

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 30/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30239-mandato-di-arresto-europeo-e-problemi-di-tutela-dei-diritti-fondamentali>

Autore: Vecchio Fausto

Mandato di arresto europeo e problemi di tutela dei diritti fondamentali

Mandato di arresto europeo e problemi di tutela dei diritti fondamentali

FAUSTO VECCHIO

Assegnista di ricerca presso l'Università di Catania

SOMMARIO 1 Premessa. Tutela multilivello dei diritti e intervento suppletivo dei Tribunali costituzionali nazionali 2 La cooperazione giudiziaria in materia penale e la Decisione quadro 2002/584/GAI 3 Mandato di arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali 4 Il contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la possibile soluzione interpretativa 5 Conclusione. La funzione costituzionale della Corte di Giustizia europea e la necessità di un unico parametro di costituzionalità

1 Premessa. Tutela multilivello dei diritti e intervento suppletivo dei Tribunali costituzionali nazionali

La teoria del costituzionalismo multilivello¹ prende spunto da una concezione «contrattualistica» del potere pubblico che affida all'idea di costituzione il compito di fondare e definire i limiti dell'apparato istituzionale². Essa, diversamente dall'impostazione monista (che individua il fondamento nella sola previsione sovranazionale) e dall'impostazione dualista (che individua il fondamento nella sola previsione nazionale), ritiene che l'ordinamento comunitario ha un fondamento duale, da ricercare in una lettura congiunta della norma sovranazionale e della norma interna permissiva della partecipazione statale al processo di integrazione. Inoltre - sempre secondo questa ricostruzione - l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali, per lo meno a partire dal momento in cui si è affermato il principio dell'efficacia diretta, hanno sviluppato un rapporto di

¹ Sebbene risenta profondamente dell'influsso teorico haberliano e in parte di quello weileriano (vedi a questo proposito F. BALAGUER CALLEJON - M. BALAGUER CALLEJON - G. CAMARA VILLAR - J. LOPEZ AGUILLAR - J. MONTILLA MARTOS, *Manual de derecho constitucional. Vol. I*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009, 213) la prima esplicita formulazione del concetto di *multilevel constitution* viene formulata in I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european Constitution-making revisited?* in *Com. Mark. Law Rev.*, 1999, 4, 703 750 ed è stata sviluppata dapprima in ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union* in *Eur. Law Rev.*, 2002, 5, 511 529 e più recentemente in ID., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action* in *Col. Law. Journ.*, 2009, 3, 349 408.

² Secondo I. PERNICE - F. MAYER, *La costituzione integrata dell'Europa* in G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, Laterza, 2003, 43 68, la concezione contrattualistica del potere pubblico si distingue dalla concezione naturalistica perché, a differenza di questa che sostiene che lo Stato è una organizzazione dotata di fini propri e preesistente a qualunque forma di accordo politico, ritiene che le istituzioni pubbliche siano funzionali alle collettività che le costituiscono e che siano costituite attraverso accordi costitutivi (ad esempio costituzioni o accordi internazionali).

reciproca limitazione: per un verso, l'applicazione delle norme nazionali può incontrare un limite nelle previsioni europee, mentre, attraverso i "controlimiti", l'applicazione delle norme europee può essere ostacolata da alcune previsioni nazionali; per altro verso, la presenza di disposizioni di provenienza esterna, quando non ne impedisce *tout court* l'applicazione, interferisce sull'interpretazione delle disposizioni interne all'ordinamento considerato³.

