

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO E PROCESSO PENALE

Ciclo XXV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/G2

Settore Scientifico disciplinare: IUS/16

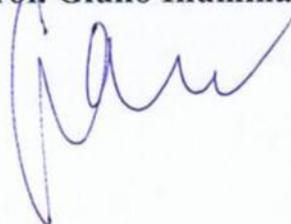
**IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
NELLA DISCIPLINA DEL MANDATO D'ARRESTO
EUROPEO**

Presentata da: Angelo Marletta

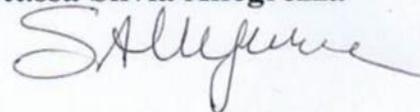
Coordinatore Dottorato

Relatore

Ch.mo Prof. Giulio Illuminati



Dott.ssa Silvia Allegrezza



Esame finale anno 2013

Si procede riconoscendo i traguardi raggiunti dai nostri predecessori, eccitati e divertiti, accettando la buona e la cattiva fortuna insieme - le rose e le spine, come si dice - la variopinta sorte comune che tiene in serbo tante possibilità per chi le merita o, forse, per chi è fortunato. Sì. Si procede. E il tempo pure procede - finché si scorge di fronte a sé una linea d'ombra, che ci avverte che bisogna lasciare alle spalle anche la regione della prima gioventù.

Joseph Conrad, La linea d'ombra

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLA DISCIPLINA DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

Capitolo I

INTRODUZIONE

1. Undici anni di mandato d'arresto in Europa: una «rivoluzione tranquilla»?.....p. 8
2. Il successo operativo, nonostante tutto.....p. 18
3. Basta che funzioni? Il problema della proporzionalità.....p. 21
4. Piano di lavoro: oggetto dell'indagine e premessa metodologica. Per un approccio europeop. 25

Capitolo II

LA FUNZIONE COSTITUTIVA DEL MUTUO RICONOSCIMENTO DAL MERCATO UNICO ALLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA.

1. Premessa.....p. 28
2. Le origini del mutuo riconoscimento: *Cassis de Dijon* in equilibrio tra «equivalenza funzionale» e «ragioni imperative»p. 29

2.1 <i>segue</i> : la duplice dimensione della sentenza <i>Cassis de Dijon</i>	p. 34
2.2 <i>segue</i> : la struttura dinamica del mutuo riconoscimento di matrice giurisprudenziale	p. 37
3. La funzione politico-costitutiva del mutuo riconoscimento nel mercato interno: la Commissione e la Nuova strategia per l'armonizzazione.	p. 40
4. Cardiff , Tampere, pilastri e pietre d'angolo: la nuova strategia per la cooperazione penale.	p. 44
5. Dire quasi la stessa cosa? Breve digressione sui caratteri differenziali del mutuo riconoscimento penale.	p. 47
5.1 <i>segue</i> : la posizione dello Stato e la posizione dell'individuo nelle dinamiche di riconoscimento reciproco.....	p. 48
5.2 <i>segue</i> : la connessione con i diritti fondamentali ed il ruolo della reciproca fiducia.....	p. 51
6. <i>Control is good, but trust is better?</i>	p. 55
7. Dopo Lisbona, mutuo riconoscimento e diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.	p. 62
7.1 <i>segue</i> : mutuo riconoscimento, ravvicinamento e rispetto dei diritti fondamentali.....	p. 63
7.2 <i>segue</i> : la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione come centro di gravità del riconoscimento.....	p. 66

Capitolo III

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

1. Passeri, cannoni, noci e martelli pneumatici.	p. 70
2. Radici e strutture germaniche.	p. 72
2.1 <i>segue</i> : l'idoneità (<i>Geeignetheit</i>).....	p. 74
2.2 <i>segue</i> : la necessarietà (<i>Erforderlichkeit</i>).....	p. 76
2.3 <i>segue</i> : la proporzionalità in senso stretto (<i>Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne</i>).....	p. 80
3. Dalle radici ai rami: la proporzionalità europea	p. 84
3.1 <i>segue</i> : “dimensioni” e funzioni della proporzionalità nel diritto dell’Unione europea	p.86
3.2 <i>segue</i> : origine , base giuridica e natura di principio generale.	p. 88
3.3 <i>segue</i> : struttura bifasica o trifasica della proporzionalità europea?	p. 91
4. La proporzionalità nella Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea.....	p. 94
4.1 <i>segue</i> : l’art. 49 par. 3 CDFUE e la proporzionalità delle pene.....	p. 95
4.2 <i>segue</i> : il limite dei limiti. L’art. 52 par. 1 CDFUE come norma chiave e la coerente tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell’Unione Europea.....	p. 98

5. La proporzionalità ed i diritti fondamentali nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (<i>cenni</i>).	p. 102
6. Dimensione costituzionale della proporzionalità e principio di coerenza.....	p. 107

Capitolo IV

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' NEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO.

1. Applicare la proporzionalità in una prospettiva <i>right-based</i>	p. 109
2. Alle radici del fenomeno dei mandati d'arresto sproporzionati	p.113
3. Alcune risposte nazionali al problema.....	p.118
4. Basi giuridiche e parametri della proporzionalità (I): l'art. 49 par. 3 CDFUE e la proporzionalità delle pene.....	p.120
5. Basi giuridiche e parametri della proporzionalità (II): l'art. 52 par. 1 CDFUE e la proporzionalità come limite dei limiti.....	p.121
6. Prospettive: il possibile impatto della decisione quadro 2009/829/GAI in termini di <i>less restrictive alternative</i>	p. 124

BIBLIOGRAFIA	p.126
---------------------------	-------

APPENDICE:

European Criminal Policy Initiative - Manifesto on European Criminal Procedure Law (Draft presented at the ECPI Conference held in Munich on 5-6 July 2013)

Capitolo I

INTRODUZIONE.

1. Undici anni di mandato d'arresto in Europa: una «rivoluzione tranquilla»?

Il 13 giugno 2002 il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato la Decisione Quadro 2002/584/GAI (d'ora in poi: Decisione quadro) «relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri»¹, ponendo il primo tassello della una nuova strategia europea per la cooperazione giudiziaria penale².

Le vecchie procedure di estradizione tra gli Stati membri³ dell'Unione sono state così sostituite da un nuovo meccanismo di consegna interamente giudiziario, fondato sul principio del mutuo

¹ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee (d'ora in poi: GUCE) del 18 luglio 2002, n. L 190, p. 1. La decisione quadro 2002/584/GAI è stata successivamente modificata dall'art. 2 della Decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009 pubblicata sulla GUCE del 27 marzo 2009, n. L 81, p. 24

² Su cui si tornerà più approfonditamente *infra*, Cap. 2

³ Regolate, essenzialmente, dalla Convenzione Europea di Estradizione del 1957, dai due protocolli aggiuntivi alla stessa adottati nel 1975 e nel 1978, da alcune previsioni della Convenzione europea per la soppressione del terrorismo del 1977 e dall'Accordo di San Sebastian del 1989 (la cd. "*fax convention*"). Nell'ambito dell'Unione europea, prima dell'adozione del Trattato di Amsterdam, erano state promosse due importanti iniziative di semplificazione dell'extradizione con le Convenzioni di Bruxelles del 10 marzo 1995 (sull'extradizione consensuale e sulla limitazione del principio di specialità) e di Dublino del 27 settembre 1996 (sulla estradizione dei cittadini, sulla limitazione di alcuni motivi di rifiuto e la limitazione del principio della doppia incriminazione). Tali convenzioni (adottate sulla base dell'allora vigente art. K.3 par. 2 C del Trattato sull'Unione Europea) non hanno, però, ottenuto la ratifica da parte di tutti gli Stati Membri. Sul tema cfr. M. PLACHTA - W. VAN BALLEGOOIJ, *The Framework Decision on the European Arrest Warrant and surrender procedures between Member States of the European Union*, in R. BLEKXTOON – W. VAN BALLEGOOIJ (Eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 15 s.

riconoscimento, ispirato ad un «controllo sufficiente»⁴ e provvisto di tempistiche rapide e definite.

Una innovazione dirompente, la cui portata in termini di sistema travalica lo stesso tema della consegna di persone tra Stati membri per i fini della giustizia penale.

Ad undici anni di distanza dalla approvazione della Decisione quadro - ed a dieci dalla scadenza del termine per l'implementazione fissato dalla stessa⁵ - il mandato d'arresto europeo è divenuto ormai parte dell'esperienza giuridica e giudiziaria dei 27 Stati Membri: nel corso di questi anni, nondimeno, questo nuovo strumento ha contribuito in modo determinante a rivelare la dimensione costituzionale dello spazio di «libertà, sicurezza e giustizia»⁶.

⁴ Il considerando n. 8 del preambolo alla Decisione quadro prevede che «le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte ad un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna». Le versioni inglese, francese e spagnola parlano rispettivamente di: «*sufficient controls*», «*contrôles suffisants*» e «*controles suficientes*».

⁵ Termine fissato al 31 dicembre 2003 dall'art. 34 par. 1 della Decisione quadro. Dal 1 gennaio 2007 anche Romania e Bulgaria, a seguito della loro adesione all'Unione Europea, hanno accesso al sistema del mandato d'arresto europeo.

⁶ Lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» è uno degli obiettivi che l'Unione intende garantire ai propri cittadini (art. 3 par. 2 del Trattato sull'Unione Europea, d'ora in poi: TUE). Alla sua realizzazione è dedicato il Titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in poi: TFUE) che si compone degli artt. 67 - 89 ed interessa le materie del controllo delle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione (artt. 77-80), della cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81), della cooperazione giudiziaria in materia penale (artt. 82-86) e della cooperazione di polizia (artt. 87-89). L'art. 67 par. 1 del TFUE, norma che apre il capo relativo alle disposizioni generali, recita: «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». In generale, sul nuovo assetto creato dal Trattato di Lisbona: V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, p. 37 s.; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, p. 331 s.; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, 2011, p. 41 s. Occorre comunque ricordare che la nozione di «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» è preesistente alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona ed è stata introdotta nell'architettura istituzionale dell'Unione dal Trattato di Amsterdam del 1997 nell'ambito del riordino della previgente «cooperazione in materia di giustizia ed affari interni» (il cd. «Terzo Pilastro»). Sull'assetto previgente si vedano: A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Cedam, 1998; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 481 s.; F. MUNARI - C. AMALFITANO, *Il "Terzo Pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 773 s. Particolarmente meritevole di attenzione, nell'economia interna della formula, è il riferimento allo «spazio» che, come è stato notato, si «ricollega ad una nuova idea di sovranità» cfr.

Una dimensione fatta di tensioni e potenzialità che si sono fronteggiate in più occasioni e su più piani: interno e sovranazionale, normativo e giurisprudenziale, politico e culturale.

Tensioni sono da subito emerse nell'attività di implementazione legislativa a livello nazionale ed in alcune importanti pronunce delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri⁷. Dubbi – più o meno fondati - sulla compatibilità del nuovo strumento con la tutela dei diritti fondamentali e dei principi propri delle costituzioni degli Stati membri hanno trovato ampio risalto nel dibattito pubblico e dottrinale ed hanno influenzato in maniera significativa l'operato dei legislatori nazionali⁸.

Diversi, tra questi, nel tentativo di far fronte a tali preoccupazioni hanno dettato norme di attuazione nazionali non sempre conformi allo spirito semplificatore della Decisione quadro, come è stato criticamente segnalato dalle relazioni della Commissione⁹: esempio ne sono le varie forme di manipolazione della “lista” delle 32 ipotesi criminose per le quali la fonte europea ha inteso superare la verifica sulla doppia incriminazione¹⁰, l'ampliamento dei motivi di rifiuto della consegna o la

A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, 2007, p. 12. Con il superamento della divisione in pilastri, tale considerazione, ci appare ancor più condivisibile.

⁷ Come si vedrà nel seguito del presente paragrafo.

⁸ Tra le prime pubblicazioni critiche: S. ALEGRE – M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial cooperation: a step too far too soon? Case study – the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, p. 200 s.; S. DOUGLAS - SCOTT, *The rule of law in the European Union - putting the security into the “area of freedom, security and justice”*, in *European Law Review*, 2004, p. 219 s.; S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 5 s. Per una ricostruzione complessiva delle critiche costituzionali mosse alla Decisione quadro dopo la sua approvazione: V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277 s.

⁹ L'art. 34 della Decisione quadro incaricava la Commissione di presentare al Consiglio ed al Parlamento, entro il 31 Dicembre 2004, una relazione sullo stato di attuazione del mandato d'arresto europeo. Tale relazione è stata presentata il 23 febbraio 2005, COM (2005) 63 def. Ad essa, su successivo *input* del Consiglio, hanno fatto seguito altre tre presentate il 24 gennaio 2006, COM (2006) 8 def, l'11 luglio 2007, COM (2007) 407 def e l'11 aprile 2011, COM (2011) 175 def.

¹⁰ Il principio della doppia incriminazione costituisce un classico e fondamentale presupposto dell'extradizione (o, più in generale, della possibilità di cooperare in materia penale), per quanto

loro trasformazione da “facoltativi” ad “obbligatorî”¹¹, l’introduzione di requisiti “formali” del mandato d’arresto non previsti dalla Decisione quadro¹².

La legge italiana, adottata per ultima, può considerarsi un paradigma estremo di questo atteggiamento difensivo assunto da diversi legislatori nazionali¹³.

l’interpretazione dell’istituto, nel tempo, abbia sviluppato significative variazioni di contenuto. Nella sua essenza il principio subordina la concedibilità dell’extradizione alla condizione che il fatto possa considerarsi reato in entrambi gli ordinamenti chiamati a cooperare. Sul tema, in generale, si vedano: R. QUADRI, *voce Extradizione (dir. internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1967; M. C. BASSIOUNI, *International extradition and world public order*, Sijthoff, 1974, p. 322 s.; G. GILBERT, *Transnational fugitive offenders in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 104 s.; M. DEL TUFO, *voce Extradizione (dir. internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1989. Come è noto, la Decisione quadro prevede all’art. 2 par. 2 una lista di 32 “ipotesi criminose”, relativamente alle quali la consegna deve essere disposta, indipendentemente dalla verifica della doppia incriminazione, purché nello Stato di emissione la fattispecie sia astrattamente suscettibile di una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà personale della durata pari o superiore a tre anni nel massimo edittale. Per una analisi della doppia incriminazione nella Decisione quadro si vedano N. KEIJZER, *The double criminality requirement*, in R. BLEKXTOON – W. VAN BALLEGOOIJ (Eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, cit., p. 137 s. e M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Intersentia, 2011, p. 93 s.

¹¹ La Decisione quadro, come noto, prevede due tipologie di motivi di rifiuto della consegna, obbligatori (art. 3) e facoltativi (art. 4). Tali motivi di rifiuto, seguendo la filosofia dello strumento - ed anche nella interpretazione della Corte di Giustizia - dovrebbero costituire un numero chiuso e «sufficiente» di ipotesi di controllo giurisdizionale. Di contro, però, va tenuto presente che alcune disposizioni e *considerando* della stessa Decisione quadro sembrano sottintendere la possibilità per gli Stati membri di implementare motivi di rifiuto ulteriori rispetto a quelli previsti dagli artt. 3 e 4. Una delle *querelles* più note ha riguardato il tema della denegabilità della consegna in caso di violazione dei diritti fondamentali, posto che circa due terzi degli Stati membri in sede di implementazione hanno introdotto un esplicito motivo di rifiuto e che l’art. 1 par. 3 della Decisione quadro sembra contenere una clausola abilitante in tal senso. Sul tema si tornerà più approfonditamente *infra*, Cap. 3

¹² L’art. 8 della Decisione quadro disciplina il «contenuto e forma del mandato d’arresto europeo», indicando gli elementi e le informazioni da fornire «nella presentazione stabilita dal modello allegato». E’, infatti, previsto un modello *standard* di mandato d’arresto europeo. L’indicazione a livello europeo di requisiti standardizzati e la predisposizione di un modulo preformattato è una caratteristica costante degli strumenti di cooperazione giudiziaria fondati sul mutuo riconoscimento.

¹³ L’Italia è stata l’ultimo, tra gli Stati membri che avevano originariamente adottato lo strumento, a dare attuazione alla Decisione quadro con un ritardo di 16 mesi rispetto al termine fissato dalla Decisione quadro. La l. 12 aprile 2005 n. 69, risultato di tale lunga incubazione, è un prodotto normativo controverso che difficilmente può riportarsi all’idea di “attuazione” di una fonte europea. Essa è stata preceduta ed accompagnata da un dibattito politico dai toni particolarmente accesi e da riflessioni dottrinali particolarmente critiche sulla compatibilità costituzionale del nuovo strumento. Ad esempio di queste ultime può richiamarsi il parere reso al Governo italiano da due autorevoli giuristi: V. CAIANIELLO - G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d’arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 462 s. Per una ricostruzione del tenore del dibattito politico italiano all’indomani della adozione della Decisione quadro, invece, si vedano: V. GREVI, *Il mandato d’arresto europeo tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002, p. 119 s.; E. SELVAGGI - O. VILLONI, *Questioni reali e non sul mandato europeo d’arresto*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 445 s.; M. BARGIS, *Il mandato d’arresto europeo dalla decisione quadro alle*

Un tale tipo di approccio, in un primo momento, è stato fatto proprio anche da alcune Corti supreme e costituzionali degli Stati membri, le quali sono state quasi subito chiamate a pronunciarsi sul nuovo strumento.

Nel 2005, anno dell' *impasse* al Trattato costituzionale europeo¹⁴, le Corti costituzionali polacca¹⁵, tedesca¹⁶ e cipriota¹⁷, hanno censurato le rispettive leggi nazionali di attuazione del mandato d'arresto europeo per contrasto con gli espressi divieti di estradizione dei cittadini contenuti nelle proprie leggi fondamentali.

Le argomentazioni alla base di tali sentenze non sono del tutto assimilabili tra loro, ma da esse traspare chiaramente la forza impattante del nuovo strumento sugli ordinamenti giuridici europei¹⁸, lo strappo

prospettive di attuazione, in *Politica del diritto*, 2004, p. 49 s. Sui principali elementi di difformità della legge italiana, *ex plurimis*, cfr.: G. IUZZOLINO, *La decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo in Mandato d'arresto europeo*, in AA. VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. 269 s.; D. MANZIONE, *Decisione quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA. VV., *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 Aprile 2005 n. 69*, Utet, 2006, p. 1 s. ed E. MARZADURI, *Commento agli articoli 1 e 2*, *Ibid.*, p. 57 s.

