁸ Cfr. punti 93-94 per l'interpretazione prospettata dal giudice *a quo*, su cui poi le valutazioni dell'avvocato generale in particolare ai punti 128-136.

par. 1, della Carta⁴⁹, per cui essa non può essere limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo previsti dalle Costituzioni degli Stati membri quando si rientra nel loro (esclusivo) ambito di applicazione e la fattispecie, quindi, non ha alcun legame con il diritto dell'Unione⁵⁰.

Ci si può certo chiedere se, così interpretata, la disposizione non finisca per perdere significato⁵¹. E non si può comunque non rilevare come sempre più limitati sono i casi in cui non si rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e potrebbero quindi, in base alla lettura da ultimo prospettata, assumere rilevanza i più elevati standard di tutela eventualmente assicurati dalle Costituzioni nazionali. La sfera sempre più circoscritta di fattispecie che non presentano alcun legame con il diritto dell'Unione è testimoniata dalla stessa evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, che anche in presenza di fattispecie che potrebbero apparire come puramente interne, sempre più spesso rileva (come accaduto anche nel

⁴⁹ Tale articolo dispone che «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (corsivi aggiunti).

⁵⁰ Ai punti 133 e 134 delle citate conclusioni si legge che l'art. 53 «mira a confermare che la Carta impone un livello di protezione dei diritti fondamentali solo nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. La Carta non può così condurre a obbligare gli Stati membri ad abbassare il livello di protezione dei diritti fondamentali garantiti nella loro Costituzione nazionale nei casi che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. L'articolo 53 esprime anche l'idea che la sua adozione non deve rappresentare un pretesto per uno Stato membro per ridurre la protezione dei diritti fondamentali all'interno dell'ambito di applicazione del diritto nazionale». A favore dell'interpretazione dell'art. 53 della Carta riportata nel testo, oltre a J.B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?*, cit. (*supra*, nota 47), pare esprimersi anche, ad esempio, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea e processo penale*, in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht. Verso nuove regole*, Napoli, 2013, 405 ss., spec. 431 s., dove afferma che la sentenza *Melloni* «non convince a pieno» e che «se il risultato è del tutto condivisibile, alcuni passaggi restano oscuri. In particolare, l'interpretazione fornita all'ultima parte dell'art. 53 non sembra del tutto in linea con la portata della disposizione, che sembra piuttosto preoccuparsi di garantire che la Carta non "sconfini" dal suo campo di applicazione, incidendo in maniera negativa sulla portata dei diritti dell'uomo riconosciuti (tra l'altro) dalle Costituzioni nazionali nel proprio ambito di applicazione».

⁵¹ Lo stesso giudice del rinvio, nell'evidenziare come l'interpretazione dell'art. 53 della Carta – anch'essa giustificata dall'esigenza di applicare in modo uniforme il diritto dell'Unione – consistente «nel ritenere che il suo obiettivo sia quello di delimitare i rispettivi ambiti di applicazione della Carta e delle Costituzioni degli Stati membri[;] analogamente all'articolo 51 della [...] Carta, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione il grado di protezione dei diritti fondamentali che deve essere applicato è quello desumibile dalla Carta. Di contro, al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione, la Carta non impedirebbe di applicare gli standard di protezione dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione di uno Stato membro», sottolinea come essa «presenterebbe l'inconveniente [...] di privare il suddetto articolo di un contenuto normativo proprio, con l'effetto che esso diventerebbe ridondante rispetto all'articolo 51 della Carta, [nonché] di riconoscere che la Carta può determinare, negli Stati membri, una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali derivanti dalle loro norme costituzionali» (cfr. punto 93 delle conclusioni, corsivo aggiunto). Quest'ultima conseguenza, peraltro, deriva sostanzialmente anche dall'interpretazione che la Corte fornisce all'art. 53 Carta, perché, per salvaguardare il primato, le garanzie costituzionali più elevate non possono, come visto, nel caso di specie trovare applicazione.

caso *Åkerberg Fransson*) un collegamento con tale diritto⁵². Giurisprudenza che, del resto, a partire dagli anni '80 ha affermato che, anche nelle materie di competenza esclusiva degli Stati membri, essi sono tenuti a legiferare nel rispetto del diritto dell'Unione⁵³: ciò, evidentemente, sempre in virtù del principio del primato e di quello di leale cooperazione, di cui oggi all'art. 4, par. 3, TUE.