In considerazione della comune funzione fondazionale dell'ordine giuridico sovranazionale ed in considerazione della natura parziale ed aperta dei due livelli ordinamentali⁴, la letteratura riferita ritiene che una lettura disgiunta del sistema normativo comunitario e dei singoli sistemi normativi nazionali sia assolutamente improponibile. Piuttosto, si impone una ricostruzione complessiva che, tenendo nella dovuta considerazione l'importanza delle relazioni che intercorrono tra i diversi sistemi giuridici, prenda atto delle mansioni congiuntamente esercitate dagli apparati normativi nazionali e dall'apparato normativo comunitario e consideri l'ordine giuridico europeo come un'unione di costituzioni in divenire, basata sulla cooperazione e sull'interazione dialettica tra una pluralità di livelli istituzionali non omogenei⁵: ordinamenti costituzionali nazionali e ordinamento comunitario, fondando e al tempo stesso limitando il potere europeo, rappresentano le due insopprimibili facce di un'unitaria costituzione materiale dell'Europa ed insieme integrano un innovativo ordinamento giuridico di natura composita, dotato di propri criteri ermeneutici⁶. In questo peculiare sistema costituzionale, il compito di vigilare sulle garanzie individuali è condiviso tra la Corte di Giustizia e le Consulte dei paesi membri secondo uno schema sussidiario che, in caso di intervento insoddisfacente dei giudici di Strasburgo, affida ai giudici nazionali una funzione 'suppletiva'.

³ Due opposti orientamenti sugli spinosi problemi determinati dell'interpretazione conforme nel sistema europeo sono stati recentemente espressi da M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"* in *Foro Amm. Tar*, 2007, 7 8, 87 101 e da A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative* su www.federalismi.it. Ruggeri ha ribadito una posizione analoga anche in ID., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme* su www.forumcostituzionale.it.

⁴ L'idea della costituzione parziale e dell'ordinamento aperto è sviluppata in P. HABERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale* in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2002, 2, 455 462.

⁵ Vedi quanto sostenuto da I. PERNICE – F. MAYER, *op. cit.*, 52.

⁶ Sul tema dell'interpretazione contestuale e del diritto comparato come quinto metodo di interpretazione P. HABERLE, *La Costituzione nel contesto* in *Nomos*, 2002, 2, 7 24 e ID., *Per una dottrina della costituzione europea* in *Quad. Cost.*, 1999, 1, 3 30.

Obiettivo del presente contributo è quello di cercare di dimostrare che, malgrado l'entusiasmo con cui viene spesso celebrato il modello multilivello⁷, l'intervento 'suppletivo' dei giudici nazionali può produrre problemi gravi quanto l'inerzia dei giudici europei e in ultima analisi può mettere in discussione la stessa natura costituzionale dell'ordinamento integrato. A questo fine, senza ritornare sulla complessa 'saga' che nel corso degli ultimi anni ha impegnato la giurisprudenza europea nella controversa materia⁸, si analizzeranno i conflitti normativi tra la disciplina sovranazionale del mandato di arresto e la nuova Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, per cercare di mettere in evidenza le contraddizioni determinate dal sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali e le conseguenze negative che, per lo meno dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona esso può produrre in termini di definizione dello statuto di cittadinanza.

2 La cooperazione giudiziaria in materia penale e la Decisione quadro 2002/584/GAI

Il Trattato di Amsterdam ha introdotto un Titolo VI finalizzato a rafforzare la cooperazione penale, doganale e di polizia e contenente misure atte a promuovere il ravvicinamento delle normative statali in materia penale e la lotta al crimine organizzato. In particolare occorre segnalare che, fra le varie disposizioni pensate al fine di assicurare un'autentica cooperazione, è stato previsto che l'Unione possa adottare provvedimenti finalizzati alla «facilitazione dell'estradizione fra gli Stati membri⁹».

In questo quadro normativo, preso atto dei fallimenti delle Convenzioni del 1995 e del 1996¹⁰, si è progressivamente fatta strada l'idea

⁷ Su tutti vedi J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il Sonderweg europeo* in J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, 511-535 che sostiene che attraverso l'originale metodo progressivo di integrazione l'Unione ha superato le contraddizioni legate al principio di sovranità. Per una critica vedi A. CANTARO, *Europa sovrana: la Costituzione dell'Europa tra guerra e diritti*, Bari, Edizioni Dedalo, 2003.