¹⁴ Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (meglio conosciuto come "Costituzione europea") è stato sottoscritto dai rappresentanti degli allora 25 Stati membri a Roma il 29 ottobre 2004. Il processo di ratifica del Trattato si è interrotto con la bocciatura dei *referenda* svoltisi in Francia e nei Paesi Bassi il 29 maggio e l'1 giugno 2005. I contenuti della "Costituzione europea", elaborata dalla Convenzione sul futuro dell'Europa presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, sono stati in buona parte fatti propri dal successivo (e vigente) Trattato di Lisbona su cui si tornerà *infra*. Sulla "Costituzione europea" e sui lavori della Convenzione, cfr. D. CHALMERS - C. HAJIEMMANUIL - G. MONTI - A. TOMKINS, *European Union Law. Text and materials*, Cambridge University Press, 2006, p. 57 s.; P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2008, p. 31 s.

¹⁵ *Trybunał Konstytucyjny* (Tribunale costituzionale polacco), decisione del 27 aprile 2005 (P1/05)

¹⁶ *Bunderverfassungsgericht* (Corte costituzionale tedesca), decisione del 18 luglio 2005 (BvR 2236/04) in *BVerfGE* 113, p. 273 s. e liberamente consultabile (anche in versione inglese) all'indirizzo internet <http://www.bverfg.de>

¹⁷ *Ανωτάτω Δικαστήριο Κύπρου* (Corte suprema di Cipro), decisione del 7 novembre 2005 (294/05)

¹⁸ Per una analisi comparata delle pronunce in questione si vedano: J. KOMÁREK, *European constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of "contropunctual principles"*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9 s.; O. POLLICINO, *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Stright the Right Balance between Interacting Legal Systems*, in *German Law Journal*, 2008, p. 1313; D. SARMIENTO, *European Union: the European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 171 s.; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 133 s.

rispetto alle rassicuranti coordinate della cooperazione giuridiziarla tradizionale.

La più significativa tra tali pronunce risulta senza dubbio la sentenza della Corte di Karlsruhe la quale, pur incentrando le proprie censure sull'operato del legislatore nazionale¹⁹, è parsa attaccare il nuovo sistema di consegna alle sue fondamenta. Infatti, pur non affrontando direttamente la Decisione quadro, la pronuncia contiene diversi passaggi "forti" sul diritto europeo: una lettura del mutuo riconoscimento quale principio «limitato» e funzionale, in un'ottica di sussidiarietà, alla tutela della identità nazionale; la affermazione della inidoneità degli *standard* europei e dei meccanismi previsti dall'art. 6 e 7 dell'allora vigente TUE per fondare tra gli Stati membri un livello di fiducia reciproca tale da eclissare i controlli nazionali sul rispetto dei diritti fondamentali; la qualificazione dell'area di libertà, sicurezza e giustizia in termini di un «*legal sub-order*» incapace di imporsi sugli ordinamenti nazionali al pari di quello comunitario²⁰.

Nondimeno, la giurisprudenza ha conosciuto e sviluppato visioni parimenti problematiche ma meno ostili allo spirito del nuovo strumento.

¹⁹ Il legislatore tedesco, nella prima versione della legge di attuazione del 2004, aveva omesso di implementare il motivo di rifiuto facoltativo previsto dall'art. 4 n. 7 lett. a) della Decisione quadro. In ciò la Corte Costituzionale ha ravvisato, rispetto alla posizione dei cittadini tedeschi, una violazione del principio di proporzionalità nell'uso della discrezionalità legislativa ed un conseguente contrasto con l'art. 16 della Legge Fondamentale della Repubblica Federale. La Corte ha, inoltre, censurato la legge di attuazione anche per la violazione del diritto ad un rimedio giurisdizionale garantito dall'art. 19 della Legge Fondamentale.

²⁰ A ciò si aggiunga la "radicalità" dell'esito decisorio che ha comportato la dichiarazione di incostituzionalità dell'intera legge di attuazione tedesca e non già della sola parte "incriminata". Un approccio che, nel complesso, ha suggerito a non pochi commentatori l'avvio di un nuovo capitolo nella saga della dottrina *Solange*. Sul punto si vedano: H. SATZGER - T. POHL, *The German Constitutional Court and The European Arrest Warrant. Cryptic Signals from Karlsruhe*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 694 s.; J. KOMÁREK, *European constitutionalism and the European Arrest Warrant*, cit., p. 23 s. s; O. POLLICINO, *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States*, cit., p. 1328.

Per alcune alte Corti (costituzionali ma anche di legittimità) il mandato d'arresto europeo, infatti, è divenuto quasi naturalmente il banco di prova dell'effetto-*Pupino*²¹: esempi rilevanti di questo tipo possono rinvenirsi nella sentenza della Corte costituzionale ceca del 2006²², nella pronuncia della *House of Lords* nel caso *Dabas*²³, nella decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana nel caso *Ramoci*²⁴ e nella sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 227/2010²⁵.

²¹ Il 16 giugno 2005 la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (ora Corte di Giustizia dell'Unione Europea) con la sentenza resa nella causa C-105/03, *Pupino*, ha ravvisato l'esistenza dell'obbligo di leale cooperazione sancito dall'art. 10 dell'allora vigente Trattato sulla Comunità europea anche al cd. "Terzo Pilastro"; in conseguenza di ciò, la Corte ha sancito l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare le norme del proprio diritto nazionale («nel loro complesso») in termini conformi allo spirito ed alla lettera delle Decisioni quadro, ancorché per tali fonti normative fosse espressamente escluso il cd. "effetto diretto". Si tratta di una decisione rivoluzionaria, i cui contenuti, in questa sede, è possibile solo accennare. Si consideri, ad ogni modo, che tale pronuncia è intervenuta poco dopo la sentenza del Tribunale Costituzionale polacco sul mandato d'arresto europeo – che sembra, in qualche misura, averne anticipato i contenuti – ed è di poco precedente alla pronuncia della Corte Costituzionale tedesca la quale, invece, sembra essersi posta rispetto ad essa in aperta contrapposizione, pur evitandone un diretto richiamo. Per approfondimenti sulla sentenza *Pupino*: M. FLETCHER, *Extending "indirect effect" to the Third Pillar: the significance of Pupino?*, in *European Law Review*, 2005, p. 862 s.; S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna University Press, 2007, p. 53 s.; S. PEERS, *Salvation outside the church: Judicial protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 883 s.; E. SPAVENTA, *Opening Pandora's box: Some reflections on the constitutional effects of the decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 5 s.

²² *Ústvaní Soud* (Corte costituzionale ceca), decisione del 3 maggio 2006 (Pl. ÚS 66/04). La Corte era chiamata ad occuparsi, anche in questo caso, della compatibilità della legge di attuazione ceca con il divieto costituzionale di estradizione dei cittadini. Essa ha respinto la censura di incostituzionalità richiamandosi espressamente alla pronuncia *Pupino* della Corte di Giustizia ed elaborando una lettura decisamente europeista della norma prevista dall'art. 14 par. 1 della Carta dei Diritti e delle libertà fondamentali della Repubblica Ceca. Nell'interpretazione della Corte di Brno nell'ambito dell'Unione europea il nucleo essenziale della garanzia costituzionale e lo speciale legame protettivo riservato dalla stessa al cittadino dovrebbero ritenersi egualmente salvaguardati nel caso di consegna ad un altro Stato membro. Nello svolgere tale ragionamento, peraltro, la Corte ha attribuito un ruolo significativo alla cittadinanza europea. Per l'analisi di tale pronuncia si vedano: J. KOMÁREK, *European constitutionalism and the European Arrest Warrant*, cit., p. 26 s.; O. POLLICINO, *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States*, cit., p. 1335; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 137

²³ *House of Lords, Dabas v. High Court of Justice, Madrid* [2007] UKHL 6 WLR (D) 39.

²⁴ Sent. C. Cass., Sez. Un., ud. 30 gennaio 2007 – dep. 5 febbraio 2007, n. 4614, *Ramoci*. Tale sentenza, proveniente dalla composizione più autorevole della Corte di Cassazione, ha fatto una discussa applicazione del principio di interpretazione conforme ad una norma particolarmente controversa della legge di attuazione italiana (art. 18, comma 1, *lett e*), la quale erge a motivo obbligatorio di rifiuto dei mandati d'arresto processuali l'assenza di «limiti massimi della carcerazione preventiva» nello Stato membro di emissione. La norma, riproduttiva - anche letteralmente - della

In questa dialettica, però, è intervenuto anche un terzo attore: la Corte di Giustizia.

Sebbene l'atteggiamento delle giurisdizioni superiori degli Stati membri si sia caratterizzato – quantomeno inizialmente e con ad esclusione della *Cour d'arbitrage* belga – per una forma di ritrosia ad interloquire in via pregiudiziale con il giudice europeo, nel corso degli ultimi anni le pronunce di quest'ultima sulla disciplina del mandato d'arresto europeo hanno assunto un peso rilevante per quantità e qualità²⁶.

disposizione costituzionale dell'art. 13 comma 5 della Costituzione italiana, poneva evidentemente un ostacolo alla cooperazione tra l'Italia e quegli Stati membri che non contemplano il sistema dei termini massimi (e la conseguente estinzione automatica della custodia) ma solo controlli ad intervalli regolari sulla persistenza delle ragioni giustificative della cautela. Le Sezioni Unite, con un articolato ragionamento sulla equivalenza delle garanzie e sul ruolo in tal senso svolto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sono addivenute ad una "interpretazione conforme" della disposizione sostanzialmente abrogante. Le critiche rivolte alla sentenza possono sintetizzarsi, essenzialmente, nella forzatura del ricorso al principio di interpretazione conforme a fronte di una lettera della legge non proprio equivoca. Merita di essere segnalato che, criticabile o meno, l'impostazione delle Sezioni Unite sembra essere stata avallata dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza C. Cost., dec. 14 aprile 2008 - dep. 18 aprile 2008, n. 109. Sulla sentenza *Ramoci* ed il suo "seguito" costituzionale, in termini adesivi: E. CALVANESE, *Problematiche attuative del mandato di arresto europeo*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 1926 s.; E. APRILE, *Note a margine della prima pronuncia delle Sezioni Unite sulla disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 1941 s.; G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e limiti massimi di custodia cautelare: incostituzionalità o interpretazione "costituzionalmente orientata" del motivo di rifiuto della consegna?*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, p. 1427 s.; in termini critici: C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, p. 1364 s.; A. DI MARTINO, *Questo limite non è un termine. Tecnicismi "specifici" e "collaterali" nel contesto di un sistema penale internazionale*, in *Archivio Penale*, 2011, fasc. 3, p. 1 s.

²⁵ Sent. C. Cost., dec. 21 giugno 2010 – dep. 24 giugno 2010, n. 227. Rappresenta la seconda pronuncia della Corte Costituzionale italiana sulla disciplina del mandato d'arresto europeo; la sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r) della legge di attuazione nella parte in cui non prevedeva l'estensione del motivo di rifiuto in esso contemplato al cittadino di un altro Stato membro legittimamente ed effettivamente residente o dimorante in Italia. Si tratta di una pronuncia molto significativa per gli espressi richiami che effettua al principio di interpretazione conforme ed alle sentenze rese sul tema dalla Corte di Giustizia nei casi *Kozłowski e Wolzenburg*. Sul tema si vedano E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di Giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r) della l. n. 69/2005?*, in *Cassazione Penale*, 2010, p. 1191 s. ed E. PAGANO, *Le posizioni della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale sulla non corretta trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 83 s.

²⁶ Ad oggi, le sentenze della Corte sulla validità e l'interpretazione della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo risultano undici: Corte di Giustizia delle Comunità Europee (d'ora in poi, CGCE), sent. 3 maggio 2007, C-305/07, *Advocaten voor de Wereld*; CGCE, sent. 17 luglio 2008, C-

Varie sono state le questioni fino ad oggi sottoposte alla Corte - e non è probabilmente questa la sede per procedere ad una analisi articolata - ma, volendo comunque tentare un bilancio della giurisprudenza di Lussemburgo, due circostanze ci sembrano meritevoli di considerazione: in primo luogo - ed è probabilmente il dato più evidente - in tutte le decisioni sul mandato d'arresto europeo, la Corte ha indubbiamente privilegiato interpretazioni funzionali a garantire la massima efficacia del sistema di consegna; in secondo luogo, seppur con uno stile argomentativo criticato perché eccessivamente scarno²⁷, la Corte ha dato l'idea di presupporre alla risoluzione delle singole questioni un approccio teleologico ed uno sfondo concettuale ed interpretativo più ampio.

In alcune tra le principali sentenze sul tema (*Advocaten voor de Wereld, Kozłowski, Wolzenburg, Joao Pedro Da Silva George*), infatti, la Corte è parsa guardare allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» come a qualcosa di molto simile a quell'«ordinamento giuridico di nuovo genere» che, da *Van Gend en Loos*²⁸ e *Costa c. Enel*²⁹ in poi, ha contraddistinto l'integrazione comunitaria³⁰.

66/08, *Kozłowski*; CGCE, sent. 12 agosto 2008, C-296/08 PPU, *Goicoechea*; CGCE, sent. 1 dicembre 2008, C-388/08, *Leymann e Pustovarov*; CGCE, sent. 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; CGCE, sent. 21 ottobre 2010, *I.B.*; CGCE, sent. 16 novembre 2010, C-261/09, *Mantello*; CGCE, sent. 28 giugno 2012, C-192/11 PPU, *West*; CGCE, sent. 5 settembre 2012, C-42/11, *Joao Pedro Da Silva George*; CGCE, sent. 29 gennaio 2013, C-396/11, *Radu*; CGCE, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*; CGCE, sent. 30 maggio 2013, C-168/13 PPU, *Jeremy*.

²⁷ Cfr. D. SARMIENTO, *European Union: the European Arrest Warrant*, cit., p. 177 che rispetto alla sentenza *Advocaten voor de Wereld*, sottolinea: «After several years during which the Court's reasoning has abandoned its previous cryptic style, the EAW case surprisingly reverts to a mode of justifying decisions in which the Court cheerfully offers concrete answers with scarcely any reasons to justify them». Questa valutazione ci appare condivisibile ed espressiva di un tratto stilistico comune alle successive pronunce sul mandato d'arresto europeo.

²⁸ CGCE, sent. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*

²⁹ CGCE, sent. 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. Enel*

³⁰ In tal senso, la logica “*trans-pillar*” abbracciata con *Pupino* è stata pienamente coltivata nella giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo ben prima che il Trattato di Lisbona vedesse luce e la suddivisione in “*pilastr*” perdesse di significato. Si consideri, ad esempio, l'affermazione esplicita contenuta nella pronuncia *Advocaten voor de Wereld* della necessità di rispettare i diritti fondamentali

Dopo l'avvento del Trattato di Lisbona, tale impostazione sembra aver dismesso il proprio carattere "carsico": un chiaro esempio sembra ravvisabile nella sentenza *Melloni* del 26 febbraio 2013 nella quale la Corte ha effettuato un significativo richiamo della nota pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*³¹ per giustificare l'autonomia degli *standards* di tutela della Carta di Nizza rispetto a quelli previsti dalle costituzioni nazionali.

Le linee di tensione ad oggi emerse intorno al mandato d'arresto europeo, complessivamente considerate, sembrano richiamare la saga dell'integrazione comunitaria ma può parlarsi, anche in questo caso, di una «rivoluzione tranquilla»³²?

anche «in quanto principi generali del diritto comunitario» (par. 45) e «ribaditi» anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (al tempo strumento non vincolante - par. 46). Un approccio simile e, per certi versi, meno "criptico" è rinvenibile anche nella giurisprudenza della Corte sull'interpretazione dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (principio del *ne bis in idem*).

³¹ CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* nota per aver - tra l'altro - statuito che l'autonomia del diritto comunitario - e la sua prevalenza - non possono venire limitati da «qualsivoglia norma di diritto nazionale», con ciò riferendosi anche alle norme nazionali di rango costituzionale. Cfr. par. 3 e 4 della motivazione in diritto.

³² *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors* è il titolo di un articolo di J. H.H. WEILER comparso sulla rivista *Comparative Political Studies* nel 1994 (p. 510 s.), in cui l'Autore ricostruisce le ragioni del successo e della accettazione da parte dei vari attori nazionali (ed in primo luogo le corti) del processo di costituzionalizzazione del diritto comunitario operato dalla Corte di Lussemburgo. Per «costituzionalizzazione», in tale contesto si intende « *a combined and circular process by which the treaties were interpreted by techniques associated with constitutional documents rather than multi-partite treaties and in which the treaties both as cause and effect assumed the "higher law" attributes of a constitution*», riprendendo le parole dello stesso J. H.H. WEILER in uno scritto precedente, *Supranationalism revisited - a retrospective - The European Communities after 30 years*, in W. MAIHOFFER (ed.), *Noi si mura. Selected working papers of the European University Institute*, 1986, p. 341.

2. *Il successo operativo, nonostante tutto.*

Il quadro complesso e perplesso che si è tentato di abbozzare nel precedente paragrafo potrebbe far pensare al mandato d'arresto europeo come ad un sistema altamente entropico, inefficace e minato da una molteplicità di leggi di attuazione difformi e dagli attriti costituzionali.

Sorprendentemente, invece, se solo si sposta lo sguardo dal piano teorico a quello empirico, le *performances* del mandato d'arresto europeo in questi anni ricordano il noto aforisma del calabrone di Sikorskij³³: infatti, a dispetto di tutto, le relazioni della Commissione sullo stato di attuazione³⁴ descrivono una realtà operativa dello strumento efficiente ed in continua espansione.

Il più recente tra i tre documenti - licenziato ad aprile 2011³⁵ - riassume i dati relativi al quadriennio 2005-2009 ed offre spunti molto interessanti per una analisi qualitativa e quantitativa del fenomeno. Si tratta, è opportuno segnalarlo, di dati parziali, vuoi per la non sempre diligente cooperazione degli Stati membri nel fornirli (l'Italia, ad esempio, dal 2006 è divenuta parte della "cifra oscura"), vuoi per la non sincronicità dell'accesso al sistema di consegna³⁶; le cifre disponibili, tuttavia, evidenziano dinamiche significative.