Anche laddove si fosse accolta la differente interpretazione appena proposta dell'art. 53 della Carta, nel caso *Melloni* – in cui si rientra nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione – si sarebbe comunque giunti allo stesso risultato ivi sancito dalla Corte, con irrilevanza del diritto nazionale e funzionamento del meccanismo di cooperazione disciplinato dalla decisione quadro. Al contrario, quest'ultima interpretazione avrebbe implicato una diversa soluzione (meno garantista) nel caso *Åkerberg Fransson*: rientrandosi anche in tale ipotesi nella sfera applicativa del diritto dell'Unione, l'esclusione (automatica) di qualsiasi rilevanza del diritto nazionale (invece ammissibile, purché rispettosa del primato, come visto, secondo la lettura della norma avallata dalla Corte) non avrebbe, infatti, potuto assicurare l'eventuale più elevata garanzia fornita dall'ordinamento interno, che, come detto (*supra*, § 4), potrebbe realizzarsi in concreto, a valle di una valutazione positiva in proposito da parte del giudice *a quo*.

Ad ogni modo, la scelta di fondo del giudice di Lussemburgo è, come visto, quella per cui l'intervento del legislatore dell'Unione – se compatibile con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta (e dalla CEDU) – può escludere la rilevanza del diritto nazionale, anche costituzionale e più protettivo di tali diritti, che pregiudichi l'effettività del diritto dell'Unione. In questa misura, ed in funzione delle esigenze di cooperazione giudiziaria tra Stati membri riconosciute rispettose dei diritti dell'uomo, si ammette, quindi, la compressione dei diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali. E la valutazione dell'Unione sembra diventare non più sindacabile dai sistemi nazionali. *Rectius*, dalle autorità giudiziarie nazionali chiamate a concretamente assicurare il funzionamento dei meccanismi di cooperazione⁵⁴: perché, in realtà, è l'Unione stessa ad offrire agli Stati membri alcuni strumenti per tutelare gli aspetti essenziali del proprio ordinamento giuridico, e quindi anche la propria identità costituzionale, che si considerino violati o comunque messi in pericolo dall'attività normativa del legislatore dell'Unione. Infatti, (a) gli Stati sono legittimati ad impugnare

⁵² Su tale evoluzione giurisprudenziale e la sempre più ridotta esistenza di sfere di competenza esclusiva degli Stati membri in cui non è rilevabile alcun collegamento con il diritto dell'Unione, che potrebbe addirittura considerarsi applicabile ogniqualvolta viene in rilievo un diritto fondamentale dell'individuo cfr., per tutti, G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., 845 ss.

⁵³ Cfr., per tutte, e proprio con riguardo alla competenza in materia penale degli Stati membri, sentenze 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.*, 195, punto 19; 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, *ibidem*, I-7637, punto 17.

⁵⁴ Esse – benché facoltizzate, *rectius* obbligate (in base alla giurisprudenza *Foto-Frost*, sent. 22 ottobre 1987, causa 314/85, in *Racc.*, 4199) a sollevare questioni pregiudiziali di validità (proprio come accaduto nel caso *Melloni*) qualora dubitino della legittimità dei meccanismi di cooperazione giudiziaria rispetto ai diritti fondamentali sanciti, *in primis*, dalla Carta – devono evidentemente attenersi alle valutazioni della Corte di giustizia.

gli atti di diritto derivato *ex art. 263 TFUE* (addirittura anche nel caso in cui il rappresentante nazionale in seno al Consiglio abbia votato a favore della loro adozione⁵⁵); e proprio con specifico riguardo al settore della cooperazione giudiziaria penale, essi (*b*) possono ricorrere al c.d. freno di emergenza, qualora ritengano che un progetto di direttiva incida su un «aspetto fondamentale del proprio ordinamento giuridico [appuntamento] penale» (cfr. i parr. 3 degli artt. 82 e 83 TFUE)⁵⁶.