⁸ Su questa complessa vicenda giurisprudenziale vedi O. POLLICINO, *Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato d'arresto europeo come modello di analisi* in *Eur. Jour. of Leg. Stud.*, 2008, 1, 220-268. Vedi anche F. FONTANELLI, *La decisione quadro sul mandato di arresto europeo e la tutela dei diritti fondamentali* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 2, 194-200 e F. VECCHIO, *La sentenza 199/2009 del Tribunal Constitucional spagnolo e l'inversione dell'interpretazione conforme come nuovo strumento del costituzionalismo asimmetrico europeo* in corso di pubblicazione.

⁹ Così l'art. 31 lett. b) del TUE.

¹⁰ La Convenzione sulla procedura semplificata di estradizione tra gli stati membri dell'Unione europea, adottata con atto del Consiglio del 10 marzo 1995, limitava l'applicazione del principio di specialità e prevedeva un apposito procedimento per il caso in cui sia lo stato estradando, sia lo

di sostituire la procedura di estradizione con una generale procedura semplificata di consegna e, in seguito ai tragici episodi dell'11 settembre, si è finalmente arrivati alla Decisione quadro 2002/584/GAI con la quale, a partire dal 1 gennaio 2004, si è istituito il mandato di arresto europeo.

Le novità introdotte da questa Decisione sono notevoli e rilevanti. Così, vengono in primo luogo in rilievo l'*art.* 1.1 che definisce il mandato di arresto europeo come «una decisione giudiziaria emessa da uno stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà» e l'*art.* 2.2 che, statuendo che la nuova procedura trova applicazione con riferimento «ai fatti puniti dalle leggi dello stato membro emittente con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà della durata massima non inferiore a 12 mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi», disegna una procedura priva di profili di valutazione politica e assai lontana dalla concezione tradizionale dell'extradizione.

In secondo luogo, prevedendo un elenco di 32 reati (essenzialmente reati associativi transnazionali come il terrorismo internazionale, la tratta degli esseri umani e l'associazione a delinquere) che a condizione di essere puniti con una limitazione della libertà personale di almeno tre anni (secondo la legge dello Stato emittente) sono sottratte all'applicazione del principio della doppia incriminazione, l'*art.* 2.2 segna un ulteriore e significativo distacco dalla tradizionale procedura di estradizione¹¹.

Infine, la presenza di un termine di novanta giorni per il perfezionamento della procedura, l'applicazione ridimensionata del principio di specialità e la previsione della possibilità di estradare il cittadino completano il quadro delle novità introdotte dall'istituto.

stato richiesto fossero d'accordo sul ricorso alla Convenzione. La Convenzione sull'extradizione fra gli stati membri dell'Unione europea, adottata con atto del Consiglio del 27 settembre 1996, ampliava i fatti rispetto ai quali una richiesta di estradizione poteva essere presentata e limitava i motivi in base ai quali essa poteva essere rifiutata, abolendo la possibilità di invocare la natura politica del reato e limitando l'applicazione del principio di doppia incriminazione. I due strumenti normativi non sono mai entrati in vigore perché non sono stati ratificati dalle parti contraenti.

¹¹ Vedi anche l'*art.* 2.3 della Decisione commentata dove è previsto che il Consiglio europeo, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere l'ampliamento dell'elenco di reati sottoposti al regime speciale della nuova procedura.

3 Mandato di arresto europeo e tutela dei diritti fondamentali

La questione dei problemi causati da questa semplificazione normativa in termini di possibile lesione dei diritti fondamentali è presa in considerazione già dalla stessa Decisione quadro. In questa direzione, innanzitutto, deve essere tenuto in conto il decimo considerando del Preambolo quando dispone che l'attuazione di un mandato di arresto europeo «può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno stato membro dei principi sanciti dall'*art. 6 par. 1*, del Trattato sull'Unione europea, constatata dal Consiglio in applicazione dell'*art. 7 par. 1*, dello stesso Trattato e con le conseguenze previste dallo stesso articolo».