³³ Igor' Ivanovič Sikorskij (1889 - 1972) è stato un famoso ingegnere aeronautico russo-americano, considerato il "padre" degli elicotteri moderni. Un suo famoso aforisma ha come protagonista un calabrone (*the bumblebee*) e recita: «secondo le leggi dell'aerodinamica il calabrone, a causa della forma e del peso del proprio corpo in rapporto alla superficie alare, non può volare. Ma il calabrone non sa nulla delle leggi dell'aerodinamica e vola lo stesso».

³⁴ V. *retro* pag. 2, nt. 7

³⁵ Si tratta del documento COM (2011) 175 def dell'11 aprile 2011 intitolato: «*Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.*» (già cit. *retro* nt. 7).

³⁶ Romania e Bulgaria partecipano al mandato d'arresto solo dal 2007.

Anzitutto, dinamiche qualitative: il *report* della Commissione segnala due serie di dati aggregati particolarmente interessanti: la durata media delle procedure e la percentuale di consegne “consensuali”.

Secondo le rilevazioni effettuate nel periodo di riferimento, la durata della procedure di consegna ha oscillato tra un minimo di 42 giorni nel 2007 ed un massimo di 51 giorni nel 2008³⁷, ed ha comportato un radicale abbattimento dei tempi rispetto alle vecchie procedure di estradizione, le quali in passato potevano mediamente richiedere un anno; nei casi in cui la persona ha acconsentito alla propria consegna³⁸ i tempi medi si sono contratti ulteriormente per attestarsi tra un minimo di 14 giorni nel 2006 ad un massimo di 17 giorni nel 2007³⁹.

Certamente, la riduzione dei tempi⁴⁰ rappresenta un cambiamento positivo dei cui effetti beneficiano, oltre che le “esigenze di giustizia” dello Stato emittente, anche il soggetto sottoposto alla procedura, la cui libertà personale, in molti casi, potrebbe venire ristretta nella pendenza ed in funzione della procedura stessa.

È, però, l’incidenza delle consegne “consensuali” il dato che, su questo piano, più sollecita riflessioni: sul totale delle consegne annualmente eseguite, queste ultime hanno infatti rappresentato una percentuale compresa tra un minimo del 51% (2005) ed un massimo del

³⁷ Questi i dati per anno: 47, 2 giorni (2005); 51 giorni (2006); 42, 8 giorni (2007); 51, 7 giorni (2008); 48, 6 giorni (2009).

³⁸ Gli artt. 13 e 17 par. 2 della Decisione quadro prevedono una forte semplificazione della procedura di consegna, ove il ricercato acconsente volontariamente alla propria consegna. In tali casi, infatti, la «decisione definitiva» deve intervenire entro dieci giorni dalla comunicazione del consenso.

³⁹ Questi i dati per anno: 14,7 giorni (2005); 14,2 giorni (2006); 17,1 giorni (2007); 16,5 giorni (2008); 16 giorni (2009).

⁴⁰ Si tratta di una tempistica che, in concreto, rispetta i termini previsti dalla decisione quadro per la consegna “non consensuale” (entro i 60 giorni «dall’arresto del ricercato», art. 17, par. 3 della Decisione quadro) e che sembra discostarsi, ma di poco, nei casi di consegna “consensuale”.

62% (2008)⁴¹. Più di un arrestato su due, pertanto, ha sistematicamente acconsentito alla propria consegna e ciò, a prescindere da giudizi di valore sul fatto che sia un bene o un male, può leggersi come un indice indiretto del successo dello strumento⁴².

Passando ai profili schiettamente quantitativi, l'intero quadriennio 2005-2009, ha visto 54.689 mandati emessi ed 11.630 consegne effettivamente eseguite⁴³, mentre scorporando i dati per singolo anno si può notare come il ricorso allo strumento abbia seguito un *trend* crescente.

Nel 2005, anno della prima rilevazione, i mandati d'arresto europeo complessivamente emessi sono stati 6.894, quelli eseguiti 836⁴⁴; l'anno successivo, 2006, - ad una apparente - lieve flessione delle emissioni (6.889)⁴⁵, ha fatto riscontro un primo "balzo" delle esecuzioni (1.223). Il 2007 ha visto una prima impennata tanto sul versante delle emissioni (10.883) che su quello delle esecuzioni (2.221)⁴⁶; mentre nel

⁴¹ Queste le percentuali considerate per anno: 51% (2005); 53% (2006); 55% (2007); 62% (2008); 54% (2009).

⁴² Mancano, purtroppo, studi empirici sulle cause di un tale fenomeno. In via congetturale, ma non senza un qualche fondamento, una tale incidenza di consensi alla consegna potrebbe ricondursi ad una sorta di effetto "deterrente": la sovrarappresentazione degli automatismi che si accompagnano all'idea di mutuo riconoscimento potrebbe infatti, già su un piano psicologico, scoraggiare lo svolgimento di difese in sé poco fondate o comunque ritenute *a priori* destinate a non trovare considerazione da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione. Per contro non possono escludersi, ed andrebbero investigate, altre possibili spiegazioni del fenomeno quali, ad esempio, la percezione, soprattutto da parte dei "fuggitivi" destinatari di mandati d'arresto emessi per ragioni processuali, di poter ottenere rapidamente o più facilmente la remissione in libertà dopo l'avvenuta consegna.

⁴³ Si noti che l'emissione di un mandato d'arresto europeo può avvenire con modalità differenti a seconda che si conosca, o meno, l'esatta localizzazione del soggetto. Nel caso in cui il luogo in cui si trova il ricercato non sia conosciuto, l'emissione del mandato avviene con una segnalazione del soggetto nel Sistema Informativo Schengen (art. 9 par. 2 della Decisione quadro). La forbice notevole tra il numero delle emissioni e quello delle consegne eseguite, pertanto, non si spiega per un alto numero di rifiuti di consegna, circostanza che non consta, ma con un elevato numero di mandati emessi che rimangono "pendenti" nel S.I.S. fino all'effettivo "rintraccio" del soggetto.

⁴⁴ Mancano i dati del Belgio e della Germania.

⁴⁵ Ma, si noti, mancano rispetto alla rilevazione 2005 anche i dati dell'Italia. Ancora assenti Belgio e Germania.

⁴⁶ Mancano i dati di Belgio, Danimarca, Italia e Bulgaria. La Germania fornisce i primi dati (1.785 mandati emessi e 506 eseguiti). La Romania, *new entry*, nel 2007 ha emesso 856 mandati e ne ha eseguiti 235.

2008, erano già 14.196 i mandati emessi e 2.919 quelli eseguiti⁴⁷. Il 2009 ha poi chiuso la serie storica con ben 15.827 emissioni di nuovi mandati e 4.431 consegne⁴⁸. Sono cifre che permettono di considerare il mandato d'arresto europeo uno strumento che, nonostante tutto, funziona: le complessità dell'attuazione, in tal senso, non hanno comportato alcuna "sindrome da nanismo".

3. Basta che funzioni? Il problema della proporzionalità.

La Relazione del 2011⁴⁹ ha rilevato l'esistenza di alcune specifiche criticità del sistema del mandato d'arresto europeo. Segnatamente: difetto di assistenza legale nello Stato membro emittente, condizioni e tempi di detenzione prima del processo non accettabili e, soprattutto, «applicazione non uniforme del controllo di proporzionalità da parte degli Stati emittenti».

All'ultimo di tali «limiti» la Commissione ha dedicato un apposito paragrafo della propria Relazione, intitolato «il problema della proporzionalità», ove riconosce espressamente che la fiducia necessaria al corretto funzionamento del mandato d'arresto europeo potrebbe essere («è») messa in discussione dal «problema ricorrente»⁵⁰ dei mandati d'arresto europeo "sproporzionati".

⁴⁷ Mancano i dati di Belgio, Bulgaria, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito.

⁴⁸ Mancano i dati di Bulgaria ed Italia.

⁴⁹ Dalla quale sono stati tratti i dati del paragrafo precedente

⁵⁰ Le versioni in inglese, francese e spagnolo della relazione utilizzano «*systematic*», «*systematique*», «*sistemático*».

Tali dovrebbero considerarsi quelle richieste di consegna emesse per «reati che, pur ricompresi nel campo di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della decisione quadro del Consiglio, non sono sufficientemente gravi da giustificare le misure e la cooperazione che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo necessita».

La definizione per quanto sfuggente ed, a nostro modo di vedere, non esaustiva, inquadra un problema reale e non del tutto ignoto alle istituzioni europee: fin dal 2005, infatti, il problema della proporzionalità dei mandati d'arresto europeo ha fatto regolarmente apparizione in diversi documenti del Consiglio⁵¹.

La Relazione della Commissione è, quindi, il punto di arrivo di una graduale presa di coscienza di un effetto inatteso e non particolarmente desiderabile del trapianto del mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziaria penale.

Concepito sotto la spinta dei tragici eventi del settembre 2001 e, per quanto non limitato al solo contrasto della criminalità terroristica, disegnato «*with major criminals in mind*»⁵², il mandato d'arresto

⁵¹ Si veda, ad esempio, p. 70 della nota della Presidenza del Consiglio dell'Unione intitolata *Member States' comments to the Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* del 2 settembre 2005, 11528/05 COPEN (disponibile in sola lingua inglese). Sottoposto alla discussione agli esperti del quarto ciclo di valutazioni reciproche con la nota della Presidenza del 9 luglio 2007, 10975/07 COPEN (disponibile in sola lingua inglese), il tema della proporzionalità è stato fatto oggetto della raccomandazione n. 9 nella *Relazione finale sul quarto ciclo di valutazioni reciproche sull'applicazione del mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna*, del 28 maggio 2009, 8302/4/09 COPEN, p. 15. Sul dibattito antecedente la Relazione 2011, si vedano: M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: Alternative measures to the European Arrest Warrant*, in N. KEIJZER & E. VAN SLIEDREGT (Eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009, p. 220; K. WEIS, *The European Arrest Warrant - a victim of its own success?*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, Issue 2, 2011, p. 128; L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, vol. 1, p. 255 in www.penalecontemporaneo.it/rivista.

⁵² Così J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 480. La stessa Corte di Giustizia ha ravvisato una tale filosofia di fondo nello strumento; nella già citata sentenza *Advocaten voor de Wereld* (par. 57), infatti, essa ha ravvisato la giustificazione obiettiva del superamento della doppia incriminazione per le 32 categorie della lista "positiva", e rigettato la censura relativa alla violazione del principio di non discriminazione, osservando che: «[...]

europeo, in un numero statisticamente rilevante di occasioni, ha orientato la sua “potenza di fuoco” su «reati minori» e «non sufficientemente gravi» da giustificare il ricorso ad uno strumento di tale intensità coercitiva. A questo riguardo, la casistica relativa ai mandati d’arresto cd. “sproporzionati” risulta varia: dalla detenzione di minime quantità di sostanza stupefacente al furto o la ricettazione di beni di modesto - quando non modestissimo - valore economico, dalla guida in stato d’ebbrezza in casi di lieve superamento della soglia-limite alla detenzione di poche banconote contraffatte⁵³.

Il fenomeno solo superficialmente potrebbe archiviarsi come marginale. Esso, per contro, si presenta complesso e di rilevanza sistemica.

Complesse, anzitutto, possono considerarsi le sue cause, che attingono aspetti strutturali dei sistemi di giustizia penale integrati all’interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (quali, ad esempio, la natura obbligata o meno della persecuzione penale); ma complesse, soprattutto, risultano le riflessioni che il fenomeno della

vuoi per la loro stessa natura, vuoi per la pena comminata ... le categorie di reati di cui trattasi rientrano tra quelle che arrecano all’ordine ed alla sicurezza pubblici un pregiudizio tale da giustificare la rinuncia all’obbligo di controllo della doppia incriminazione».

⁵³ Si vedano la già citata nota del Consiglio 10975/07, pag. 3 che riferisce di mandati d’arresto europeo emessi per: 1) la detenzione di 0,45 grammi di cannabis; 2) la detenzione di 1,5 grammi di marijuana; 3) la detenzione di 0,15 grammi di eroina; 4) la detenzione di tre pasticche di ecstasy; 5) il furto di due copertoni d’auto; 6) la guida in stato d’ebbrezza con tasso alcolemico di 0,81 mg/l; 7) il furto di un maialino. Il documento *The European arrest warrant in practice*, licenziato dalla HOUSE OF COMMONS il 23 febbraio 2009 riferisce della ricettazione di un telefono cellulare del valore di circa 60 sterline o, ancora, del furto di un *dessert*. Altra aneddotica è stata ampiamente pubblicizzata dalla stampa del Regno Unito, sempre molto critica sul fenomeno: si veda *Door thief, piglet rustler, pudding snatcher: British courts despair at extradition requests*, apparso sul *The Guardian* del 20 ottobre 2008, liberamente consultabile all’indirizzo internet <http://www.guardian.co.uk>. Un più recente documento della organizzazione non governativa FAIR TRIALS INTERNATIONAL, *The European Arrest Warrant seven years on - the case for reform*, 2011, riporta due casi particolarmente delicati in cui l’organizzazione ha prestato supporto legale: quello di un neo-maggiorenne arrestato e consegnato alla Spagna per esser stato sorpreso, nel corso di una vacanza risalente a quattro anni prima, in possesso di due banconote da cinquanta euro rivelatesi contraffatte e quello di un anziano cittadino polacco destinatario di un mandato d’arresto processuale per “furto” per avere - dieci anni prima - prelevato denaro oltre limite del fido bancario concessogli e ciò nonostante lo stesso interessato avesse già da tempo provveduto a ripianare il proprio debito nei confronti della banca.

“sproporzione” sollecita sul significato dei tre concetti che strutturano tale spazio (libertà, sicurezza, giustizia) e sulla tecnica prescelta a livello europeo, dal 1998 in poi, per realizzarlo (il mutuo riconoscimento).

Sotto questo punto di vista, l’analisi e la risposta fornita dalla Commissione e dal Consiglio appaiono carenti: le istituzioni europee riconoscono l’esistenza di una distorsione e sono edotte dei rischi che quest’ultima potrebbe riverberare sulla reciproca fiducia necessaria al sistema di consegna ma, in ultima istanza, sembrano riportare il tutto ad un inopportuno aggravio dell’obbligo di cooperare, sottostimando la connessione del tema con quello dei diritti fondamentali. La soluzione del problema della proporzionalità, in quest’ottica, viene ricercata nella «discrezionalità» conferita dalla Decisione quadro alle autorità giudiziarie rispetto all’emettere - o meno - un mandato d’arresto europeo, nella sensibilizzazione degli Stati membri in fase di emissione dei mandati e nella ricostruzione della proporzionalità come mera regola di condotta e non come autonomo profilo di controllo giurisdizionale.

Una questione da *handbook*, quindi⁵⁴?

⁵⁴ Il Consiglio, in forza della Raccomandazione n. 9 contenuta nella *Relazione finale sul quarto ciclo di valutazioni reciproche sull’applicazione del mandato d’arresto europeo*, cit., ha proceduto alla revisione del manuale europeo sull’emissione del mandato d’arresto europeo. Il documento intitolato *Versione riveduta del manuale europeo sull’emissione del mandato di arresto europeo*, del 17 dicembre 2010, 17195/1/10 COPEN, tratta della verifica di proporzionalità alle pp. 14 e 15.

4. *Piano di lavoro: oggetto dell'indagine e premessa metodologica. Per un approccio europeo.*

A nostro avviso, il «problema della proporzionalità» presenta e necessita di un *background* più ampio di quello considerato dalla Commissione e dal Consiglio.

Esso, infatti, chiama in causa l'interazione di due principi propri del diritto europeo: il mutuo riconoscimento ed il principio di proporzionalità, appunto. Si tratta di concetti dotati di una loro autonomia giuridica, di una forte connessione con i diritti dell'individuo e di radici storiche ben piantate nell'evoluzione del diritto comunitario e dell'edificazione del mercato unico.

Ambiti materiali e di valore, questi ultimi, certamente distinti per “sensibilità” da quello della giustizia penale ma dei quali, dopo l'abolizione della ripartizione in pilastri operata dal Trattato di Lisbona, è sempre più opportuno tener conto nell'analisi dei problemi che interessano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁵.

Una prospettiva europea appare sempre più ineludibile per affrontare i temi della cooperazione giudiziaria tra più ordinamenti, esigendo quest'ultima l'individuazione di un quadro concettuale condiviso, ancora prima della elaborazione di *standard* comuni.

In tal senso, la storia dell'integrazione comunitaria - a dispetto della monodimensionalità mercantile che le viene spesso addebitata - può offrire spunti utili nella ricerca di un punto di equilibrio nel sistema.

⁵⁵ In tal senso ci sembra condivisibile l'impostazione suggerita da A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 20 e 419.

Il presente lavoro cercherà, quindi, si confrontarsi con l'applicabilità del principio di proporzionalità nel mandato d'arresto europeo, partendo da una analisi dei concetti di mutuo riconoscimento e di proporzionalità per come affermatasi nell'esperienza comunitaria e per come trapiantati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nel far ciò, si dedicherà particolare attenzione a come i due principi si possano - o debbano - ordinare tra loro in una scala di priorità funzionale ad una razionale realizzazione dei valori di libertà, di sicurezza e di giustizia nei confini dell'Unione.

Successivamente, si tenterà di applicare i risultati di questa ricostruzione alla disciplina del mandato d'arresto europeo, tenendo presenti anche alcune delle pronunce di diversi giudici europei sul tema⁵⁶.

Si è, ovviamente, fin d'ora avvertiti della cautela che necessita il ragionar per principi in una materia, come quella della giustizia penale, che tradizionalmente esige il modello delle regole⁵⁷.

Del pari, però, si è convinti che, nella misura in cui si ritenga di condividere il percorso intrapreso dall'Unione europea, una effettiva

⁵⁶ Ci si riferisce, alle sentenze: *Oberlandesgericht Stuttgart*, 25 febbraio 2010 - 1 Ausl. (24) 1246/09, *General Public Prosecution Service v. C.*; *High Court of Justice - Queen's Bench Division, Divisional Court*, 2 novembre 2011, [2001] EWHC 2849 (Admin), *Julian Assange v. Swedish Prosecution Authority*; *High Court of Ireland*, 8 febbraio 2012, [2012] IEHC 57, *Minister for Justice and Law Reform v. Ostrowski*.