E la scelta della Corte – in un'ottica di efficienza del sistema ed integrazione e sviluppo coerente ed uniforme dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia – è comprensibile, specie nella misura in cui evita (*i*) la geometria variabile che si verrebbe a creare lasciando ad ogni Stato membro discrezionalità piena in merito all'invocabilità, anche a danno della *primauté*, di livelli più elevati di tutela previsti dal proprio sistema costituzionale, e (*ii*) il rischio – ben evidenziato dall'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni – che gli Stati, che esercitassero tale discrezionalità in modo da opporsi al meccanismo di cooperazione, diventino rifugio per i criminali⁵⁷.

Del resto, tale scelta si fonda sì sull'esigenza di assicurare il primato e l'effettività del diritto dell'Unione, ma anche sul fatto che tale diritto è stato ritenuto, previa apposita verifica, perfettamente rispettoso dei diritti fondamentali dell'individuo sanciti dalla Carta (e dalla CEDU) e, pertanto, il pericolo di un pregiudizio per i soggetti coinvolti nel procedimento penale pare del tutto fugato.

Ciò nonostante, come dimostra la recente "reazione" della Corte costituzionale tedesca alla sentenza *Åkerberg Fransson* e all'ampliamento della sfera di applicazione del diritto dell'Unione ivi operato⁵⁸, non può certo escludersi che, nel dialogo tra Corti supreme, e con reciproco tendenziale rispetto delle rispettive pronunce, la teoria dei controlimiti possa comunque essere ancora invocata, seppur ormai, data la sempre maggior integrazione tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri,

⁵⁵ Cfr. Corte di giustizia, 12 luglio 1979, causa 166/78, *Italia c. Consiglio*, in *Racc.*, 2575.

⁵⁶ In base alle disposizioni menzionate, il ricorso al freno di emergenza implica una sospensione dell'*iter* normativo, della questione venendo investito il Consiglio europeo. Se questa istituzione non riesce a raggiungere una soluzione di compromesso entro quattro mesi da quando la questione le viene deferita, il processo decisionale si blocca, a meno che – nello stesso periodo di tempo – almeno nove Stati membri decidano di adottare l'atto ricorrendo alla cooperazione rafforzata. Tale meccanismo di "diritto di veto motivato" – che pare ispirato a soluzioni già percorse dagli Stati membri (quali, ad esempio, il compromesso di Lussemburgo del 1966) per valorizzare l'interesse fondamentale di un singolo Stato al fine di diversamente orientare il processo decisionale in seno alle istituzioni – sembra bilanciare l'eliminazione della regola dell'unanimità per l'adozione degli atti vigenti nell'*ex terzo* pilastro.

⁵⁷ Cfr. punto 103 delle conclusioni.

⁵⁸ Cfr. sent. 24 aprile 2013, n. 1215/07, su cui F. FONTANELLI, *Anti-terror Database, the German Constitutional Court reaction to Åkerberg Fransson – From the spring/summer Solange collection: reverse consistent interpretation*, in www.diritticomparati.it/, 3 maggio 2013, che evidenzia come con essa, sostanzialmente, il Bundesverfassungsgericht (*i*) proponga una *reverse consistent interpretation* dell'art. 51 della Carta come interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *Åkerberg Fransson*, tale per cui la disposizione in parola «cannot operate when the domestic measure relates to the purely abstract scope of the EU law nor when it has merely de facto impact on it», (*ii*) così rendendo chiaro che «it will not ratify any trend of uncontrolled expansion of the EU's competence in human rights protection, obtained through the application of the Charter to areas remotely touched upon by the EU law».

solo «come estrema garanzia "esterna", destinata a contenere e a neutralizzare gli effetti aberranti di eventuali deviazioni del sistema dell'Unione dai limiti che esso stesso si è dato»⁵⁹.

6. Un possibile differente bilanciamento tra esigenze di cooperazione giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali.

Se, come detto, la soluzione cui la Corte giunge nella causa *Melloni* è certamente condivisibile in virtù delle peculiarità della fattispecie da cui prendeva le mosse il rinvio pregiudiziale, senza alcun dubbio essendo stati garantiti – nel processo svoltosi *in absentia* nello Stato di emissione del MAE – i diritti di difesa e dell'equo processo, essa rischia di essere eccessivamente *tranchante* nella misura in cui dovesse essere "generalizzata"⁶⁰.