Accanto a questa disposizione viene in considerazione anche il dodicesimo considerando. Infatti, anticipando parzialmente una previsione contenuta nell'*art. 1.3*¹², esso afferma esplicitamente 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» e precisa che essa «non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto della libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione». Sempre la stessa disposizione fa salvo il principio della non discriminazione.

In aggiunta, il tredicesimo considerando afferma che «nessuna 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 inumani e degradanti».

Peraltro, malgrado le disposizioni in questione, la tutela dei diritti fondamentali assicurata dalle norme del Preambolo pare particolarmente debole e, in quanto priva di garanzie concrete, sembra affidata alla 'buona volontà' delle istituzioni giudiziarie coinvolte nel procedimento estraditorio¹³. L'eccezionalità del meccanismo sanzionatorio *ex art. 7* e la considerazione che, in qualsiasi caso, il decimo considerando dispone una

¹² L'*art. 1.3* della Decisione commentata afferma che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'*art.6* del Trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro». La differenza con il dodicesimo considerando si spiega probabilmente con l'ambigua posizione giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione al momento dell'entrata in vigore della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo.

¹³ Per un approccio generale ai problemi connessi alla tutela dei diritti fondamentali si rinvia alle osservazioni proposte da G. BARONE, *Diritti fondamentali*, Acireale, Bonanno ed., 2009.

causa di non esecuzione generalizzata mostrano la scarsa idoneità di quest'ultima previsione a garantire situazioni individuali che sono comunque meritevoli di tutela, pur non integrando il requisito della persistenza.

Inoltre, la dottrina ha segnalato la dubbia valenza giuridica del dodicesimo e del tredicesimo considerando. Difatti, al di là della questione dell'incomprensibilità di una norma di diritto secondario che fa salva l'applicazione delle disposizioni dei Trattati istitutivi, è stato precisato che, almeno secondo il tenore letterale delle due previsioni, il loro mancato rispetto non integra una causa di non esecuzione del mandato di arresto diversamente dalla mancata osservanza del decimo considerando¹⁴. Per di più, nel tredicesimo considerando, la situazione è ulteriormente aggravata dall'utilizzo del condizionale «dovrebbe» (che di per sé stesso non renderebbe vincolante la disposizione) e dalla previsione di una fattispecie ostativa alla consegna significativamente più ristretta rispetto all'omologa disciplina prevista nell'ambito della CEDU¹⁵.

Per quanto riguarda, invece, le altre parti del testo normativo, fermo restando che l'*art. 3*, l'*art. 4* e l'*art. 5* confermano la scelta di escludere la violazione dei diritti fondamentali dalle cause di non esecuzione del mandato¹⁶, viene qui in considerazione essenzialmente l'*art. 14* che,

¹⁴ Con l'esclusione del profilo della non discriminazione in quanto è esplicitamente previsto che la decisione quadro non comporta che «non sia consentito rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo qualora risulti che esso è 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 una persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi».

¹⁵ Commentando la decisione quadro segnala il primo profilo V. BAZZOCCHI, *Il mandato di arresto europeo e le Corti supreme nazionali* in *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, 661-690. Inoltre, la giurisprudenza CEDU, ha individuato tra le cause che impediscono la consegna il rischio di violazione dei diritti di libertà, dei processuali, del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