⁵⁷ La distinzione classica tra regole e principi, secondo R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth, 2004, p. 24, sarebbe di tipo logico ed andrebbe riportata alle modalità operative dei due distinti *standard* legali. In tale ordine di idee, la regola è applicabile nei termini del "tutto-o-niente" alla fattispecie concreta: se la fattispecie concreta è suscumbibile nella regola, quest'ultima è applicabile e le conseguenze da esse stabilite discendono automaticamente. Se la fattispecie concreta non è suscumbibile alla regola, la regola è irrilevante per la decisione del caso. In ciò, il modello della regola ingloba il concetto di eccezione la quale, a sua volta, definisce il campo di applicazione della regola e delle sue conseguenze. Non ci sono, però, terze vie tra la applicabilità e la produzione di effetti giuridici e la non applicabilità e, quindi, l'assenza di quegli stessi effetti. Il principio, per contro, è uno *standard* che opera in maniera diversa, pur aspirando anch'esso a realizzare una qualche dimensione della giustizia e della equità. Esso non impone una conseguenza in termini automatici e può concorrere nella regolamentazione della fattispecie concreta con altri principi. In conseguenza di ciò esso conosce di una dimensione ulteriore rispetto alle regole: quella del bilanciamento.

messa in opera, su quel piano, delle garanzie dell'individuo non possa realizzarsi attraverso una chiusura o l' esasperazione dei "controlimiti" nazionali, ma con la ricerca di livelli ulteriori - ma non per questo inferiori - di coerenza normativa.

Capitolo II

LA FUNZIONE COSTITUTIVA DEL MUTUO RICONOSCIMENTO: DAL MERCATO UNICO ALLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA.

1. Premessa.

Il mandato d'arresto europeo rappresenta la prima ed a tutt'oggi più significativa concretizzazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali nell'ambito dell'Unione europea. Sulla base di quel principio è stata modellata la fisionomia semplificatrice dello strumento e ad esso sono riconducibili la sua efficacia e le sue criticità⁵⁸.

Con il Trattato di Lisbona, il mutuo riconoscimento è stato espressamente elevato a fondamento della nuova strategia dell'Unione per la piena messa in atto dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁹.

La comprensione dei caratteri salienti di tale principio, pertanto, costituisce un passaggio ineludibile per riflettere sugli strumenti che su di esso si fondano e sulle dinamiche che li interessano.

Di seguito, quindi, si cercherà di ricostruire rapidamente l'origine e la funzione del mutuo riconoscimento e le ragioni della sua

⁵⁸ Su cui v. *retro*, Cap. 1, par. 3, p. 13 s.

⁵⁹ Si veda, in generale, l'art. 67 parr. 3 e 4 del TFUE. Gli artt. 81 par. 1 (per la giustizia civile) ed 82 par. 1 (per la giustizia penale) del TFUE si riferiscono, rispettivamente al principio del mutuo riconoscimento come fondamento della cooperazione giudiziaria civile e penale. L'art. 70 TFUE, inoltre, indica al Consiglio, alla Commissione ed agli Stati membri l'obiettivo finale, nello sviluppo delle politiche dell'Unione, di una «piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco».

trasposizione, alla fine degli anni '90, dal piano dell'integrazione economica a quello della giustizia penale. Infine, ci si interrogherà sui caratteri propri di tale trasposizione e sul significato che dovrebbe assumere nel nuovo assetto ordinamentale dell'Unione.

2. Le origini del mutuo riconoscimento: Cassis de Dijon in equilibrio tra «equivalenza funzionale» e «ragioni imperative».

Il mutuo riconoscimento, quale principio proprio del diritto europeo, emerge nel processo di costruzione del mercato comune inaugurato dal Trattato di Roma⁶⁰, durante quella che J. H. H. WEILER ha individuato come la «seconda generazione»⁶¹.

⁶⁰ La versione originaria dell'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, firmato a Roma il 25 Marzo 1957 dai rappresentanti dei sei Stati membri fondatori (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi) prevedeva: «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano». L'Atto Unico Europeo (firmato a Lussemburgo il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore l'1 luglio 1987) mutò la denominazione di mercato comune in quella «mercato interno» introducendone la definizione - tutt'ora vigente - di: «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati» (cfr. Art. 26 par. 2 TFUE).

⁶¹ J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003, p. 308 s. L'Autore identifica cinque «generazioni» della costruzione giuridica del mercato comune: 1) la prima fase, «istitutiva», caratterizzata dalla scadenza del periodo transitorio (fissata al 31 dicembre 1969) e dai casi *Statistical Levy* (CGCE, sent. 1 luglio 1968, *Commissione c. Italia*, C-24/68) e *Dassonville* (CGCE, sent. 11 luglio 1974, *Dassonville*, C-8/74); 2) la seconda legata alla sentenza *Cassis de Dijon* (CGCE, sent. 20 febbraio 1979, *Rewe Zentral AG*, C-120/78) ed all'affermazione del principio del mutuo riconoscimento (o, meglio, del «parallelismo funzionale»); 3) la terza, che ha privilegiato un approccio legislativo con la Nuova Strategia per l'armonizzazione, il *Libro Bianco sul completamento del Mercato Interno* (documento del 14 giugno 1985 COM (83) 310) e, soprattutto, l'adozione dell'Atto Unico Europeo; 4) la quarta, segnata dalla adozione del Trattato di Maastricht, dall'onda lunga del caso «*Sunday Trading*» (CGCE, 23 novembre 1989, *Torfaen*, C-145/88) e dalla importante inversione di rotta effettuata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Keck* (CGCE, sent. 24 novembre 1993, *cause riunite Keck e Mithouard*, C-267/91 e C-268/91); 5) la quinta ed ultima, di assestamento

La sua genesi è classicamente riportata alla nota sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Cassis de Dijon* del 1979⁶², con la quale la Corte ha precisato la famosa formula *Dassonville*⁶³ e segnato un importante punto di svolta nella strategia della Comunità per l'integrazione economica⁶⁴.

Il caso è noto ma può rivelarsi opportuno ai nostri fini ripercorrerne i passaggi essenziali: una normativa tedesca sulle bevande alcoliche imponeva quale requisito per la loro lecita commercializzazione nella Repubblica Federale una gradazione alcolica minima, così impedendo indirettamente l'accesso al mercato nazionale a quelle bevande che, prodotte sulla base di *standard* diversi vigenti in altri Stati membri, presentassero gradazioni inferiori al limite e non risultassero espressamente incluse in una apposita tabella allegata alla legge (quali, appunto, il *Cassis de Dijon*)⁶⁵.

del nuovo approccio inaugurato dal caso *Keck*. Sul punto si vedano anche P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2011, p. 581 s.

⁶² CGCE, sent. 20 febbraio 1979, *Rewe Zentral AG*, C-120/78. Per vero, l'espressione mutuo riconoscimento compariva già nel testo originario del Trattato di Roma, seppur in termini limitati e non sovrapponibili a quelli di matrice giurisprudenziale. Esso appariva nell'art. 57 TCEE (ora art. 53 del TFUE) sull'adozione di direttive per favorire il mutuo riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli per l'accesso e l'esercizio di attività non salariate e nell' art. 220 TCEE (ora abrogato) che prevedeva la negoziazione di accordi tra Stati membri per facilitare il mutuo riconoscimento delle società e delle persone giuridiche. Sul punto, si veda K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, in C. BARNARD - J. SCOTT (Eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, p. 225.

⁶³ La sentenza *Dassonville*, cit. alla nota 4, ha definito il concetto di «misura ad effetto equivalente» ad una restrizione quantitativa delle importazioni vietata dall'art. 30 TCEE (ora art. 34 TFUE). Secondo la formula elaborata in quella importante decisione, andava ritenuta tale: «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare *direttamente o indirettamente, in atto o in potenza*, gli scambi intracomunitari» (Cfr. il par. 5 della motivazione in diritto, corsivi nostri). Nel caso di specie, la Corte di Giustizia aveva censurato come misura ad effetto equivalente vietata dal Trattato una formalità prevista dalla legislazione belga che imponeva all'importatore di bevande alcoliche la presentazione di un certificato di origine rilasciato dal produttore. Un articolato commento critico della sentenza è svolto da J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 345 s.

⁶⁴ Sul punto si ritornerà *infra* al par. 3, p. 32 s.

⁶⁵ La stessa normativa tedesca era già stata presa di mira nel 1974 dalla Commissione, la quale aveva promosso una procedura d'infrazione contro la Repubblica Federale in un caso analogo relativo all'*anisette*, altro liquore francese non commercializzabile perché di gradazione alcolica inferiore a quella specificamente richiesta dalla legge tedesca. La procedura in questione, però, venne archiviata quando il Governo tedesco provvide ad inserire l'*anisette* nella tabella delle eccezioni. Sul punto si

Pertanto, nel corso di un procedimento amministrativo promosso da un aspirante importatore, era stata interpellata la Corte di Giustizia per valutare la compatibilità della norma nazionale con l'art. 30 del TCEE⁶⁶ e stabilire se essa dovesse ritenersi vietata - secondo il canone *Dassonville* - in quanto misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa.

Di fronte alla Corte, il Governo tedesco aveva provato a difendere la disciplina nazionale asserendone la liceità ai sensi dell' articolo 36 TCEE⁶⁷, in quanto la prescrizione di un contenuto minimo di alcol sarebbe stata funzionale alla protezione della salute dei consumatori⁶⁸ ed alla prevenzione di pratiche commerciali scorrette o non trasparenti⁶⁹.

La Corte, pronunciandosi sulla questione, statuiva che, nella perdurante assenza di una normativa comune sulla produzione e il commercio dell'alcol⁷⁰, spettasse alla legislazione dei singoli Stati membri disciplinare la produzione e la commercializzazione di tali prodotti, ma:

veda K. J. ALTER - S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community. European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 538

⁶⁶ Corrispondente all'attuale art. 34 del TFUE che ne replica l'esatto contenuto: «Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.».

⁶⁷ Corrispondente all'attuale art. 36 del TFUE. La norma contempla le ipotesi di eccezione che permettono e permettono il mantenimento di divieti o restrizioni alle esportazioni ed alle importazioni. Vi rientrano i motivi: *a)* di tutela della moralità pubblica; *b)* di ordine pubblico; *c)* di pubblica sicurezza; *d)* di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali; *e)* di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale; *f)* di tutela della proprietà industriale e commerciale. Categorie sufficientemente ampie ma che, in forza della giurisprudenza *Dassonville*, venivano interpretate dalla Corte in termini particolarmente restrittivi. Sul punto J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 347 s.

⁶⁸ Sulla base dell'argomento per cui le bevande a bassa gradazione alcolica, rendendo più disinvolto il consumo, potrebbero maggiormente favorire l'assuefazione.

⁶⁹ Argomento, questo, sostenuto sulla considerazione che l'alcol costituisce, per tale tipo di prodotti, la parte che più incide sui relativi costi di produzione, anche in termini fiscali.

⁷⁰ Una proposta della Commissione al Consiglio in tal senso era già stata presentata ma si era arenata nelle negoziazioni. E la Corte, si noti, in motivazione rilevava criticamente tale circostanza.

«gli ostacoli derivanti da *disparità delle legislazioni nazionali* relative al commercio dei prodotti di cui trattasi *vanno accettati* qualora tali prescrizioni possano ammettersi come *necessarie* per rispondere ad *esigenze imperative* attinenti, *in particolare*, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali ed alla difesa dei consumatori.»⁷¹

È il primo nodo tematico della decisione che contempla la cd. dottrina delle esigenze imperative (nota anche come “*rule of reason*”⁷²), con la quale la Corte ha fornito una versione aggiornata e più flessibile delle eccezioni alla libera circolazione previste dall'art. 36 TCEE. Sulla base di tale regola la Corte rigettava, nel caso specifico, le obiezioni del Governo tedesco, ritenendo la fissazione di livelli minimi di gradazione una misura inidonea a tutelare della salute dei consumatori e sproporzionata rispetto alla tutela della lealtà e trasparenza dei negozi commerciali, potendo quest'ultima esigenza garantirsi sufficientemente col meno incisivo obbligo di trasparente etichettatura. La legge tedesca era, quindi, ritenuta dalla Corte incompatibile con l'art. 30 TCEE in quanto non riconducibile alle eccezioni dell'art. 36 TCEE né alla ragionevole tutela di altre “esigenze imperative”.

⁷¹ Par. 8, seconda parte, della motivazione in diritto. Corsivi nostri.

⁷² Cfr. L. W. GORMLEY, *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, in A. SCHRAUWEN (ed.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, 2005, p. 21. Ritiene, diversamente, che il concetto di *rule or reason* sia «*an umbrella term which signals the existence of judicial discretion*» ed una proiezione del principio di proporzionalità T. TRIDIMAS, *The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, *Ibid.*, p. 111.

I giudici di Lussemburgo, però, proseguivano - pronunciandosi oltre il necessario per la soluzione della questione⁷³ - affermando che:

«non sussiste quindi alcun valido motivo per impedire che bevande alcoliche, *a condizione ch'esse siano legalmente prodotte e poste in vendita in uno degli Stati membri*, vengano introdotte in qualsiasi altro Stato membro senza che possa esser opposto, allo smercio di tali prodotti, un divieto legale di porre in vendita bevande con gradazione alcolica inferiore al limite determinato dalla normativa nazionale»⁷⁴

È in questo passaggio - il più noto dell'intera pronuncia - che si condensa il concetto di mutuo riconoscimento, non espressamente menzionato come tale dalla Corte: una merce legalmente prodotta in uno Stato membro deve ritenersi libera di accedere al mercato di un altro Stato membro sul presupposto, implicito, che - in assenza di «ragioni imperative» - gli *standards* ed i controlli del primo Stato debbano considerarsi l'«equivalente funzionale» di quelli adottati dal secondo⁷⁵.

⁷³ In tal senso, K. J. ALTER - S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 539 che definiscono «*redundant*» e «*provocative*» l'ultima parte della motivazione.

⁷⁴ Par. 14, terza parte della motivazione in diritto.

⁷⁵ In tal senso J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 351, che, nondimeno, considera tale costruzione giuridica come «parallelismo funzionale» e non puro mutuo riconoscimento.

2.1 segue: la duplice dimensione della sentenza *Cassis de Dijon*.

La sentenza *Cassis* contiene due nuclei tematici, tra loro correlati, tramite i quali la Corte tenta di fornire una risposta equilibrata a due problemi allora particolarmente sentiti nell'ambito della Comunità.

Da un lato, infatti, si era affermata la necessità di un “aggiornamento” delle deroghe alla libera circolazione che risultasse più aderente alla nuova sensibilità pubblica sui temi economici; l'art. 36 TCEE «redatto [...] secondo la sensibilità degli anni '50»⁷⁶ era stato notevolmente irrigidito dall'impostazione ampia ed onnicomprensiva della giurisprudenza *Dassonville* ed imbrigliava eccessivamente la possibilità per gli Stati membri di praticare politiche regolatorie a tutela di beni sociali emergenti, quali l'ambiente o la protezione dei consumatori. A tale questione tentava di offrire una soluzione la dottrina delle “esigenze imperative” che, come è stato efficacemente affermato da WEILER, rendeva «possibile invocare la lealtà delle transazioni commerciali, la salute pubblica, la politica culturale e altre giustificazioni basate sugli “stili di vita”»⁷⁷.

Dall'altro lato, vi era una più pressante questione di natura “istituzionale” relativa al blocco decisionale determinato dal requisito del voto all'unanimità allora vigente per il ravvicinamento delle legislazioni sulla produzione ed il commercio intracomunitario⁷⁸. Le iniziative volte all'adozione di direttive per «il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del

⁷⁶ J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 349

⁷⁷ J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 351.

⁷⁸ L'art. 100 TCEE prevedeva che, in materia di ravvicinamento delle legislazioni, il Consiglio su proposta della Commissione dovesse deliberare all'unanimità.

mercato comune»⁷⁹ - come, appunto, quella relativa alla disciplina delle bevande alcoliche, richiamata dalla stessa Corte in motivazione - si arenavano frequentemente in sede di negoziazioni tra i veti incrociati degli Stati membri.

L'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, in tal senso, rappresentava una risposta provocatoria a questo secondo problema.

Alla luce del principio espresso in *Cassis*, infatti, il problema della standardizzazione dei requisiti di produzione e di prodotto perdeva di rilevanza, diveniva «*ipso jure*» obsoleto⁸⁰: gli “ostacoli tecnici agli scambi” di natura normativa divenivano ininfluenti, fintantoché la divergenza tra le regolamentazioni nazionali non risultasse tale da mettere in discussione interessi di particolare rilevanza.

E questa risposta innescò, come vedremo, un dibattito importante per i successivi sviluppi degli anni '80.

Ciò che merita di essere sottolineato è che il principio affermato in *Cassis de Dijon*, contrariamente a quanto spesso si ritiene, non stabilisce una rigida ed immutabile presunzione di equivalenza tra le regolamentazioni dei diversi Stati membri, né tantomeno una affermazione integrale ed definitiva del cd. “controllo del paese d'origine”⁸¹.

⁷⁹ Attività espressamente prevista dall'art. 3 par. 1, *lett h*) della versione originaria del TCEE.

⁸⁰ O. JACQUOT-GUILLARMOUD, *Creating a European economic space: Legal aspects of EC-EFTA relations*, in AA. VV., *Proceedings of the conference at the Irish Centre for European Law*, Trinity College, 1989, p. 196.

⁸¹ Il “controllo del paese d'origine” (o “*competitive model*”) è un modello di regolamentazione di un mercato plurinazionale in cui le merci ed i servizi circolano liberamente da uno Stato all'altro restando soggetti esclusivamente alle norme ed ai controlli dello Stato in cui sono stati prodotti. Gli altri modelli “puri” astrattamente ipotizzabili sono: il diametralmente opposto “controllo del paese di destinazione” (“*decentralised model*”) secondo il quale le norme ed i controlli rilevanti sono quelli dello Stato membro in cui il bene viene importato e commercializzato (fermo un generale divieto di non discriminazione tra prodotti e servizi nazionali e prodotti e servizi “stranieri”) ed il modello

Al contrario, è stato osservato come il mutuo riconoscimento nella “versione *Cassis*” - ed il gioco tra presunzione di equivalenza ed imperatività delle contrapposibili esigenze di tutela - sembri costituire, più che altro, un meccanismo giudiziale per governare le differenze normative ed “amministrare” i poteri regolatori del paese di destinazione, in una prospettiva favorevole all’efficienza degli scambi ma non radicalmente ablativa dei controlli⁸².