Non è, tuttavia, da escludere che la sinteticità del ragionamento della Corte sia dalla stessa voluta per concedersi più margine di manovra e, quindi, possibilità di specificazione, nei prossimi interventi interpretativi dell'art. 53 della Carta. E pare ragionevole ritenere che la soluzione del caso in esame sarà confermata solo se le specificità dei futuri casi sottoposti al suo vaglio giustificheranno la medesima conclusione, a salvaguardia della *primauté* e dell'effettività del diritto dell'Unione.

Perciò, nell'ipotesi – a dire il vero abbastanza improbabile, dato il livello di protezione dei diritti fondamentali ormai raggiunto a livello di Unione⁶¹ – in cui,

⁵⁹ Cfr. M. CONDINANZI, *Unione europea e adattamento*, cit., 228.

⁶⁰ Nel senso che la Corte «paraît fermer dangereusement l'angle de son analyse au risque de pétrifier une solution qui n'a [...] de mérite qu'en relation avec les circonstances particulières de l'espèce» cfr. R. MEHDI, *Retour sur l'arrêt Melloni: quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté*, in www.gdr-elsj.eu, 29 mars 2013, che qualifica anche tale opzione radicale della Corte come idonea a definire una teoria del primato «indivisible, inconditionnelle et absolue».

⁶¹ Ipotesi ancor più improbabile qualora fosse completato il processo di adesione dell'Unione alla CEDU. La bozza finale del progetto di accordo di adesione è stata approvata il 5 aprile 2013 (cfr. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf)). I negoziati relativi all'accordo sono iniziati nel giugno del 2010, all'indomani dell'entrata in vigore del protocollo n. 14 addizionale alla CEDU e del trattato di Lisbona, che prevedono la base giuridica per l'adesione rispettivamente nel sistema CEDU e in quello dell'Unione. La prima fase di negoziazioni è stata condotta da un Gruppo informale composto da un rappresentante della Commissione europea e da quattordici rappresentanti di Stati del Consiglio d'Europa (sette Stati membri dell'Unione e sette Stati non membri) presso il Comitato direttivo per i diritti umani. Un primo testo della bozza di accordo è stato adottato nel luglio 2011 e finalizzato il 14 ottobre 2011. Successivamente, il testo è stato sottoposto ad una riflessione separata in entrambi gli ordinamenti, al termine della quale è stato istituito un nuovo gruppo di lavoro *ad hoc*, composto dai rappresentanti degli Stati parte del Consiglio d'Europa e della Commissione (c.d. "47 +1"), che ha elaborato il testo del 5 aprile 2013. Come indicato nel par. 8 dell'introduzione al report finale, per l'entrata in vigore dell'accordo sarà necessario il previo parere della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, la decisione unanime del Consiglio dell'Unione e la ratifica da parte di tutti i quarantasette Stati parte del Consiglio d'Europa. L'accordo, infatti, entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo al termine del periodo di tre mesi dopo la data in cui tutte le Alte parti contraenti e l'Unione avranno espresso il proprio consenso allo stesso (cfr. art. 10, par. 3, del progetto di accordo).

comunque, apparisse necessario tutelare un diritto fondamentale che, non sufficientemente assicurato in ambito europeo, "incarni" l'identità costituzionale di uno Stato membro (la cui rilevanza con riguardo all'equo processo, come visto, è stata negata dallo stesso governo spagnolo nella causa *Melloni*), sembra plausibile, ed auspicabile, che la Corte di giustizia ne garantisca il rispetto, in virtù dell'art. 4, par. 2, TUE⁶², bilanciando gli interessi contrapposti, rappresentati dalla richiamata *primauté* e (sostanzialmente) dai controlimiti – che da tale disposizione di diritto primario si ritengono codificati⁶³ –, a vantaggio dei secondi⁶⁴.

Una soluzione siffatta, con un bilanciamento degli interessi in gioco diverso da quello effettuato nel caso *Melloni*, pare ammissibile anche secondo l'avvocato generale Bot, specie qualora gli Stati membri godessero di un margine di discrezionalità ampio nell'attuazione del diritto dell'Unione⁶⁵ e, perciò, in mancanza di scelte armonizzate del

⁶² Nel senso che la Corte di giustizia, in future occasioni di bilanciamento di interessi contrapposti, terrà sicuramente in considerazione la disposizione in parola cfr., ad esempio, R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurolunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, cit. Rispetto alla decisione quadro sul MAE v. *supra*, note 7 e 8 gli autori che, sin dalla sua adozione, hanno sostenuto che l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo potesse legittimare la non esecuzione del MAE.