¹⁶ Tra le cause di non esecuzione obbligatoria del mandato l'*art. 3* prevede: il provvedimento di amnistia emanato dallo stato di esecuzione per il reato a cui il mandato si riferisce; il fatto che la persona sia stata già giudicata per gli stessi fatti con sentenza definitiva da uno stato membro e la pena eventualmente comminata sia già stata scontata, sia in corso di esecuzione o, sulla base delle leggi dello stato che l'ha inflitta, sia ineseguibile; il fatto che per la sua età, la persona non possa essere tenuta penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato, in base alla legge dello stato di esecuzione. Tra le cause di non esecuzione facoltativa del mandato, invece, l'*art. 4* prevede: la mancanza della doppia incriminazione (fatto salvo l'elenco di cui all'*art. 2*); la pendenza, nello stato di esecuzione, di un'azione giudiziaria contro la stessa persona e per gli stessi fatti contestati nel mandato di arresto; la decisione dell'autorità giudiziaria; la decisione dell'autorità giudiziaria dello stato membro di esecuzione di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato di arresto o di cessarla; l'esistenza, in uno stato membro, di una sentenza definitiva che osti all'esercizio di ulteriori azioni; l'avvenuta prescrizione nello stato di esecuzione; il fatto che la persona sia stata già giudicata per gli stessi fatti con sentenza definitiva da uno stato non membro e la pena eventualmente comminata sia già stata scontata, sia in corso di esecuzione o, sulla base delle leggi dello stato che l'ha inflitta, sia ineseguibile; la garanzia da

riferendosi all'ipotesi che il ricercato non dia il proprio consenso alla consegna, prevede che lo stesso debba essere ascoltato dall'autorità di esecuzione. La previsione è particolarmente debole perché non specifica né la natura, né la funzione, né le modalità di tale audizione e perché, almeno dal tenore letterale del testo, non sembra che essa sia finalizzata a verificare la legalità dello stato di detenzione. Ad analoghe critiche si espongono anche l'*art.* 11 (rubricato «diritti del ricercato») e l'*art.* 12 che impongono il riconoscimento di alcune garanzie processuali come il diritto di essere informato del procedimento e il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete. Tali previsioni confermano la debolezza dell'impianto garantista della disciplina sul mandato di arresto europeo, perché, al di là della garanzia di uno standard processuale minimo, affidano alla disciplina dello stato di esecuzione l'eventuale riconoscimento di ulteriori diritti del ricercato.

4 Il contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la possibile soluzione interpretativa

Vista la loro debolezza in termini di protezione dei diritti fondamentali, le norme sopra riferite producono contrasti normativi importanti con il diritto primario dell'Unione europea. In primo luogo, le disposizioni 'programmatiche' contenute nel dodicesimo considerando di per se stesse non impediscono che la nuova disciplina integri una generica violazione dell'*art.* 6 del Trattato sull'Unione.

Inoltre, in seguito alla recente entrata in vigore del Trattato europeo (che tra l'altro prevede la possibile futura adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e in seguito all'acquisizione di valore giuridico da parte della Carta dei diritti fondamentali, emerge l'evidente

parte dello stato di esecuzione dell'impegno ad eseguire, in conformità con il proprio diritto interno, la pena o la misura di sicurezza inflitte dallo stato emittente; la circostanza che i reati oggetto del mandato di arresto siano considerati dalla legge dello stato di esecuzione commessi in tutto o in parte nel proprio territorio o in luoghi ad essi assimilati; la circostanza che, per i fatti oggetto del mandato di arresto, la legge dello stato di esecuzione non consenta l'azione penale fuori dal proprio territorio. Infine, l'*art.* 5 (oggi abrogato) prevede che gli stati membri possano con legge prevedere come condizione per l'esecuzione del mandato di arresto: in caso di condanna *in absentia* è previsto che la consegna possa essere subordinata alla condizione che lo stato emittente garantisca la possibilità di richiedere un nuovo processo; nel caso in cui i reati oggetto del mandato siano punibili con una privazione vitalizia della libertà, l'esecuzione del mandato di arresto può essere subordinata alla condizione che l'ordinamento dello stato emittente preveda una revisione della pena comminata o comunque l'applicazione di misure di clemenza; in caso di mandato di arresto finalizzato all'esercizio dell'azione penale la consegna può essere subordinata alla condizione che l'eventuale pena inflitta sia scontata nello stato membro di esecuzione.

considerazione che il tredicesimo considerando violi il diritto previsto dall'art. 19.2 del nuovo testo. In tal senso, anzi, sembra che la previsione in esame integri un duplice superamento della norma parametro.