In questa prospettiva, il mutuo riconoscimento preconizzato dalla Corte si rivela un principio adattabile e “sensibile” tanto alla diversa natura delle merci immesse nel mercato comune, quanto al diverso rango dei beni sociali e giuridici, la cui tutela a livello dei singoli Stati membri può risultare idonea a limitare quella stessa circolazione.

centralizzato/armonizzato dove gli *standard* ed i controlli sono fissati in maniera uniforme ad un livello normativo ed amministrativo superiore rispetto a quello dei singoli Stati che partecipano al mercato. Per una analisi di tali modelli si rinvia a: M. POIARES MADURO, *We, The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998, p. 103 s.; K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 229 e M. GNES, *Mutuo riconoscimento (dir. com.)*, in S. CASSESE (Cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 3769 s.

⁸² Sul punto si vedano: K. J. ALTER - S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 538; K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 239; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, 2007, p. 59. Come sottolineato da J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa*, cit., p. 357 la Corte con la pronuncia *Cassis*: «dopotutto, permette alla Germania di richiedere con insistenza che un prodotto legalmente posto sul mercato in Francia debba essere etichettato in modo diverso per poter accedere al mercato tedesco. Solo apponendo un’etichetta che attesti il suo tasso alcolemico inferiore, il *Cassis* francese diventa funzionalmente equivalente alla normativa tedesca di lealtà nelle transazioni commerciali» .

2.2. *La struttura dinamica del mutuo riconoscimento di matrice giurisprudenziale.*

L'adattabilità del principio enucleato in *Cassis* ed in particolare la natura relativa della presunzione di equivalenza tra le normative ed i controlli dei diversi Stati membri emerge in diverse successive pronunce della Corte di Giustizia nel campo della libera circolazione delle merci.

Significativa, anche per la prossimità temporale con la decisione capostipite, è anzitutto la sentenza *Fietje* del 1980⁸³ dove la riaffermazione del principio del mutuo riconoscimento e del parallelismo funzionale è stata riportata ad una ricostruzione in concreto (e non già presuntiva) dell'equivalenza tra *standards* nazionali.

Fietje costituisce un altro caso relativo alla importazione e commercializzazione di liquori dalla Germania ai Paesi Bassi ove assumeva rilievo una specifica disciplina commerciale olandese che prevedendo l'inserimento di denominazioni specifiche sulle etichette di tali prodotti, finiva per imporre agli importatori l'onere di una nuova etichettatura delle bottiglie. La Corte, in tale caso, ha riaffermato in via generale il principio espresso in *Cassis*, precisando, però, prima di rinviare la questione al giudice nazionale, che solo ove l'effettivo «contenuto informativo» dell'etichetta apposta nel paese d'origine si fosse rivelato in concreto equivalente (per intellegibilità ma anche riguardo alle informazioni sulla natura del prodotto) a quello prescritto dalla normativa olandese avrebbe potuto ritenersi egualmente garantita e

⁸³ CGCE, sent. 16 dicembre 1980, *Fietje*, C-27/80.

superata l'esigenza imperativa di tutela e corretta informazione del consumatore opposta dai Paesi Bassi⁸⁴.

Il caso presenta, ovviamente, profili peculiari (a partire dall'incidenza del fattore linguistico sulla concreta efficacia comunicativa di un'etichetta) ma rende bene l'idea di come, per la Corte, il concetto di equivalenza possa variamente reagire alle diverse esigenze imperative incorporate nelle norme e nei controlli dello Stato di destinazione ed imprimere contorni diversi e dinamici al principio del mutuo riconoscimento.

Un altro esempio rilevante per comprendere la struttura dinamica del mutuo riconoscimento di matrice giurisprudenziale è rinvenibile nella sentenza *Frans-Nederlandse Maatschappij*⁸⁵, con la quale la Corte ha riconosciuto in relazione ad una merce particolarmente "sensibile" (un disinfettante destinato all'industria alimentare) la possibilità per lo Stato di destinazione di sottoporre ad un nuovo procedimento di autorizzazione il prodotto già autorizzato nello Stato membro d'origine. Il mutuo riconoscimento e l'equivalenza degli *standards*, in questo caso, giocano un ruolo diverso: essi non inibiscono un secondo controllo nello Stato di destinazione ma, operativamente, ne influenzano i contenuti e le modalità; le autorità preposte alla seconda procedura autorizzativa, infatti, «non possono esigere senza necessità analisi tecniche o chimiche né prove di laboratorio nel caso in cui le stesse analisi e le stesse prove siano già state effettuate in un altro Stato membro ed i risultati siano a

⁸⁴ Cfr. punto 12 della motivazione in diritto.

⁸⁵ CGCE, sent. 17 dicembre 1981, *Frans-Nederlandse Maatschappij*, C-272/80

loro disposizione o possano, a loro richiesta, essere messi a loro disposizione»⁸⁶.

Il controllo nel paese di destinazione è ammissibile, quindi, nei limiti in cui risulti non ridondante e capace di tenere debitamente conto della «*regulatory history*» del prodotto⁸⁷.

Conclusioni analoghe si sono riproposte, anni dopo, nei casi *Brandsma*⁸⁸ (1996) ed *Harpegnies*⁸⁹ (1998) riguardo alla duplicazione delle autorizzazioni al commercio per altri prodotti particolarmente “sensibili” - quali i biocidi ed i preparati fitosanitari (erbicidi): tutte ipotesi dove si presenta particolarmente elevata sia la pericolosità della merce in sé, sia il valore intrinseco della “posta in gioco” nella correlata attività di regolamentazione pubblica (*id est*: la tutela della salute)⁹⁰.

In tali casi, è stato correttamente osservato, il principio del mutuo riconoscimento viene strutturato dalla Corte più come una norma di coordinamento dei processi di regolamentazione del mercato che come limitazione sostanziale dell'autonomia dello Stato di destinazione della merce⁹¹.

⁸⁶ Cfr. par. 14 della motivazione in diritto. Soluzione ragionevole se si considera che, in una tale materia, potrebbero effettivamente sussistere prassi e parametri di controllo differenti e variabili da Stato a Stato. Si pensi, a puro titolo di esempio, a *test* ed analisi chimiche che tengano conto di condizioni climatiche specifiche o tassi di umidità superiori alla media o non comuni nel Paese di origine del prodotto.

⁸⁷ K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 238

⁸⁸ CGCE, sent. 27 giugno 1996, *Brandsma*, C-293/94

⁸⁹ CGCE, sent. 17 settembre 1998, *Harpegnies*, C-400/96

⁹⁰ Impostazione che diviene meno indulgente per lo Stato di destinazione quando il doppio controllo viene rivendicato rispetto a situazioni meno “sensibili” quali, ad esempio, la punzonatura di metalli preziosi: CGCE, sent. 15 settembre 1994, *Houtwipper*, C-293/93 e CGCE, sent. 21 giugno 2001, *Commission v. Ireland*, C- 30/99. Cfr. sul punto A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 345 il quale però ravvisa, anche in questi casi, l'emergere della natura non assoluta del principio.

⁹¹ Parla di mutuo riconoscimento come «*regulatory process norm*» K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 231 la quale sottolinea che «*This approach has the virtue of recognising the respective authority of both home and host state regulators, but seeks to mediate their relationship by searching for equivalencies between home and host state regulatory requirements, thereby preventing the duplication of regulatory processes which, under a pure host state control model, would often restrict market access.*». M. POIARES MADURO, *We, The Court*, cit., p. 52, ricollega la struttura variabile del mutuo riconoscimento alla sua natura di *test* di bilanciamento costi/benefici, specificando

3. *La funzione politico-costitutiva del mutuo riconoscimento nel mercato interno: la Commissione e la Nuova strategia per l'armonizzazione.*

La sentenza *Cassis de Dijon*, come si è anticipato, ha giocato un ruolo fondamentale nel processo di integrazione economica europea.

Sebbene le due “dimensioni” della sentenza, da un punto di vista tecnico - giuridico, appaiano meno dirimenti e più “in equilibrio” di quanto non fossero le statuizioni della Corte nel caso *Dassonville*, l'impatto di *Cassis* sulla realizzazione del mercato interno, da un punto di vista politico, risultò enormemente superiore a quello del precedente del 1974.

La seconda “dimensione” della pronuncia *Cassis*⁹², quella legata all'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, come segnalato, rilevava una problematica istituzionale propria della Comunità (il blocco decisionale sull'armonizzazione delle normative di produzione e commerciali) e proponeva una risposta politicamente provocatoria, seppur tecnicamente riequilibrata dalla dottrina delle “esigenze imperative”.

che: «A balance test may take many forms. In particular, it may vary as to the interest to balance and over the way in which balancing is structured (including the definition and measurement of those interests)». In un lavoro più recente, *So Close and Yet So Far. The Paradoxes of Mutual Recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 821, il medesimo Autore ricostruisce due diverse funzioni proprie del mutuo riconoscimento: quella di “traduzione” dei diversi “linguaggi” nazionali attinenti la regolamentazione del mercato (una funzione che permetterebbe agli Stati di rendersi conto che regole differenti non sempre sottintendono differenti obiettivi) e quella, decisamente più incisiva, di promozione di obiettivi più ampi di integrazione economica, che costringerebbe gli Stati membri ad incorporare nelle proprie analisi costi/benefici anche gli interessi degli altri Stati membri. Cfr. Anche K. NICOLAÏDIS, *Trusting the Poles? Constructing Europe through mutual recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 685, che parla del mutuo riconoscimento come di una «*Janus-faced norm*», apparentemente rispettosa della sovranità ed, al contempo, capace di riconfigurarla radicalmente.

⁹² Cfr. *retro* par. 2.1

In un momento di stallo per l'integrazione economica, in pieno "europessimismo", la Corte fornì con *Cassis* un innesco importante al discorso politico sull'edificazione del mercato interno.⁹³

Il messaggio contenuto nell'enunciazione del principio del mutuo riconoscimento, infatti, venne pressoché immediatamente recepito dalla Commissione: con una iniziativa fino ad allora inedita, nel luglio 1980 essa emise una nota Comunicazione interpretativa ed annunciò l'avvio di una inedita strategia fondata sui principi stabiliti dalla Corte nella sentenza *Cassis*⁹⁴.

L'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, secondo la Comunicazione della Commissione ed i canoni della nuova strategia avrebbe permesso di rimodulare l'approccio fino ad allora seguito per il ravvicinamento delle legislazioni: la vecchia strategia iper-regolatoria e la negoziazione di direttive eccessivamente dettagliate sui requisiti di produzione e di prodotto, dopo *Cassis de Dijon*, poteva essere abbandonata a favore di una armonizzazione minimale incentrata sulla disciplina dei requisiti essenziali per garantire la salute e la sicurezza, lasciando il resto all'operatività del mutuo riconoscimento.

Di provocazione in provocazione, la Comunicazione della Commissione venne subito criticata da parte degli osservatori⁹⁵ ed

⁹³ Con riferimento a *Cassis de Dijon*, K. J. ALTER - S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 557, parlano della Corte come « provider of ideas » e « provoker of political responses ».

⁹⁴ Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»), pubblicata in GUCE del 3 ottobre 1980, n. C 256, p. 2 s. Occorre segnalare che già nell'autunno 1979 la Commissione aveva manifestato al Parlamento Europeo la necessità di un nuovo approccio alla politica di armonizzazione per il funzionamento del mercato comune. Cfr. K. J. ALTER - S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 541 che richiama le risposte scritte rese il 22 ottobre 1979 dal commissario Etienne Davignon alle interrogazioni del Parlamento, pubblicate sulla GUCE del 21 luglio 1980, n. C 183, p. 57.

⁹⁵ S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 543; J. C. MASCRET, *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon*, in *Revue de Droit Européen*, 1980, p. 611; R. BARENTS, *New developments in measures having equivalent*

innescò, a sua volta, la reazione del Consiglio, di alcuni Stati Membri e dei gruppi di tutela dei consumatori.

Il Consiglio rispose con una propria contro-interpretazione della sentenza *Cassis* che metteva in evidenza la “doppia anima” della decisione e criticava la lettura eccessivamente ampia e quasi distorta del principio del mutuo riconoscimento offerta dalla Commissione⁹⁶. Gli Stati Membri e le organizzazioni di tutela dei consumatori, per parte loro, obiettarono che una tale strategia per il futuro del mercato interno avrebbe potuto innescare una non sostenibile corsa al ribasso sugli *standards* di qualità⁹⁷.

Nondimeno, la nuova strategia per l’armonizzazione lanciata dalla Commissione, ripresa dal Libro Bianco del 1985⁹⁸ ed istituzionalizzata dall’Atto Unico Europeo, si rivelò nei fatti un successo.

Le ragioni di tale successo sono state variamente ricostruite⁹⁹ come pure deve sottolinearsi che dal dibattito innescato dalla sentenza *Cassis* e dalla Commissione non venne fuori un modello di mutuo riconoscimento “puro”, ma una forma di politica di integrazione mista,

effects, in *Common Market Law Review*, 1981, p. 271 s; F. CAPELLI, *Les Malentendus provoqués par l’arrêt sur le cassis de Dijon*, in *Revue du Marché Commun*, 1981, p. 421.

⁹⁶ Il documento del Consiglio n. 10690/80 intitolato *Conseil des Communautés européennes: Conséquences des arrêts de la Cour de justice dans les affaires 120/78 (cassis de Dijon) et 788/79 (vinaigre) quant à l’application des règles du traité CEE sur la libre circulation des marchandises*, redatto dal *Service juridique du Conseil des Communautés européennes* nel 1980.

⁹⁷ Si veda l’opinione del Comitato Consultivo dei Consumatori sulla sentenza *Cassis de Dijon*, n. CCC/29/81 del 16 ottobre 1981. L’argomento era, peraltro, stato già rappresentato dal Governo tedesco alla Corte nella vicenda *Cassis*. Si legge, nelle osservazioni scritte della Repubblica Federale riportate nella parte in fatto della sentenza :« [...] un solo Stato potrebbe fissare la legislazione per l’intera Comunità, senza che gli altri Stati membri vi collaborino o ne siano persino al corrente. Il risultato consisterebbe nel ridurre le esigenze minime al livello più basso contenuto in una disciplina nazionale prescindendo dall’autorizzazione di cui all’art. 100 del Trattato, che presuppone il consenso degli Stati membri». Reazioni analoghe si ebbero anche nel *milieu* industriale da parte di alcuni grandi gruppi alimentari in posizione pressoché dominante sui propri mercati nazionali, quali Barilla ed alcune aziende tedesche produttrici di birra.

⁹⁸ Si tratta del documento COM (85) 310 del 14 giugno 1985, intitolato *Il completamento del Mercato Interno: Libro Bianco della Commissione per il Consiglio Europeo (Milano, 28-29 giugno 1985)*.

⁹⁹ Cfr. S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 552, P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, cit., p. 586.

definita come «mutuo riconoscimento amministrato», non proprio coincidente con le originarie intenzioni della Commissione¹⁰⁰; ma che l'esito di questo sommovimento ad innesco giurisprudenziale abbia costituito, appunto, un successo è dato, a tutt'oggi, innegabile¹⁰¹.

Ciò che però, ai fini del nostro discorso, più rileva mettere in luce è che il mutuo riconoscimento, già allora, rappresentò un argomento fondamentale per “sbloccare” il processo di integrazione paralizzato da un eccesso di intergovernalismo ed - ancor di più - da un *deficit* di prospettiva.

L'affermazione del mutuo riconoscimento contenuta in *Cassis* e la sua interpretazione da parte della Commissione svolsero, in questo senso, una funzione propulsiva della volontà politica e costitutiva del mercato interno: gli Stati membri, forse perché mossi del timore dell'affermazione di una «*de facto policy*»¹⁰², forse perché realmente persuasi della “bontà” dell'idea sottesa al principio¹⁰³, di lì in poi avviarono una riflessione vertente più sul “cosa” che sul “come” del

¹⁰⁰ S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 554; K. NICOLAÏDIS, *Trusting the Poles?*, cit., p. 686, che descrive il mutuo riconoscimento amministrato («*managed mutual recognition*») come un complesso di norme che tende a determinare in maniera bilanciata le condizioni ed i limiti del riconoscimento. Secondo l'A.: «*The key of these trade-offs consist in resolving conflicts that unfold over acceptable differences and acceptable deference*». Un esempio plastico di tale modello può rinvenirsi, con riferimento alla libera circolazione delle persone, nel sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore istituito dalla Direttiva 89/48/CE. Sul punto si veda K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 259 ed A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, cit., p. 62

¹⁰¹ J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 363

¹⁰² S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial politics in the European Community*, cit., p. 550 le quali sottolineano come, nella prospettiva degli Stati membri chiamati ad approvare le direttive di armonizzazione, il principio del mutuo riconoscimento potesse anche costituire un elemento di motivazione («*a motivating force*») per coagulare il consenso del Consiglio su soluzioni armonizzate a *standards* medi che, comunque, scongiurassero una “armonizzazione *de facto*” al minimo (non comune) denominatore.

¹⁰³ V. in particolare W. SANHOLTZ - J. ZYSMAN, 1992: *Recasting the European Bargain*, in *World Politics*, 1989, p. 107. Nell'analisi politica del fenomeno, tali Autori, hanno messo in luce la correlazione tra il “cambio di passo” della Comunità e la convergenza in chiave neoliberale delle politiche economiche di alcuni tra i principali Stati membri; si dovrebbero, infatti, considerare attentamente nella ricostruzione del contesto: il ritorno dei *Tories* al Governo nel Regno Unito (1979), della CDU in Germania (1982) e la svolta attuata nel 1984 da François Mitterrand con la nomina a Primo ministro di Laurent Fabius.

mercato unico. Una riflessione, al fondo e finalmente, più sulla costituzione economica dell'Europa che sulle modalità tecniche di gestione di una area di libero scambio.

In quest'ottica, le modifiche istituzionali apportate successivamente dall'Atto Unico Europeo nel 1986, quali la sostituzione del criterio del voto all'unanimità con la maggioranza qualificata per l'adozione delle norme di ravvicinamento e l'inserimento nel Trattato della definizione di mercato interno fondata (anch'essa, si noti) sul concetto di «spazio», dicono molto più di quanto non si possa credere¹⁰⁴.