⁶³ Sulla c.d. europeizzazione dei controlimiti ad opera della previsione in parola cfr., *inter alia*, A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, cit., secondo cui l'art. 4, par. 2, TUE delinea i «controlimiti "interni" al diritto comunitario, ossia quei controlimiti non "opposti" dagli ordinamenti nazionali ma previsti dallo stesso ordinamento dell'Unione a bilanciamento della *primauté*»; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurolunitaria*, cit.; G. VAN DER SCHYFF, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States*, cit.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, cit. Già rispetto al corrispondente art. I-5 del trattato costituzionale, cfr., ad esempio, M. CARTABIA, *"Unita nella diversità"*, cit.; G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in www.forumcostituzionale.it/site/, 2005; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti"*, cit. Nel senso che sulla base di tale disposizione (così come dell'art. 53 della Carta) spetta alla Corte di giustizia operare un bilanciamento dei valori in gioco, «senza [però] bisogno di invocare postulati di supremazia, come vorrebbe la dottrina dei controlimiti», cfr. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., 850.

⁶⁴ Si potrebbe affermare che, così procedendo, la Corte si porrebbe in linea di continuità con i casi (citati *supra*, alla nota 45) in cui è ricorso (tra l'altro) alla norma in parola per sancire, appunto, la "prevalenza" del valore tutelato dal sistema costituzionale nazionale rispetto alla libertà di circolazione prevista dal trattato. Si è però detto come, anche in siffatti casi, la tutela assicurata dallo Stato membro è garantita anche dal diritto dell'Unione e come, pertanto, non si abbia, per il tramite di tale tutela, una reale deroga al principio del primato, ma piuttosto un bilanciamento di valori entrambi protetti dall'Unione a vantaggio di quello assicurato anche dal sistema costituzionale nazionale.

⁶⁵ A favore di tale impostazione sembrano invocabili i punti 124 e 127 delle conclusioni, benché, l'ultima parte del ragionamento dell'avvocato generale, sostanzialmente affermando quanto poi sancito dalla Corte al menzionato punto 60 della sentenza, pare ridurre la portata innovativa dell'impostazione fondata sul *quantum* di discrezionalità lasciata agli Stati membri in sede di trasposizione: al punto 124 si afferma, infatti, che la questione dell'invocabilità di una garanzia costituzionalmente prevista per impedire il funzionamento della decisione quadro induce «a interrogarsi sul margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri nel fissare il livello di protezione dei diritti fondamentali che essi vogliono garantire nel quadro dell'attuazione del diritto dell'Unione. Occorre, a tal proposito, distinguere i casi in cui esiste, a livello di Unione, una definizione del grado di protezione che deve essere accordato a un diritto fondamentale in sede di attuazione del diritto dell'Unione rispetto a quelli in cui detto livello di protezione non è oggetto di definizione comune»; al successivo punto 127, si legge che, nella seconda

legislatore europeo⁶⁶, come quelle che, invece, erano state effettuate con la decisione quadro sul MAE e rilevavano nel caso analizzato⁶⁷: ciò perché, se il *quantum* di tutela è già stato realizzato in modo dettagliato ed esaustivo a livello di Unione, gli Stati membri perdono la legittimazione ad integrarlo invocando garanzie previste da norme costituzionali, a meno che non si ricada nell'ipotesi di pregiudizio dell'identità costituzionale che il giudice di Lussemburgo ritenga indispensabile adeguatamente "valorizzare"⁶⁸.

ipotesi, «gli Stati membri beneficiano di un margine di discrezionalità più ampio nell'accordare, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, il livello di protezione dei diritti fondamentali che essi intendono garantire all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale, *fin tantoché [tuttavia]* tale livello di protezione è conciliabile con la corretta attuazione del diritto dell'Unione e non lede altri diritti fondamentali protetti in forza del diritto dell'Unione» (corsivo aggiunto).