Disponendo che «nessuna persona può essere allontanata, espulsa o estradata verso uno stato allorquando sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti» la norma della Carta dei diritti fondamentali non ammette il margine di discrezionalità che sembrerebbe invece consentito dall'utilizzo del termine «dovrebbe» nell'omologa disposizione sul mandato di arresto.

Per di più, il tredicesimo considerando sembra non coprire per intero l'area tutelata da una lettura congiunta dell'art. 19.2 e dell'art. 52.3 della Carta¹⁷, se si tiene in considerazione che le spiegazioni ufficiali dell'art. 19.2 si richiamano esplicitamente alla corrispondente previsione della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e se si considera, altresì, che la giurisprudenza nazionale e internazionale ha individuato il rischio di violazione dei diritti di libertà, dei diritti processuali e del diritto al rispetto della vita privata e familiare come motivi ostativi alla consegna di un ricercato¹⁸.

¹⁷ L'art. 52.3 della Carta dei diritti fondamentali risolve il potenziale contrasto tra le disposizioni della Carta stessa e le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevedendo che le norme europee non possono disporre una protezione inferiore a quella delle norme convenzionali. In tal senso vedi anche le spiegazioni dell'art. 52 che sul punto affermano che «Il paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo affermando il principio che, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto comunitario e della Corte di giustizia delle Comunità europee. Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia delle Comunità europee. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. In appresso è riportato l'elenco dei diritti che, in questa fase e senza che ciò escluda l'evoluzione del diritto, della legislazione e dei trattati, possono essere considerati corrispondenti a quelli della CEDU ai sensi del presente paragrafo. Non sono riportati i diritti che si aggiungono a quelli della CEDU».

¹⁸ Relativamente a questo profilo, le spiegazioni dell'art. 19 si preoccupano di puntualizzare che «Il paragrafo 2 incorpora la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU (cfr. *Ahmed/Austria*, sentenza del 17 dicembre 1996, *Racc.* 1996 VI.2206, e *Soering*, sentenza del 7 luglio 1989)». Sul valore normativo acquisito dall'introduzione delle spiegazioni della Carta dei diritti fondamentali vedi I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon and fundamental rights* in S. GRILLER – J. ZILLER, *The Lisbon Treaty. EU constitutionalism without a Constitutional Treaty?* New York, Springer, 2008, 235 256.

Infine, malgrado il richiamo formale, l'*art.* 14 della Decisione quadro, non specificando che il diritto all'audizione è finalizzato ad un controllo sulla legittimità dell'arresto, affida alle autorità giudiziarie nazionali il compito di garantire in maniera effettiva la posizione del destinatario del mandato e pertanto espone l'intera costruzione normativa al rischio di una violazione del diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice, garantito (dagli *art.* 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e) dall'*art.* 47 della Carta¹⁹.

Secondo le indicazioni della dottrina, l'unica soluzione possibile da un punto di vista giuridico sembra quella di valorizzare in chiave interpretativa il dodicesimo considerando ed il connesso *art.* 1.3 della Decisione quadro

¹⁹ L'*art.* 47 della Carta dei diritti fondamentali precisa che ogni individuo ha diritto a ricorrere ad un giudice contro le misure che lo privino della sua libertà personale. Sulla relazione tra le norme convenzionali e l'*art.* 47 della Carta vedi le spiegazioni che affermano che «Il primo comma si basa sull'articolo 13 della CEDU: "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali."

Tuttavia, nel diritto comunitario, la tutela è più estesa in quanto essa garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. La Corte di giustizia ha sancito questo principio nella sentenza del 15 maggio 1986 (Johnston, causa 222/84, Racc. 1986, pag. 1651; cfr. inoltre le sentenze del 15 ottobre 1987, causa 222/86, Heylens, Racc. 1987, pag. 4097 e del 3 dicembre 1992, causa C-97/91, Borelli, Racc. 1992, pag. I-6313). Secondo la Corte, questo principio si applica anche agli Stati membri quando essi applicano il diritto comunitario. L'inserimento di questa giurisprudenza nella Carta non intende modificare il sistema di ricorsi previsto dai trattati e, in particolare, dalle norme in materia di ricevibilità. Questo principio è pertanto attuato secondo i rimedi procedurali previsti nei trattati. Esso si applica nei confronti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri allorché questi attuano il diritto dell'Unione e ciò vale per tutti i diritti garantiti dal diritto dell'Unione.