4. Cardiff, Tampere, pilastri e pietre d'angolo: la nuova strategia per la cooperazione penale.

La eco di una tale narrazione assunse senz'altro un certo peso quando, quasi vent'anni dopo la sentenza *Cassis*, si impose l'esigenza di sbloccare la cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati dell'Unione Europea, le cui *performances* sotto la vigenza del Trattato di Maastricht erano risultate abbastanza deludenti.

Maastricht ed il cosiddetto «sistema K»¹⁰⁵ si erano, infatti, rivelati un «esperimento incompiuto»¹⁰⁶, troppo vaghi e disorganici gli obiettivi¹⁰⁷ e troppo deboli gli strumenti normativi a disposizione¹⁰⁸: un

¹⁰⁴ J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 365 il quale sottolinea come l'approccio minimalistico all'armonizzazione estratto da *Cassis* e la modifica del sistema di votazione in Consiglio abbiano comportato un «cambiamento fondamentale nell'evoluzione del Mercato Comune».

¹⁰⁵ Termine che indicava gli articoli K - K.9 del Titolo VI del Trattato di Maastricht dedicato alla cooperazione nel campo della Giustizia ed Affari Interni.

¹⁰⁶ Cfr. A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*. cit., p. 9

¹⁰⁷ le «questioni di interesse comune» previste dall'art. K.1.

mix che aveva reso ancora più pesante l'ipoteca intergovernativa del cd. "Terzo Pilastro". Con riferimento all'estradizione, tra il 1993 ed il 1997, erano stati esperiti due tentativi al livello dell'Unione per semplificarne la disciplina tra gli Stati Membri, entrambi arenatisi tra ratifiche e riserve¹⁰⁹.

Nel 1997 si era, però, aperta una nuova fase. Il Trattato di Amsterdam aveva definito meglio gli obiettivi dell'Unione sulla materia, fornito nuovi strumenti¹¹⁰ e, soprattutto, introdotto spunti prospettici importanti con l'inserimento del concetto di «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e l'incorporazione del cd. *acquis* di Schengen all'interno dell'Unione.

I meccanismi decisionali erano rimasti simili nella loro sostanza a quelli del 1992, condizionati dall'unanimità per la deliberazione in Consiglio e caratterizzati dalla condivisione dell'iniziativa legislativa tra la Commissione e gli Stati membri, ma sul piano delle finalità del cd. "Terzo Pilastro" qualcosa era innegabilmente cambiata.

L'introduzione del concetto di «spazio», del resto, poteva facilmente richiamare analogie con le "vite anteriori" d'Europa.

Ciò, appunto, si verificò nell'interregno tra la firma del Trattato di Amsterdam e la sua entrata in vigore¹¹¹, nel corso del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998: in quella occasione, infatti, l'organo politico per eccellenza dell'Unione affiancò alla necessità di «potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare a stretto contatto»

¹⁰⁸ Posizioni comuni, Azioni comuni e Convenzioni. Previste dall'art. K.3 par. 2, lett. a) - c)

¹⁰⁹ V. *retro*, Cap. 1, par. 1, nt. 3

¹¹⁰ Con la modifica dell'art. K.3 (divenuto K.6), gli strumenti normativi del Terzo Pilastro divennero quattro: posizioni comuni, decisioni quadro, decisioni e convenzioni. Le decisioni quadro e le decisioni, diversamente dal passato, erano provviste di efficacia vincolante per gli Stati membri, pur in assenza di effetto diretto.

¹¹¹ Il Trattato di Amsterdam entrò in vigore l'1 maggio 1999.

nella lotta contro la criminalità transnazionale la possibilità di estendere il principio del mutuo riconoscimento alle decisioni penali¹¹², incaricando il Consiglio dell'Unione e la Commissione di valutare la fattibilità e la misura di una tale estensione.

Il connubio tra potenziamento della cooperazione giudiziaria e mutuo riconoscimento era stato ispirato, in quella sede, dal Regno Unito, Stato membro storicamente poco incline a perseguire politiche di ravvicinamento normativo e particolarmente attratto dalle garanzie di sussidiarietà ascrivibili al mutuo riconoscimento¹¹³, ma le potenzialità sottese ad un tale cambiamento di strategia risultarono presto evidenti e condivise anche dagli altri attori.

Al successivo Consiglio Europeo di Tampere, infatti, le suggestioni di Cardiff trovarono pieno sviluppo tra quelli che vennero indicati come i capisaldi di un «autentico» spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, tra essi, trovava posto il mutuo riconoscimento, definito pietra angolare («*cornerstone*») della cooperazione giudiziaria civile e penale¹¹⁴.

L'idea, al fondo, era tanto politicamente attrattiva quanto semplice: presupponendo un quadro di valori comuni e presumendone il

¹¹² Cfr. il punto 39 delle *Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998*, Doc. n. 00150/1/98 REV 1, p. 14

¹¹³ L'origine "utilitaristica" della preferenza del mutuo riconoscimento è stata ampiamente sottolineata e criticata in dottrina; *ex plurimis*: S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study - The European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, p. 201; S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 8; S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 766; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, p. 116; A. ERBÉZNIK, *The principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 3 Anche la Corte Costituzionale tedesca nel caso *Darkanzali* (cit. *retro* Cap. 1, par. 1, p. 6) ha colto l'occasione per sottolineare una tale funzione di "salvaguardia delle diversità" del mutuo riconoscimento.

¹¹⁴ Cfr. il punto 33 delle *Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999*, Doc. n. 2001/1/99

loro rispetto da parte degli Stati membri, questi ultimi avrebbero potuto cooperare più agevolmente, riconoscendo le rispettive decisioni giudiziarie indipendentemente e nonostante le differenze esistenti tra i diversi sistemi giuridici e giudiziari.

Ma, come spesso accade, quando le idee semplici fanno il loro ingresso nel mondo, le cose si complicano.

5. Dire quasi la stessa cosa? Breve digressione sui caratteri differenziali del mutuo riconoscimento penale.

L'innesto del mutuo riconoscimento nella materia penale implica una serie di riflessioni complesse sulla natura costituzionale dell'Unione, sui rapporti tra gli Stati membri che la compongono e, soprattutto, sulla posizione dell'individuo rispetto alla realizzazione dei valori di libertà, di sicurezza e di giustizia.

In questo ordine di idee ed a prima vista, il mutuo riconoscimento penale presenta le medesime aspirazioni "costitutive" del suo omologo nel mercato interno: un tentativo di innescare il processo di integrazione lungo una direttrice orizzontale¹¹⁵, nella convinzione che nel medio periodo l'interazione tra diversi sia capace di generare una convergenza tra i sistemi. In questi termini, l'analogia tra i due settori ci sembra pienamente sostenibile.

¹¹⁵ Si parla, spesso, del mutuo riconoscimento come «*horizontal Europeanisation*» (K. A. ARMSTRONG, *Mutual recognition*, cit., p. 231) o di una «apertura laterale degli ordinamenti», S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, p. 331 s. Ancora più significativamente, definisce il mutuo riconoscimento come un «*horizontal transfer of sovereignty*», S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 767.

Non appena, però, ci si sposta dalla funzione alla struttura e si tenta una analisi dei caratteri del *transplant* nella materia penale sorgono dubbi sulla sostenibilità di paralleli troppo disinvolti. Diversi Autori hanno correttamente segnalato, in tal senso, come la strategia inaugurata a Tampere sembrasse sottovalutare eccessivamente le peculiarità della materia, le sue intime connessioni con il monopolio statale della forza e la effettiva dimensione della sfida portata alle costituzioni degli Stati membri dalla circolazione di quei “prodotti” ad “alto contenuto di sovranità” che sono le decisioni penali.

Il tema appare centrale.

I caratteri propri della “traduzione” penalistica del mutuo riconoscimento, infatti, risultano essenziali per tentare di comprenderne le interazioni con altri principi concorrenti, come, appunto, quello di proporzionalità. Di seguito, pertanto, si tenterà di sviluppare una breve riflessione su quelli che si ritengono essere i tre principali tratti distintivi del mutuo riconoscimento penale rispetto a quello “economico” o “classico” affermatosi nel Primo Pilastro: la posizione dell’individuo, il rapporto con i diritti fondamentali ed il ruolo della fiducia reciproca.

5.1 segue: la posizione dello Stato e la posizione dell’individuo nelle dinamiche di riconoscimento reciproco.

Il mutuo riconoscimento “classico” o “economico”, come si è visto¹¹⁶, postula una presunzione di equivalenza tra gli *standards* e le

¹¹⁶ V. *retro* par. 2, p. 25

legislazioni nazionali dei diversi Stati membri che limita, in assenza di valide “ragioni imperative”, la possibilità per questi ultimi di opporre ad ostacolo della libera circolazione di beni (ma anche servizi, dei capitali e dei lavoratori) la divergenza delle rispettive regolamentazioni nazionali. In tale schema, oggetto di limitazione, seppur relativa, è il potere di regolamentazione¹¹⁷ degli Stati a fronte dell’iniziativa economica transnazionale dei singoli e dei gruppi economici.

Nella propria sfera di applicazione originaria il mutuo riconoscimento intende quindi facilitare le interazioni tra gli attori sociali, generando in capo agli individui delle situazioni soggettive attive. Questi ultimi, pertanto, sono i veri e diretti beneficiari di questo tipo di riconoscimento, che amplifica e rafforza i loro interessi economici di fronte al potere statale di regolamentazione del mercato o, più in generale, di intervento sulle dinamiche sociali (quale, ad esempio, quelle connesse al sistema formativo)¹¹⁸.

Ciò, peraltro, concorre in una certa misura anche a spiegare le ragioni del successo del principio nel campo economico¹¹⁹.

Lo stesso non può dirsi avvenga nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

¹¹⁷ Inteso in senso ampio e comprensivo della funzione normativa come di quella amministrativa e giudiziaria.

¹¹⁸ L’effetto estensivo della sfera giuridica individuale è evidente nella disciplina del mutuo riconoscimento dei diplomi e delle qualifiche professionali per l’esercizio della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. In tale ambito, l’individuo, come lavoratore subordinato o libero professionista, beneficia esplicitamente e direttamente degli effetti del mutuo riconoscimento, effetti che si rivelano espansivi del suo diritto a poter esercitare una specifica attività ed, al contempo, restrittivi del potere dello Stato di destinazione di inibire un tale esercizio.

¹¹⁹ Un successo che fa pensare, più in generale, a quella narrazione che vede il diritto comunitario come strumento in mano ai singoli ed agli operatori economici per contrastare ed attaccare le regolamentazioni nazionali; si tratta un fenomeno giunto al suo parossismo (e, forse, anche al vertice della sua distorsione) con la famigerata *Sunday Trading Saga*. Cfr. J. H. H. WEILER, *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 513 ed ID., *La Costituzione dell’Europa*, cit. p. 378; M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (Ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, p. 515.

Come è stato correttamente osservato da più autori, in ragione della specificità dell'oggetto del riconoscimento (le decisioni penali, ma non solo¹²⁰), in tale ambito il principio opera un ribaltamento prospettico: la relazione tra stato e società si presenta, infatti, inversa¹²¹. In virtù di esso, infatti, l'individuo e la sua sfera giuridica divengono oggetto di una restrizione, mentre i poteri degli Stati vengono rafforzati tramite un'estensione della loro capacità coercitiva¹²². Si realizza così un fenomeno di degradazione giuridica, sconosciuto alla dimensione "economica" del principio, che vede l'individuo tramutarsi da soggetto ad oggetto della dinamica di riconoscimento¹²³.

Ciò, peraltro, rende necessaria in tale tipo di dinamica l'intermediazione di un provvedimento proprio dello Stato di esecuzione,

¹²⁰ Effetti analoghi si verificano, ad esempio, nel mutuo riconoscimento delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi Terzi previsto dalla Direttiva del 28 maggio 2001, n. 2001/40/CE.

¹²¹ Osservazioni, in tal senso, sono comuni a gran parte della dottrina: S. PEERS, *Mutual recognition and criminal law in the European Union*, cit., p. 24; V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1281; S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 765; A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 352; S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, Routledge, 2013, p. 178. Ritiene, per contro, che il ribaltamento prospettico e l'effetto di estensione del potere statale non siano, in sé e per sé, tratti peculiari del mutuo riconoscimento penale, K. NICOLAÏDIS, *Trusting the Poles?*, cit., p. 690 in quanto «*the object of recognition is always embedded in a system of state practices*».

¹²² Ciò, si noti bene, vale sia per lo Stato che ha emanato la decisione da riconoscere, i cui poteri in virtù del reciproco riconoscimento vengono ad esplicarsi al di fuori della propria dimensione territoriale sul territorio di un altro Stato membro, sia per lo Stato chiamato a riconoscere ed eseguire la decisione che, a seconda dell'effettivo grado di equivalenza tra le proprie norme sostanziali e processuali e quelle dello Stato di emissione, potrebbe trovarsi a dover esercitare, in via delegata, poteri coercitivi che gli sarebbero preclusi in via originaria e diretta (si pensi, ad es., al caso in cui l'autorità giudiziaria di tale ultimo Stato si ritrovi a dover emettere una misura cautelare per eseguire una decisione straniera relativa a condotte che secondo le proprie norme penali e processuali penali non sarebbero suscettibili di una tale forma di restrizione o, addirittura, *tout court* penalmente sanzionabili).

¹²³ Come evidenzia V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 118: «*there is a different rationale between facilitating the exercise of a right to free movement of an individual and facilitating a decision that may ultimately limit this and other rights*». Una logica più simile a quella del mutuo riconoscimento "classico" può, forse, rinvenirsi nella operatività del principio del *ne bis in idem* europeo come interpretato nel *case-law* della Corte di Giustizia. Sul punto si vedano V. MITSILEGAS, *op. ult. cit.*, p. 143 s. ed A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 421, il quale osserva: «*Ne bis in idem is, in this sense, an extraordinary phenomenon, because it offers rights both for a Member State (to have its decision recognised) as well as for the individual (not to be prosecuted again)*».

che renda conoscibili e “riconoscibili” gli effetti del provvedimento straniero agli occhi di quegli organi nazionali che sono istituzionalmente deputati all’esercizio della coercizione (autorità giudiziarie, autorità di polizia)¹²⁴.

5.2 segue: la connessione con i diritti fondamentali ed il ruolo della reciproca fiducia.

In ragione della sua incidenza finale sull’individuo, il mutuo riconoscimento penale accede ad una dimensione conflittuale estranea al mutuo riconoscimento “economico”: quella dei diritti fondamentali e della loro salvaguardia.

L’immissione sul mercato di un bene prodotto secondo le differenti norme di un altro ordinamento può, per vero, entrare in collisione con una gamma, più o meno ampia, di pur importanti interessi diffusi, quali la sicurezza dei consumatori, la salvaguardia dell’ambiente o la lealtà della concorrenza, ma molto difficilmente potrà determinare un conflitto con il diritto alla libertà personale, ad un processo equo o alla vita privata e familiare del singolo; un conflitto, cioè, con quei diritti e libertà che l’individuo detiene di fronte all’azione dei pubblici poteri e che esprimono valori fondanti le società democratiche.

Al contrario, l’esecuzione di un mandato d’arresto europeo, il riconoscimento e l’esecuzione di una misura cautelare personale o di un

¹²⁴ Tutti gli strumenti finora adottati in attuazione del principio del mutuo riconoscimento penale (*in primis* il mandato d’arresto europeo) prevedono, infatti, l’adozione di una decisione da parte dell’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione.

provvedimento di confisca, per loro stessa natura, interferiscono con tale ultimo tipo di situazioni soggettive. Tali attività di riconoscimento, infatti, generano sull'individuo interferenze analoghe a quelle già tipiche della potestà coercitiva statale "interna", il cui esercizio può ritenersi legittimo purché risponda a scopi, necessità e limiti comunemente accettati nelle società democratiche e recepiti, oggi, nei principali strumenti internazionali sui diritti fondamentali.

In questa prospettiva, occorre ricordare che la proiezione transnazionale dei poteri dello Stato sull'individuo, classicamente incarnata dalla cooperazione giudiziaria penale, può rimodulare ma non eliminare la relazione tra l'esercizio di tali poteri ed i limiti che rendono legittima l'interferenza con i diritti fondamentali di cui è titolare quest'ultimo: pertanto, così come è inibito ai pubblici poteri che operano nell'ambito del proprio territorio di estrinsecarsi con forme di coercizione odiose, quali la tortura o trattamenti definibili come inumani e degradanti, risulta del pari precluso allo Stato richiesto di dar corso ad una estradizione nel caso in cui l'individuo possa correre il serio rischio subire tali trattamenti nello stato di destinazione¹²⁵. Secondo la stessa logica, costituiscono un limite a quella stessa forma di cooperazione il

¹²⁵ In tal senso cfr. la nota sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi: CtEDU) del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, la quale ha riconosciuto la possibilità di ricostruire una violazione (e correlativa responsabilità) indiretta dell'art. 3 della CEDU da parte dello Stato richiesto, qualora questi dia corso ad una estradizione che possa esporre l'estraddando al serio rischio di subire trattamenti inumani o degradanti una volta consegnato allo Stato richiedente. In tale sentenza può leggersi, molto significativamente, che il verificarsi di una tale circostanza: «*would hardly be compatible with the underlying values of the Convention, that "common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law" to which the Preamble refers*». La stessa sentenza ha riconosciuto, in astratto, anche la possibilità di una violazione indiretta, per il tramite di un procedimento di estradizione, del diritto all'equo processo sancito dall'art. 6 della CEDU: per tale tipo di violazione, però, la Corte ha posto il più esigente requisito della "gravità" della violazione («*flagrant denial of fair trial*»). Sul punto, cfr. G. GILBERT, *Transnational Fugitive Offenders in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 147 s.; S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation*, cit., p. 205; A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 224 s.

rischio di un «grave diniego di giustizia»¹²⁶, lo svolgimento di un processo «gravemente ingiusto»¹²⁷ ed anche, in certa misura, gli effetti assolutamente sproporzionati sulla vita privata e familiare dispiegati dall'allontanamento/estradizione rispetto alle sue finalità¹²⁸.

Il modello del mutuo riconoscimento penale, sotto questo punto di vista, non sembra capace di intaccare la sostanza, né di deviare dall'essenza di tale schema.

Il rapporto con i diritti fondamentali, anzi, costituisce un aspetto essenziale di questa forma di mutuo riconoscimento e svela la vera precondizione della sua operatività: la reciproca fiducia.