⁶⁶ L'impostazione dell'avvocato generale Bot pare trovare un'eco nella sent. 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, *Jeremy F.*, non ancora pubblicata in *Racc.*, dove la Corte, mancando nella decisione quadro sul MAE una disciplina *ad hoc* sulla possibilità di ricorrere avverso decisioni di consegna suppletiva e di riconsegna, ha statuito per la compatibilità (con la normativa europea) di una legislazione nazionale (francese) che, nell'ottica di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva e il giusto processo, prevede il ricorso con effetti sospensivi delle decisioni. Nella sentenza, si trova poi, comunque, ribadito sostanzialmente anche il principio affermato nella causa *Melloni*: la legislazione nazionale, infatti, secondo la Corte, non deve violare l'obiettivo di accelerazione della cooperazione giudiziaria perseguito dalla decisione quadro nella misura in cui impone, all'art. 17, i limiti temporali massimi per l'adozione di decisioni definitive sulle richieste di esecuzione di un MAE. Pertanto, la possibilità di ricorso con effetti sospensivi non può eccedere i termini di cui al citato art. 17 (per un'efficace sintesi della sentenza cfr. L. D'AMBROSIO, *Mandato d'arresto europeo: il diritto dell'UE non osta alla previsione di un ricorso con effetto sospensivo avverso la decisione di estensione del mandato a reati anteriori alla consegna*, [in questa Rivista](#), 11 giugno 2013).

⁶⁷ Ci si potrebbe chiedere se la Corte di giustizia avrebbe risposto diversamente alla questione pregiudiziale se la normativa rilevante di diritto dell'Unione fosse stata quella contenuta nell'originario art. 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584, poi abrogata dalla decisione quadro 2009/299 che, come visto, ha individuato in misura stringente, all'art. 4 *bis*, le condizioni in presenza delle quali l'equo processo può considerarsi assicurato. Come ricordato (*supra*, nota 26), tale disposizione prevedeva che l'esecuzione di un MAE emesso per eseguire «una pena o [...] una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata «in absentia», [...] se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in absentia, [...] può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio» (corsivo aggiunto). Alla luce delle specificità della causa *Melloni* e delle garanzie fornite all'imputato nel processo svoltosi *in absentia* in Italia (v. *supra*, nota 21), non sembra che la Corte di giustizia avrebbe potuto giungere ad una conclusione differente da quella sopra esaminata. Ma non può escludersi, in via assoluta, che in presenza di diverse circostanze fattuali, la Corte avrebbe potuto accogliere un'interpretazione idonea a legittimare il giudice *a quo* a rifiutare la consegna, se le assicurazioni fornite dallo Stato di emissione non fossero state ritenute sufficienti a garantire adeguatamente il rispetto dei diritti di difesa e dell'equo processo.

⁶⁸ Ciò, in quanto comunque – come efficacemente evidenziato da A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit., 1141 – «[t]he obligation to respect national identity in Article 4(2) TEU does not establish absolute protection for the constitutional values that form part of national identity. Rather, where national identity is at stake, Article 4(2) TEU requires that a proportional balance be found between the uniform application of EU law, a fundamental constitutional principle of the EU, and the national identity of the Member State in question. Thus, Article 4(2) TEU does not accord automatic priority to the constitutional principle of the Member State protected by Article 4(2) TEU, nor does it require domestic constitutional law unconditionally to yield precedence to EU law. Instead, it prevents EU law from interfering in a disproportionate manner with

Anche l'avvocato generale Sharpston, nelle conclusioni relative alla causa *Radu*, senza neppure invocare l'art. 4, par. 2, TUE (comprensibilmente, del resto, dato il tenore delle questioni pregiudiziali sottoposte nella specie alla Corte di giustizia) sostiene che in presenza di una violazione (o di un rischio di violazione) «grave, seria e comprovata» – e perciò sulla base di un criterio molto rigoroso, per evitare obiezioni di *routine* e il blocco continuo del sistema di cooperazione giudiziaria – sarebbe possibile impedire il funzionamento del meccanismo di consegna previsto dalla decisione quadro sul MAE, assicurando prevalenza alla tutela del diritto fondamentale dell'individuo rilevante nella specie⁶⁹.