Il secondo comma corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU che recita: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.".

Nel diritto comunitario, il diritto a un giudice non si applica solo a controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile. È una delle conseguenze del fatto che la Comunità è una comunità di diritto come la Corte ha constatato nella causa 294/83, Parti ecologiste "Les Verts" contro Parlamento europeo (sentenza del 23 aprile 1986, Racc. 1986, pag. 1339). Tuttavia, fatta eccezione per l'ambito di applicazione, le garanzie offerte dalla CEDU si applicano in modo analogo nell'Unione.

Riguardo al terzo comma va rilevato che, in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, deve essere accordata un'assistenza legale allorché la mancanza di tale assistenza renderebbe inefficace la garanzia di ricorso effettivo (sentenza CDH del 9.10.1979, Airey, Serie A, Volume 32, 11). Esiste inoltre un sistema di assistenza legale dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee»

per consentire che le violazioni dei diritti fondamentali possano rilevare come cause di non esecuzione del mandato di arresto europeo²⁰. Questa lettura, tra l'altro, ha anche il pregio di spiegare la funzione, altrimenti incomprensibile, dei due articoli che precisano che il contenuto di un atto di diritto secondario non può andare al di là delle prescrizioni del diritto primario europeo.

Conclusioni. La funzione costituzionale della Corte di Giustizia europea e la necessità di un unico parametro di costituzionalità

Malgrado le evidenti contraddizioni tra la Carta dei diritti fondamentali e la disciplina sul mandato di arresto europeo il legislatore sovranazionale non ha ritenuto di dovere intervenire. Anzi con la nuova Decisione quadro 2009/299/GAI, ha limitato la possibilità di far valere l'eccezione di cui all'*art. 5 n. 1* della disciplina precedente ed è intervenuto per estendere ulteriormente il margine di operatività della procedura²¹. Inoltre, di fronte allo stesso problema, la Corte di Giustizia europea, approfittando dell'ambiguo valore giuridico della Carta, ha mantenuto l'atteggiamento prudente e poco attivo che, in più di una circostanza, ha caratterizzato il suo rapporto con le istituzioni politiche comunitarie (ad esempio in materia di sussidiarietà²²), e non è intervenuta nemmeno per via interpretativa, ritenendo le modalità di attuazione della Decisione perfettamente compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento europeo²³.

Di fronte a questa situazione e diversamente da quanto hanno fatto i loro colleghi cechi e belgi, i giudici polacchi, tedeschi e ciprioti hanno sfruttato le possibilità offerte dalla teoria multilivello e – per la prima volta nella storia dell'integrazione – hanno utilizzato il parametro di

²⁰ Con questo non voglio mettere in discussione quanto ho affermato in F. VECCHIO, *op. cit.*, quando criticando la sentenza 199/2009 del *Tribunal Constitucional* spagnolo ho sostenuto che non fosse condivisibile la soluzione interpretativa individuata dai giudici spagnoli per affermare i diritti individuali del ricorrente. Infatti, fermo restando l'individuazione dei soggetti legittimati all'operazione interpretativa, i giudici spagnoli hanno interpretato il diritto europeo alla luce del Costituzione spagnola e, esattamente in linea con le critiche che si svolgeranno nelle conclusioni, hanno definito lo standard di tutela sulla base del diritto nazionale.

²¹ Vedi nota 15.

²² Sulle vicende della scarsa giustiziabilità del principio di sussidiarietà sarà in questa sede sufficiente rinviare a A. D'ATENA, *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri* in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 1, 13 34.