Quest'ultima è una componente rintracciabile - in qualche misura - anche nel mutuo riconoscimento "economico"¹²⁹; nella trasposizione penale del principio, però, la reciproca fiducia assume una rilevanza affatto diversa: anzitutto perché, a ben vedere, essa sembra pressoché soppiantare, sul piano della struttura del principio e della sua giustificazione retorico-argomentativa, la ben più "neutra" e meno impegnativa presunzione di equivalenza tra legislazioni¹³⁰.

¹²⁶ CtEDU, sent. 26 giugno 1992, *Drodz e Janousek c. Spagna e Francia*, ric. n. 12747/87

¹²⁷ CtEDU, sent. 6 febbraio 2003, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ric. n. 46827/99

¹²⁸ Su cui si ritornerà in seguito nel Cap. 4

¹²⁹ Implicitamente, il concetto di reciproca fiducia emerge rispetto al tema della duplicazione dei controlli, nella già segnalata (*retro*, par. 2.2, p. 29) sentenza *Frans-Nederlandse Maatschappij* Esplicitamente, in una situazione analoga a quella affrontata dalla sentenza da ultimo richiamata, parla dell'esistenza di un «principio più generale» di reciproca fiducia la sentenza CGCE, sent. 11 maggio 1989, C- 25/88, *Bouchara*, al punto. 18.

¹³⁰ Ritiene che la reciproca fiducia costituisse presupposto implicito della cooperazione internazionale in materia penale già da prima dell'avvento del mutuo riconoscimento: S. DE GROOT, *Mutual Trust in (European) Extradition Law*, in R. BLEKXTOON – W. VAN BALLEGOIJ (Eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 83 s. Non si è, per vero, del tutto convinti della totale sovrapposibilità, sul piano storico, dei concetti di *comity of nations (comitas gentium)* e *mutual trust*. Il primo, classicamente inteso come il dovuto rispetto per gli enti sovrani, costituisce la base politica della cooperazione internazionale (non solo nel campo penale) e prescinde, in sé, dalla considerazione della forma democratica di tali enti e della loro capacità di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. La seconda, sviluppatasi nelle forme più avanzate di cooperazione deve la sua origine al graduale sviluppo, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, degli strumenti sovranazionali di tutela dei diritti umani. Sul concetto di *comity* nel diritto internazionale generale, cfr. J. R. PAUL, *Comity in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 1 s.

In secondo luogo, perché nel campo della cooperazione penale viene a mutare - ed in modo molto significativo - l'oggetto su cui una tale forma di fiducia deve ricadere: non già le norme e gli *standards* di qualità e controllo relativi alla produzione di merci o alla attestazione di capacità e qualifiche necessarie per lo svolgimento di determinate attività economiche (diplomi, qualifiche, abilitazioni professionali), ma la capacità di un intero sistema statale di garantire che l'esercizio dei propri poteri coercitivi sull'individuo, ed in particolare di quelli legati all'amministrazione della giustizia, si esplichi nel rispetto dei «principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [e] dello stato di diritto»¹³¹.

Schematizzando: soggetti della fiducia sono gli Stati membri dell'Unione, intesi come l'insieme dei poteri e degli organi chiamati ad elaborare ed applicare le norme penali e processuali; oggetto della fiducia è la capacità degli Stati membri di tutelare i diritti fondamentali nell'esercizio dei propri poteri coercitivi contro l'individuo. Il fondamento e la giustificazione della sua reciprocità derivano, invece, dall'appartenenza condivisa da tutti gli Stati membri ad un sistema comune di valori, in prima battuta identificato dalle istituzioni dell'Unione nella Convenzione Europea per la salvaguardia delle libertà fondamentali e dei diritti dell'Uomo¹³².

¹³¹ Riprendendo le parole del *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, pubblicato in GUCE del 15 gennaio 2001, C 12, p. 10 s.; secondo S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 765; M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Intersentia, 2011, p. 207.

¹³² Cfr. il *Piano d'Azione del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà sicurezza e giustizia* del 3 dicembre 1998, al punto 19, pubblicato su GUCE del 23 gennaio 1999, C 19, p. 1 s.; la *Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo sul Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale* del 26 luglio 2000 COM (2000) 495 def, il *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni*

In quest'ultimo passaggio, a nostro modo di vedere, si colloca l'intuizione fondamentale dell'idea "semplice" nata tra Cardiff e Tampere¹³³, la quale può, a questo punto, così declinarsi: in tanto la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia può prescindere dalle differenze normative tra i diversi Stati membri, in quanto si possa ragionevolmente presumere che sotto l'egida della Carta di Roma e della Corte di Strasburgo i rispettivi sistemi penali, al fondo, garantiscano in misura equivalente i diritti fondamentali.

È sulla reciproca fiducia, quindi, che si innesta l'aspetto presuntivo tipico del mutuo riconoscimento, ed è su tale presunzione che si fonda la semplificazione dei controlli nello Stato di esecuzione comune a tutti i nuovi strumenti di cooperazione giudiziaria dell'Unione. Una semplificazione, per vero, tanto opportuna quanto non priva di frizioni latenti.

6. Control is good, but trust is better?

Depurata dalla discrezionalità politica propria dei meccanismi tradizionali, la nuova cooperazione fondata sul mutuo riconoscimento è stata posta interamente nella responsabilità delle autorità giudiziarie, le quali in sede di esecuzione sono oggi chiamate in via esclusiva ad esercitare un «controllo sufficiente» e spedito sui presupposti del riconoscimento.

penali, cit., p. 10 s. S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation*, cit., p. 201; S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 768

¹³³ V. *retro* par. 4, p. 38

In questo schema, la reciproca fiducia concorre a determinare la misura del controllo ammissibile da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione; un controllo che, sul piano delle norme europee, presenta due caratteristiche costanti e comuni a tutti gli strumenti fondati sul mutuo riconoscimento: la limitazione della verifica della doppia incriminazione e la predeterminazione tassativa dei motivi di rifiuto¹³⁴.

Rispetto a tali innovazioni sono stati avanzati, sin da subito, dubbi sulla loro compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali.

Il meccanismo di limitazione della verifica sulla doppia incriminazione, previsto per la prima volta nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, dopo aver suscitato fortissime critiche in dottrina, come noto, è stato sottoposto a scrutinio di validità dalla Corte di Giustizia, la quale con la sentenza *Advocaten voor de Wereld*¹³⁵ ha rigettato ogni censura circa la sua compatibilità con il principio di legalità dei reati e delle pene e di non discriminazione.

La predeterminazione tassativa dei motivi di rifiuto, d'altro canto, è stata anch'essa ampiamente criticata dalla dottrina¹³⁶ per la mancata inclusione nelle diverse decisioni quadro di un motivo che abiliti espressamente l'autorità giudiziaria dell'esecuzione a negare il riconoscimento in caso di violazioni dei diritti fondamentali.

¹³⁴ Secondo M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns within the EAW system*, in N. KEIJZER - E. VAN SLIEDREGT (Eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 180, «the abolition of political discretion implies that the criteria to accept/deny surrender must be determined in advance on a general basis. The law must in other words convert into predefined reasons the previous discretion left to political authorities, setting aside those parameters which referred to foreign affairs policies and purely political considerations only».

¹³⁵ Su cui v. *retro* Cap. 1, par.1, pag. 9.

¹³⁶ S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation*, cit., p. 203; . LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 772; M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant*, cit., p. 181; A. ERBÉZNIK, *The principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution*, cit., p. 8.

Quasi tutti gli strumenti adottati nell'Unione europea sulla base del mutuo riconoscimento, infatti, pur contenendo generali richiami alla necessità del rispetto dei principi sanciti dall'art 6 del TUE¹³⁷, molteplici *considerando*¹³⁸ e clausole cd. "di non regressione" sui diritti fondamentali¹³⁹, meccanismi *ad hoc* per la gestione di fattispecie

¹³⁷ Norma che nella versione antecedente al Trattato di Lisbona richiamava, tra i principi su cui l'Unione si fonda, la libertà, la democrazia, i diritti e le libertà fondamentali, lo Stato di diritto ed i principi comuni agli Stati membri (par. 1), nonché i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni (par. 2). Oggi, la nuova versione dell'art. 6 TUE, richiama: «i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (par. 1) ed «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» i quali, si specifica, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (par. 3). Esso, inoltre, prevede l'adesione dell'Unione europea come soggetto autonomo alla CEDU (par. 2). I principi contenuti nel par. 1 della vecchia versione dell'art. 6 TUE sono oggi confluiti nel nuovo art. 2 del TUE che li ha ridefiniti «valori». Sul punto si veda A. VON BOGDANDY, *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2010, p. 106 il quale sottolinea che: «*although denoted as "values", are to be understood as legal norms and principles, as founding principles*».

¹³⁸ Cfr. il considerando numero 12 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, riprodotto nei Preamboli delle decisioni quadro: del 22 luglio 2003 n. 2003/577/GAI relativa al riconoscimento dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (considerando 6); del 25 febbraio 2005 n. 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle decisioni pecuniarie (considerando 5 e 6); del 6 ottobre 2006 n. 2006/783/GAI sul reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca (considerando 13 e 14); del 27 novembre 2008 n. 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene o misure privative della libertà personale (considerando 13 e 14); del 27 novembre 2008 n. 2008/947/GAI relativa al riconoscimento delle decisioni che applicano la sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive (considerando 5 e 6); del 18 dicembre 2008 n. 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di ricerca della prova (considerando 27 e 28); del 23 ottobre 2009 n. 2009/829/GAI sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non custodiali (considerando 16 e 17).

¹³⁹ L'archetipo di tali clausole è costituito dall'art. 1, par. 3 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il quale sancisce che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro». Il suo contenuto è stato riprodotto, in termini pedissequi, negli artt.: 1 par. 1 della decisione quadro 2003/577/GAI, cit. (blocco dei beni e sequestro probatorio); 3 par. 1 della decisione quadro 2005/214/GAI, cit. (sanzioni pecuniarie); 1 par. 2 della decisione quadro 2006/783/GAI, cit. (confisca); 3 par. 4 della decisione quadro 2008/909/GAI (pene e misure privative della libertà personale); 1 par. 4 della decisione quadro 2008/947/GAI (sospensione condizionale e sanzioni sostitutive); 1 par. 3 della decisione quadro 2008/978/GAI (mandato europeo di ricerca della prova); 5 della decisione quadro 2009/829/GAI (misure cautelari non custodiali). Tale clausola non è stata riprodotta, invece, nell'articolato della più recente Direttiva del 13 dicembre 2011 n. 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo, ove il considerando 37 si limita a prevedere che: «La presente direttiva dovrebbe rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, conformemente all'articolo 6 TUE».

particolarmente “critiche” quali le condanne *in absentia*¹⁴⁰ e per la tutela dei cd. «*humanitarian concerns*»¹⁴¹, non prevedono un generale ed esplicito motivo di rifiuto per la violazione dei diritti fondamentali¹⁴².

Ove si consideri quanto sopra riferito sulla reciproca fiducia come fondamento del mutuo riconoscimento penale, tale scelta del legislatore europeo potrebbe apparire ispirata dalla volontà di non entrare in contraddizione con le premesse politico-giuridiche da egli stesso poste a giustificazione della nuova strategia di cooperazione: la formalizzazione di un esplicito motivo di rifiuto per violazione dei diritti fondamentali, in questo ordine di idee, avrebbe potuto leggersi come una contraddittoria attestazione di reciproca sfiducia.

Senonché, estremizzando l’argomento autopoietico sotteso a tale impostazione, si verrebbe a trasformare la reciproca fiducia in una presunzione assoluta di rispetto dei diritti fondamentali cristallizzata *et nunc et semper* da fonti di diritto derivato¹⁴³: un approccio che, nel voler

¹⁴⁰ In particolare, il meccanismo di consegna “condizionata”, previsto originariamente dall’ art. 5 par. 1, n. 1 della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, ed oggi disciplinato dal nuovo art. 4-bis inserito dalla decisione quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009.

¹⁴¹ Termine che identifica delle particolari situazioni in cui una procedura di consegna, pur formalmente legittima, potrebbe risultare eccessivamente onerosa rispetto alle condizioni personali del soggetto da consegnare. Esempi di tali meccanismi sono rinvenibili nella decisione quadro sul mandato d’arresto europeo all’art. 5 par.1, n. 2 (relativo alla consegna condizionale nel caso di esecuzione di una condanna all’ergastolo) e, soprattutto, nell’art. 23 par. 4 (rinvio della consegna per «gravi motivi umanitari»). In nessuno dei due casi, però, si abilita il rifiuto della consegna. Fonda, diversamente, un motivo espresso ed obbligatorio di rifiuto, seppur in un’ottica non esclusivamente “umanitaria”, la minore età del soggetto di cui si richiede la consegna (determinata secondo la disciplina dello Stato di esecuzione art. 3 par. 1, n. 3). Sulla definizione del concetto di «*humanitarian concerns*» e sulla sua distinzione ed autonomia rispetto al tema della violazione delle garanzie processuali fondamentali v. M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns*, cit., p. 180.

¹⁴² Fa eccezione la decisione quadro 2005/214/GAI del 25 febbraio 2005 relativa all’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie che all’art. 20 par. 3 prevede: «ciascuno Stato membro può, se il certificato di cui all’articolo 4 solleva la questione di un’eventuale violazione dei diritti fondamentali o dei principi giuridici fondamentali enunciati nell’articolo 6 dei trattati, opporsi al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni. Si applica la procedura di cui all’articolo 7, paragrafo 3».

¹⁴³ Una impostazione così “assolutizzante” di reciproca fiducia sembra rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul *ne bis in idem* europeo (previsto dall’art. 54 della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen del 1990). Il *leading case* in materia (CGCE, sent. 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*) sembra ricostruire la

schivare una contraddizione ne innesca un'altra, rendendo ingiustificate le clausole “di non regressione” e gli specifici richiami al rispetto dei diritti fondamentali contenuti nei *considerando* dei preamboli di tutte le decisioni quadro adottate.

Le critiche più dirette ed incisive all'ambiguità di questo impianto non hanno mancato di far notare come una tale ricostruzione ultimativa della fiducia nella capacità degli Stati membri di garantire sempre e comunque il rispetto dei diritti fondamentali, ancor prima che irrealistica, risulterebbe smentita dai fatti¹⁴⁴: non sono, infatti, per nulla infrequenti i casi di condanna degli Stati membri dell'Unione da parte della Corte di Strasburgo per violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione, anche quelli considerati nella stessa come assoluti¹⁴⁵.

Tale situazione di incertezza ha generato una forte frizione nella attuazione nazionale dei singoli strumenti, a partire dal mandato d'arresto europeo. È nota, infatti, la reazione che gli Stati membri hanno manifestato su tale specifico profilo: circa i due terzi tra essi hanno introdotto motivi di rifiuto della consegna fondati sulla violazione dei

reciproca fiducia tra i sistemi di giustizia penale degli Stati membri come una forma di *blind trust*: « alla luce di ciò, il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse» (par. 33). Si dubita, però, che una tale conclusione, chiaramente ispirata da una lettura teleologica del principio del *ne bis in idem* nella prospettiva della libera circolazione delle persone, sia automaticamente estensibile al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, che opera in una direzione diametralmente opposta. Sul punto cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 145

¹⁴⁴ Cfr. S. ALEGRE - M. LEAF, *Mutual recognition in European Judicial Cooperation*, cit., p. 201; S. DE GROOT, *Mutual Trust*, cit. p. 90; S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force*, cit., p. 772; M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant*, cit., p. 181; A. ERBĚZNIK, *The principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution*, cit., p. 8.

¹⁴⁵ Si tratta, in particolare, dell'art. 3 CEDU, norma che vieta la tortura ed i trattamenti inumani e degradanti e la cui osservanza non ammette neppure le speciali deroghe in stato d'urgenza dell'art. 15 della Convenzione «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione».

diritti fondamentali, talvolta trasformando in cause ostative i *considerando* della decisione, talaltra introducendo rinvii plurimi ai diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU e dalle rispettive Carte costituzionali¹⁴⁶.

Tale ultimo aspetto, che accede all'interrogativo su quali possano o debbano essere gli *standards* di tutela dei diritti fondamentali, risulta di particolare importanza per la nostra trattazione e verrà approfondito nel paragrafo successivo; il tema che, però, in questa sede risulta necessario affrontare e chiarire è quello della compatibilità di tali clausole con la reciproca fiducia.

Sostenerne l'incompatibilità ed asserire, in conseguenza, l'impossibilità di rifiutare il riconoscimento di una decisione giudiziaria che si fondi sulla violazione dei diritti fondamentali non sembrerebbe, per vero, una opzione compatibile con l'assetto delle fonti: i diritti fondamentali, infatti, costituiscono, da tempo¹⁴⁷, parte integrante dei principi generali del diritto europeo che sono fonti di rango primario equiparate ai Trattati¹⁴⁸; in tale veste essi sono stati recepiti e formalizzati con il Trattato di Amsterdam all'interno dell'art. 6 TUE¹⁴⁹ e, pertanto, l'esigenza di garantire il loro rispetto non può che imporsi e prevalere sulle fonti di diritto derivato quali le decisioni quadro.

¹⁴⁶ Cfr. la Relazione della Commissione il 23 febbraio 2005, COM (2005) 63 def, p. 5

¹⁴⁷ Già a partire dall'esperienza comunitaria, la necessità per il diritto comunitario (non solo derivato) di rispettare i diritti fondamentali è stata più volte sancita dalla Corte di Giustizia. Volendo richiamare le sole pronunce più importanti: CGCE, sent. 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*; CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handsgesellschaft*, CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold*, CGCE, sent. 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer*, CGCE, sent. 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*. In dottrina, *ex plurimis*, si vedano A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 s.; J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 183 s.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, p. 298 s.

¹⁴⁸ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 51

¹⁴⁹ Su cui v. *retro* pag. 48, nt .80 Si noti che si tratta di una norma che, anche sotto il vecchio assetto istituzionale, risultava applicabile indistintamente ai diversi Pilastri.

Nella gerarchia delle fonti, le norme di diritto derivato che attuano il reciproco riconoscimento e sanciscono la reciproca fiducia risultano, dunque, subordinate ai principi generali del diritto e non possono intaccarne sostanzialmente il contenuto¹⁵⁰.