Poiché la stessa decisione quadro sancisce, come visto (*supra*, § 1), il rispetto dei diritti fondamentali non può sostenersi che essi non possano mai essere invocati per giustificare la non esecuzione di un MAE, altrimenti privandosi completamente di contenuto le disposizioni della normativa europea che richiamano la tutela di tali diritti⁷⁰. Del resto, se il principio del reciproco riconoscimento permea la decisione quadro sul MAE (così come le altre decisioni quadro adottate in attuazione dell'ex terzo pilastro dell'Unione, ancor prima che tale principio fosse codificato nell'art. 82 TFUE come fondamento della cooperazione giudiziaria), il presupposto del suo funzionamento è (o almeno dovrebbe essere), come detto (sempre *supra*, § 1), la tutela

the constitutional identity of Member States. Applying such a proportionality test is warranted because that is what the term "to respect" generally requires in EU law» (corsivi aggiunti). Resta irrisolto il problema di stabilire quale organo giurisdizionale (Corte di giustizia o Corti supreme nazionali) ha "l'ultima parola" sulla corretta applicazione dell'art. 4, par. 2, TUE e sul corretto espletamento del menzionato test di proporzionalità (sul tema cfr. sempre A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy*, cit., 1447 ss.).

⁶⁹ Come accennato (*supra*, nota 13), la soluzione suggerita dall'avvocato generale nella causa *Radu* è più cauta e protezionista di quella poi accolta dalla Corte di giustizia, che peraltro si giustifica a fronte delle specificità del caso sottoposto al suo esame, mentre la soluzione prospettata dall'avvocato generale pare, piuttosto, una possibile risposta generale alla questione dell'invocabilità di un diritto fondamentale dell'individuo in ipotesi non prevista dalla decisione quadro sul MAE, per bloccarne il funzionamento. Sulla base di una valutazione ampia, anche della giurisprudenza della Corte EDU, e ricordando come altrimenti sarebbe frustrato l'obiettivo della decisione quadro e l'esigenza di tutela delle vittime della criminalità a che i colpevoli siano assicurati alla giustizia, l'avvocato generale conclude il proprio ragionamento affermando, al punto 97 delle conclusioni, che «si dovrebbe rispondere alla quarta questione [con cui si chiede, in sostanza, se lo Stato membro di esecuzione possa rifiutare di eseguire un MAE qualora la sua esecuzione comporti una violazione, o un rischio di violazione, dei diritti della persona ricercata garantiti dagli artt. 5 e 6 CEDU e dagli artt. 6, 48 e 52 della Carta] nel senso che l'autorità giudiziaria competente dello Stato di esecuzione di un [MAE] può respingere la richiesta di consegna, senza con ciò violare gli obblighi sanciti dai Trattati istitutivi e dalle altre norme di diritto comunitario, qualora venga dimostrato che i diritti umani della persona di cui è chiesta la consegna sono stati violati o saranno violati, durante o in seguito al procedimento di consegna. Tuttavia, tale rifiuto sarà giustificato solamente in circostanze eccezionali. Nei casi riguardanti gli artt. 5 e 6 [CEDU] e/o gli artt. 6, 47 e 48 Carta, la violazione in questione deve essere talmente grave da minare sostanzialmente l'equità del processo. La persona che deduce una violazione deve convincere l'autorità chiamata a decidere che le sue obiezioni sono fondate nel merito. Le violazioni pregresse che siano sanabili non possono costituire il fondamento di tale obiezione» (corsivi aggiunti).

⁷⁰ Nel senso che se le disposizioni della decisione quadro che sanciscono la tutela dei diritti fondamentali non potessero mai essere invocate esse non sarebbero altro che un «elegante luogo comune» cfr. punto 70 delle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston.

dei diritti fondamentali dell'individuo, solo così effettivamente potendo riscontrarsi quella fiducia reciproca nei rapporti tra gli Stati membri che del menzionato principio, e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è la chiave di funzionamento⁷¹. In questa prospettiva anche la Commissione europea, nelle relazioni sull'attuazione negli Stati membri della decisione quadro sul MAE, ha considerato legittima la previsione – da parte dei legislatori nazionali – di un motivo ostativo all'esecuzione del MAE rappresentato genericamente dall'esigenza di tutela di un diritto fondamentale, purché – sottolinea l'istituzione – esso sia invocato eccezionalmente⁷².

Non resta che attendere eventuali nuove pronunce della Corte di giustizia sulla possibile invocabilità, appunto, di un diritto fondamentale dell'individuo al fine di impedire l'operatività del reciproco riconoscimento, in casi in cui il diritto di cui si vuole assicurare la protezione non sia già stato disciplinato in modo uniforme ed esaustivo dal legislatore dell'Unione; in circostanze siffatte, e sempre che non assuma rilievo preponderante l'identità costituzionale di uno Stato membro, pare infatti presumibile che il giudice di Lussemburgo confermerebbe, come detto, la soluzione accolta nel caso *Melloni*.