²³ Con la sentenza C - 303/05 pronunciata il 3 maggio 2007, la Corte di Giustizia ha risposto a due questioni di validità sollevate dalla *Court d'Arbitrage* belga e ha dichiarato che la Decisione quadro è conforme all'*art. 6* del Trattato sull'Unione europea.

costituzionalità nazionale per dichiarare l'illegittimità costituzionale di un provvedimento interno adottato in attuazione di una prescrizione europea²⁴. Il Tribunale costituzionale spagnolo ha invece preferito salvare l'atto normativo di recezione del diritto comunitario e utilizzare la via interpretativa per ottenere lo stesso risultato²⁵.

Per lo meno in questa delicatissima materia, però, simili interventi giudiziari, sostenuti da un atteggiamento diverso da quello dei teorici del costituzionalismo multilivello, non sono in grado di risolvere il 'deficit di costituzionalità' del sistema europeo e si rivelano particolarmente inopportuni per almeno due ordini di ragioni.

Infatti, se è certamente stigmatizzabile l'atteggiamento di indifferenza complessivamente tenuto dalle istituzioni comunitarie, l'applicazione (anche interpretativa) dei "controlimiti" introduce nello statuto della cittadinanza una differenziazione sulla base della normativa nazionale di riferimento e pertanto produce risultati difficilmente accettabili e ingiustificabili da un punto di vista teorico. Anzi, vista l'importanza tradizionalmente giocata dalle libertà personali nella definizione della cittadinanza e visto il ruolo che le teorie multilivello affidano all'idea di cittadinanza²⁶, sembra difficile negare che, se si vuole continuare a sostenere la natura costituzionale di un sistema che materialmente funziona secondo questi schemi, occorre per lo meno ammettere che ci troviamo di fronte ad un'organizzazione costituzionale che per la prima volta nella storia del costituzionalismo è contraddistinta da una significativa differenziazione nell'applicazione dei diritti fondamentali primari.

Inoltre, non sembra neanche che per questo tipo di problemi possa invocarsi la prospettiva dinamica invocata (e spesso abusata) dai costituzionalisti multilivello per giustificare le divergenze tra i due livelli giurisprudenziali. Se, in materia di rapporti economici e sociali, potrebbe ancora essere considerata accettabile la situazione di incertezza giuridica che (per lo meno con riferimento ai singoli casi concreti) si determina in seguito alla dialettica tra le Corti, in materia di libertà personali la situazione cambia radicalmente: la stessa situazione di insicurezza

²⁴ Il *Trybunał Konstytucyjny* polacco (con la sentenza P1/05 del 27 aprile 2005) il *Bundesverfassungsgericht* (con sentenza BVerfGE 113, 273 del 18 luglio 2005), la suprema Corte cipriota (con sentenza 294 del 7 novembre 2005) si sono pronunciati contro le normative nazionali di recepimento del mandato di arrest europeo.

²⁵ Con la decisione 199/2009, il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha dichiarato la conformità costituzionale della legge interna di recepimento della Decisione quadro. A questo proposito vedi quanto ho sostenuto alla nota 19 e nel commento *ivi* citato.

²⁶ Soltanto a titolo di esempio vedi J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm* in G. ZAGREBELSKY - P.P. PORTINARO - J. LUTHER, *op. cit.*, 369 375.

determinata dall'esistenza di un potere giudiziario bicefalo e il sacrificio alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive che spesso è imposto dalle esigenze sistemiche possono già costituire significative lesioni dei principi su cui si fondano praticamente tutti gli ordinamenti degli stati membri e, in virtù delle tradizioni costituzionali comuni, l'ordinamento europeo.

La speranza, dunque, è che una volta entrata in vigore la Carta, la Corte di Giustizia modifichi il suo atteggiamento e sfrutti le 'potenzialità' costituzionali del nuovo testo per definire, almeno in via interpretativa, uno standard effettivo e uniforme di tutela dei diritti fondamentali.