Non pare escluso che, per garantire la prevalenza del diritto fondamentale rispetto all'esigenza di cooperazione giudiziaria tra Stati, la Corte, anziché avvalersi del solo art. 4, par. 2, TUE – che porterebbe a circoscrivere il primato del diritto dell'Unione, se il bilanciamento operasse a favore della tutela dell'identità costituzionale nazionale – ed altresì evitando che siano le supreme Corti nazionali a ricorrere ai controlimiti, prospetti una soluzione analoga a quella elaborata, ad esempio, nei casi *Schmidberger*, *Omega* e *Dinamic Medien*⁷³.

In queste pronunce, come noto, la protezione di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione di uno Stato membro (e non necessariamente comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, come sembrerebbe richiedere la lettera

⁷¹ In tal senso cfr. la comunicazione della Commissione, *Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, cit., 6. Sulla possibilità di una soluzione più "protezionista" da parte della Corte, analoga a quella accolta nel caso *NS* (cfr. sentenza 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, non ancora pubblicata in *Racc.*), con verifica da parte dello Stato di esecuzione dell'effettiva tutela fornita al diritto fondamentale rilevante nella specie e, quindi, con la messa in discussione della fiducia reciproca nei rapporti tra Stati membri, da considerarsi presunta, ma soggetta a riscontro, cfr. H. LABAYLE, *Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle*, in www.gdr-elsj.eu, 3 mars 2013. Anche R. MEHDI, *Retour sur l'arrêt Melloni*, cit., si dichiara favorevole ad una soluzione maggiormente improntata alle specificità del caso volta a volta rilevante, in virtù di una «empathie réciproque» tale per cui in circostanze peculiari si dovrebbe poter assicurare prevalenza alla tutela dei diritti fondamentali piuttosto che al primato del diritto dell'Unione.

⁷² Cfr. relazione della Commissione a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, COM (2005) 63 def., 5 s. e relazione della Commissione a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta per tener conto della trasposizione della decisione quadro in Italia, ultimo Stato membro che ha proceduto al recepimento), COM (2006) 8 def., 5.

⁷³ Cfr., rispettivamente, sentenze 12 giugno 2003, causa C-112/00, in *Racc.*, I-5659; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *ibidem*, I-9609; 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *ibidem*, I-505.

dell'art. 6, par. 3, TUE) si è avuta, sostanzialmente, (i) verificando che il diritto volta a volta rilevante corrispondeva (comunque) ad un diritto considerato fondamentale anche a livello di Unione, in quanto principio generale di diritto, e (ii) ammettendosi, pertanto, che l'esigenza di assicurarne il rispetto potesse giustificare una restrizione legittima (purché proporzionata e necessaria) ad una libertà di circolazione prevista dal trattato⁷⁴.

Così procedendo, nel bilanciamento di interessi contrapposti costituiti, nel nostro caso, dal reciproco riconoscimento delle decisioni penali e, quindi, dalla loro libera circolazione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, da un lato, e dalla tutela diritti fondamentali quali sanciti dalle Costituzioni nazionali, dall'altro lato, si potrebbe assicurare la prevalenza a questi ultimi – anche eventualmente, se già non garantiti con la stessa incisività dall'Unione, per il tramite di un loro "innalzamento" a rango di principi generali di diritto –, ma al contempo allo stesso diritto dell'Unione, senza comprometterne, ma anzi piuttosto garantendone, il primato.

⁷⁴ Nel caso *Schmidberger*, la Corte operò un bilanciamento tra la libertà d'espressione e di riunione e la libera circolazione delle merci; nel caso *Omega* tra la tutela della dignità umana e la libera circolazione dei servizi; nel caso *Dynamic Medien* tra la tutela dei minori e la libera circolazione delle merci. La ponderazione tra i due valori in gioco (entrambi tutelati dal diritto dell'Unione) è sempre stata favorevole, come detto, alla protezione del diritto fondamentale, al livello assicurato dai sistemi nazionali. Per un ragionamento e bilanciamento analoghi v. le sentenze richiamate *supra*, alla nota 45.