In questi termini, ci sembra sostenibile quel parallelo che vede nei diritti fondamentali le «esigenze imperative»¹⁵¹, la «*rule of reason*», del mutuo riconoscimento penale¹⁵².

Il rapporto tra reciproca fiducia e controllo sufficiente può, pertanto, declinarsi nei termini di una presunzione relativa della prima nell'ambito del secondo: una presunzione che inibisce all'autorità giudiziaria controlli sistematici sul sistema dello Stato di emissione ma che è suscettibile di superamento quando l'interessato dalla decisione straniera da riconoscersi contesti e dimostri una già avvenuta o una seria probabilità di violazione dei propri diritti fondamentali. Un concetto evolutivo di reciproca fiducia, quindi, che tende a coniugare le esigenze

¹⁵⁰ Cfr. la Relazione della Commissione il 23 febbraio 2005, cit., a p. 6 della versione italiana. In tale documento la Commissione, dopo aver manifestato il proprio disappunto nei confronti di quei legislatori nazionali che hanno introdotto espliciti motivi di rifiuto per violazione dei diritti fondamentali, ha concluso che: «è ovvio, tuttavia, che un'autorità giudiziaria può sempre rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto se constatata che la procedura viola l'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e i principi costituzionali comuni agli Stati membri», precisando, tuttavia, che «in un sistema basato sulla fiducia reciproca, una tale situazione dovrebbe restare eccezionale». Considera non pienamente coerente il ragionamento della Commissione M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns*, cit., p. 206, nt. 78. A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo*, cit., p. 217, ritiene che «la Commissione considera in altre parole l'esecuzione del mandato d'arresto europeo e il rispetto dei diritti fondamentali come appartenenti a due piani giuridici distinti: se il secondo prevale (come infatti prevale) sulla prima, lo fa per forza propria, e non in virtù di una regola permissiva espressamente prevista dalla decisione quadro». Parla di «*prevailing obligation*» con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 341

¹⁵¹ Cfr. *retro* par. 2, p. 21 s.

¹⁵² W. VAN BALLEGOOIJ - G. GONZALES, *Mutual Recognition and Judicial Decisions in Criminal Matters*, in A. SCHRAUWEN (Ed.), *Rule of Reason*, cit., p. 166 che propongono lo schema della «*rule of reason*», chiaramente derivato dalla sentenza *Cassis* ed i suoi sviluppi nel Primo pilastro, come una «*effective way [...] to protect the public order and policy of the executing Member State and [...] to uphold (inter) national human rights standards and procedural safeguards*».

di «sicurezza» al nucleo insopprimibile della «giustizia» nel caso concreto¹⁵³.

Una tale impostazione, pur non vanificando le innovazioni del cambio di paradigma nella cooperazione giudiziaria, permette una considerazione del mutuo riconoscimento come un principio dinamico ed integrato tra i concetti di libertà, sicurezza e giustizia che trova nella reciproca fiducia, nella tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e nella natura giudiziaria delle procedure che lo implementano, il proprio valore aggiunto.

7. Dopo Lisbona, mutuo riconoscimento e diritti fondamentali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Rispetto a quanto poc'anzi osservato sulla natura dinamica del mutuo riconoscimento e sui rapporti tra reciproca fiducia e controllo

¹⁵³ Parla della reciproca fiducia come di un concetto "evolutivo", D. FLORE, *La notion de confiance mutuelle: l'«alpha» ou l'«oméga» d'une justice pénale européenne?*, in G. DE KERCHOVE- A. WEYEMBERG, *La Confiance Mutuelle dans l'Espace Pénale Européen/ Mutual trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 28. Un interessante parallelo, in una prospettiva di convergenza e coerenza tra le diverse politiche dell'Unione, può svolgersi con la disciplina del sistema comune di protezione internazionale e con il concetto di reciproca fiducia sottostante il cd. "Regolamento Dublino" (Regolamento CE 343/2003). Nell'ambito di tale sistema, ove i diritti fondamentali entrano direttamente in gioco e le valutazioni comparative dei diversi sistemi nazionali di asilo e protezione possono rivelarsi politicamente molto delicate, tanto la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (cfr. la sentenza del 21 gennaio 2011 della Grande Camera, nel caso *M.S.S. contro Belgio e Grecia*, ric. N. 30696/09) che - in via consequenziale - la Corte di Giustizia dell'Unione (cfr. CGCE, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S. e altri c. Secretary of State for Home Department*) hanno ricostruito la fiducia reciproca e la presunzione di «sicurezza» degli Stati membri del sistema Dublino (cioè, la presunzione che i richiedenti asilo verranno trattati in conformità ai diritti dell'uomo) come una presunzione relativa. Sull'argomento e sul parallelo con il mutuo riconoscimento penale: F. BILLING, *The Parallel Between Non Removal of Asylum Seekers and Non Execution of a European Arrest Warrant on Human Rights Ground: The CJEU Case of N.S. v. Secretary of State for Home Department*, in *European Criminal Law Review*, p. 77 s. e G. MORGESE, *Regolamento Dublino IIe applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N. S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 s.

sufficiente nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona impone lo svolgimento di ulteriori riflessioni.

Come è noto, le modifiche del 2009 hanno mutato notevolmente il contesto istituzionale dell'Unione, sotto molteplici profili. Non è, ovviamente, possibile in questa sede analizzare l'insieme di tali innovazioni, la cui portata propriamente costituzionale appare difficilmente discutibile, ma due profili ci sembrano particolarmente rilevanti ai nostri fini: la espressa formalizzazione del principio del mutuo riconoscimento come fondamento della cooperazione giudiziaria penale¹⁵⁴ e l'equiparazione del «valore giuridico» della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea a quello dei Trattati¹⁵⁵.

7.1 Mutuo riconoscimento, ravvicinamento e rispetto dei diritti fondamentali.

L'inserimento del principio del mutuo riconoscimento penale nella struttura dei Trattati rappresenta una importante legittimazione della strategia intrapresa a Tampere.

L'assenza di una chiara base giuridica nei Trattati, pur non avendo impedito lo sviluppo di una pluralità di strumenti, aveva posto dubbi sulla legittimità della “messa in opera” del principio.

¹⁵⁴ Cfr. art. 82 TFUE. Esso è riconosciuto anche come fondamento della cooperazione giudiziaria civile (art. 81 TFUE)

¹⁵⁵ Cfr. il nuovo art. 6 par. 1 TUE.

Nel nuovo quadro disegnato da Lisbona, tali dubbi risultano senz'altro superati: il mutuo riconoscimento è oggi espressamente qualificato come fondamento della cooperazione giudiziaria penale e civile nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e l'Unione è normativamente tenuta a «favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco»¹⁵⁶.

Per quanto riguarda il rapporto tra mutuo riconoscimento e ravvicinamento legislativo, i Trattati sembrano porre l'accento sul primo. Rispetto alla cooperazione penale, infatti, gli articoli 82 e 83 TFUE prevedono per le materie processuale e sostanziale una serie di interventi, distinti in «misure» e «norme minime», da attuarsi mediante regolamenti e direttive adottati con procedura legislativa ordinaria¹⁵⁷; nondimeno, la competenza dell'Unione ad adottare misure di ravvicinamento, specialmente per la materia processuale, sembra esser conferita nella misura in cui esso possa risultare funzionale alla miglior messa in atto del mutuo riconoscimento¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cfr. art. 70 TFUE

¹⁵⁷ Si tratta della procedura prevista dall'art. 294 TFUE che eredita la meccanica della vecchia procedura di codecisione dell'art. 251 TCE. Deve, comunque, segnalarsi che le procedure decisionali nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonostante l'abolizione della struttura in pilastri, l'adozione del criterio di maggioranza per il voto in Consiglio ed indubbe innovazioni "democratizzanti" quali il pieno coinvolgimento del Parlamento nella procedura legislativa, mantengono alcune peculiarità, quali i cd. "freni di emergenza" ("*emergency brakes*") e le "cooperazioni rafforzate" (cfr. art. 82 par. 3 ed 82 par. 3 del TFUE). Si tratta di vestigia significative della vecchia concezione intergovernamentale della materia: meccanismi, evidentemente, ancora politicamente necessari ma il cui uso esasperato potrebbe creare in futuro gravi problemi di coerenza nello sviluppo legislativo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per le principali innovazioni v. P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010, p. 361 s.

¹⁵⁸ L'art. 82 par. 2 TFUE, ad esempio, parla dell'adozione «norme minime» per mezzo di direttive nella misura di quanto sia necessario per facilitare il riconoscimento reciproco ed in relazione all'ammissibilità reciproca delle prove, ai diritti della persona nel procedimento penale, ai diritti delle vittime e ad «altri elementi specifici della procedura penale» che potranno essere in futuro individuati con una decisione (all'unanimità) da parte del Consiglio. Le più incisive «misure» (passibili di esser disciplinate con regolamento), diversamente, risulterebbero limitate: 1) alla definizione di norme e procedure per assicurare il riconoscimento delle decisioni penali; 2) alla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione; 3) alla promozione della formazione professionale dei magistrati e degli operatori giudiziari; 4) alla facilitazione della cooperazione tra autorità giudiziarie nell'attività di

Rispetto al rapporto tra il principio del mutuo riconoscimento penale e diritti fondamentali, invece, non sembra che l'inserimento nel corpo dei Trattati del primo abbia mutato la relazione sopra descritta, essendo rimasta inalterata la posizione di preminenza dei secondi quali principi generali; inoltre, se è vero che il mutuo riconoscimento costituisce oggi il fondamento della cooperazione giudiziaria nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è vero del pari che quest'ultimo, secondo l'art. 67 del TFUE, deve esser realizzato «nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

Insomma, il mutuo riconoscimento è oggi divenuto ufficialmente la pietra angolare della fabbrica, ancora un pò barocca, dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma il “cemento” di tale costruzione rimane quello dei diritti fondamentali.

Il punto da comprendere, allora, diviene: quali diritti fondamentali e quali *standards*?

esercizio dell'azione penale e di esecuzione delle sentenze. Quanto alla materia sostanziale, il ravvicinamento è previsto relativamente alla definizione delle fattispecie e delle sanzioni in «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» (art. 83 par. 1 TFUE), sfere che vengono individuate in: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale di donne e minori, traffico di stupefacenti, traffico di armi, riciclaggio, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata (art. 83 par 2. TFUE). Sul punto, cfr. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, cit., p. 42 s. e F. ZIMMERMANN, *The Implications of the Treaty of Lisbon on Criminal Law*, p. 63 s.

7.2 La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione come centro di gravità del riconoscimento.

Il secondo fondamentale cambiamento introdotto da Lisbona, utile alla soluzione del quesito appena posto, è ravvisabile nella “costituzionalizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Come è noto, anche la Carta affonda le proprie radici politiche nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 ma, per lungo tempo, il suo *status* giuridico e la sua vincolatività sono rimasti dubbi e dibattuti¹⁵⁹.

Oggi la Carta, in virtù del nuovo art. 6 TUE, possiede lo stesso valore giuridico dei Trattati ed appartiene a pieno titolo al diritto primario dell’Unione. Essa rende finalmente “visibili” quei valori fondamentali che, a partire dall’esperienza comunitaria¹⁶⁰, costituiscono al contempo una acquisizione ed una sfida importante per il processo di integrazione.

La sua struttura si compone di sei parti, sei Titoli, che identificano altrettanti ordini di «valori» fondamentali per l’Unione: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia. Ordini di valori che riuniscono, nello stesso testo, i diritti civili e politici con quelli economici e sociali, secondo una logica che è propria del discorso costituzionale. A ciascuno di tali valori viene ricollegata, nel rispettivo titolo, una serie di diritti e principi tra i quali spiccano, per i nostri fini: il

¹⁵⁹ Cfr. ad es. J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa*, cit., p. 214 s. , ove l’Autore manifesta un certo scetticismo sull’impianto complessivo della Carta.

¹⁶⁰ Su cui, v. *retro* par. 6, p. 60, nt. 147

rispetto della dignità umana¹⁶¹, il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti¹⁶², il diritto alla libertà e sicurezza¹⁶³, quello alla vita privata e familiare¹⁶⁴, la libertà di circolazione¹⁶⁵, il diritto ad un ricorso effettivo¹⁶⁶, il diritto di difesa e la presunzione di innocenza¹⁶⁷ ed il principio di proporzionalità delle pene¹⁶⁸.

Un ulteriore insieme di norme inserite nel Titolo VII, infine, disciplina le modalità di applicazione ed interpretazione della Carta, il livello di protezione dei diritti da essa garantiti rispetto agli altri strumenti internazionali e le costituzioni degli Stati membri¹⁶⁹ e, soprattutto, i presupposti e le modalità di limitazione di tali diritti, piano su cui il principio di proporzionalità gioca un ruolo essenziale¹⁷⁰.

La costituzionalizzazione della Carta rappresenta un passaggio fondamentale per un approccio coerente¹⁷¹ al nostro specifico tema, poiché è in essa, come vedremo¹⁷², che si rinviene la base giuridica per ricostituire la proporzionalità come elemento strutturale ed, al contempo, limite del mutuo riconoscimento penale.

Il sistema della Carta, inoltre, individua anche lo *standard* di tutela dei diritti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: uno *standard* che, nel pur complesso coordinamento con la Convenzione europea dei diritti

¹⁶¹ Art. 1 della Carta.

¹⁶² Art. 4 della Carta.

¹⁶³ Art. 6 della Carta.

¹⁶⁴ Art. 7 della Carta.

¹⁶⁵ Art. 45 della Carta.

¹⁶⁶ Art. 47 della Carta.

¹⁶⁷ Art. 48 della Carta.

¹⁶⁸ Art. 49 par. 3 della Carta.

¹⁶⁹ Cfr. gli artt. 52 parr. 3 e 4 e 53 della Carta.

¹⁷⁰ Cfr. l' art. 52 par. 1 della Carta.

¹⁷¹ La coerenza, lungi dall'essere un principio generale, è oggi espressamente richiamata dai Trattati come criterio di realizzazione delle politiche e delle azioni dell'Unione europea (cfr. art. 7 TFUE). Riprendendo le parole di J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Polity Press, 2008, p. 211: «*coherence is weaker than the analytic truth secured by logical deduction but stronger than mere freedom from contradiction*».

¹⁷² V. *infra* Cap. 3, par. 4, p. 85 s.

dell'uomo e le costituzioni degli Stati membri, aspira a porsi sempre più come autonomo nel proprio ambito di applicazione, come oggi sembra, peraltro, emergere sempre più evidentemente dalle pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Åkerberg Fransson*¹⁷³ e *Melloni*¹⁷⁴.

Condividendo l'idea che sia necessaria una nuova prospettiva sui diritti fondamentali che garantisca la tutela per l'individuo nell'intero

¹⁷³ CGCE, sent. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 50 della Carta che sancisce il principio del *ne bis in idem*. La decisione, intervenuta lo stesso giorno della sentenza *Melloni*, contiene importanti nodi sistematici: dall'ampliamento dell'ambito di applicazione della Carta (par. 26) al riconoscimento dell'effetto diretto delle previsioni in essa contenute (par. 45). Per un primo commento cfr. S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale, in particolare, osserva come la Corte abbia affermato quale presupposto per l'applicazione della Carta l'esistenza di un semplice «legame tenue» tra la situazione interna ed il diritto dell'Unione, andando così oltre il disposto dell'art. 51 della Carta. Una tale dinamica espansiva dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali nell'implementazione del diritto dell'Unione è frequente nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: cfr. sul punto D. WYATT - A. DASHWOOD (Eds.), *European Union Law*, Hart Publishing, 2011, p. 347, ove è debitamente richiamata quella giurisprudenza della Corte che, nel Pilastro comunitario, ha riconosciuto l'effetto diretto dei diritti fondamentali anche in situazioni che presentavano connessioni abbastanza remote con il diritto comunitario.

¹⁷⁴ Cfr. CGCE, sent. 26 febbraio 2013, C- 399/11, *Melloni*, ove la Corte, seguendo le orme del caso *Internationale Handgesellschaft* (CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70), ha interpretato la clausola di compatibilità dell'art. 53 della Carta rispetto alle costituzioni degli Stati membri come ostativa ad una interpretazione ed applicazione della stessa che possa compromettere, oltre al livello di tutela previsto dalla Carta, anche il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (par. 60). Nel far ciò, la Corte ha esteso anche alla materia dell'ex-Terzo Pilastro il principio per cui il primato del diritto dell'Unione si esplica anche sulle disposizioni costituzionali degli Stati membri (principio consolidato nel diritto comunitario la cui prima elaborazione si deve, appunto, al caso *Internationale Handgesellschaft*). Il tema specifico della sentenza, riguardava la validità e l'interpretazione del nuovo art. 4-bis della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo in un controverso caso di consegna fondata su una condanna contumaciale italiana. Il *Tribunal constitucional* spagnolo, chiamato ad interloquire nell'esecuzione del mandato d'arresto, aveva dubitato della compatibilità del nuovo sistema introdotto con la decisione quadro 2009/299/GAI (che pone un limite ai casi in cui risulta possibile la cd. consegna condizionata per i casi di condanna *in absentia*) con gli art. 47 (diritto a un ricorso effettivo) e 48 (diritto di difesa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e con le proprie norme costituzionali (art. 24 della Costituzione spagnola); pertanto, il giudice nazionale aveva sottoposto alla Corte di Lussemburgo tre questioni pregiudiziali, il cui unico filo conduttore appare, per vero, la lettura dell'art. 53 della Carta come norma di rinvio alla teoria dei controlimiti. Il riferimento alle costituzioni degli Stati membri in esso contenuto (piuttosto che alle tradizioni costituzionali comuni) era stato, infatti, ritenuto come una sorta di abilitazione a far prevalere nell'ambito di applicazione gli eventuali più elevati *standard* nazionali di tutela. La Corte ha, come segnalato, ha escluso una tale interpretazione. Per un primo commento critico alla sentenza cfr. S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"*, cit., *passim*. Sul caso *Melloni*, in genere, cfr. M. PEREZ 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*, 1/2013, p. 79 s. e A. TINSLEY, *Note on the Reference in Case C-399/11 Melloni*, in *New Journal of European Criminal Law*, 3/2012, p. 19 s.

spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁷⁵, ci sembra che la Carta dei diritti fondamentali debba, quindi, rappresentarne il punto di partenza.

¹⁷⁵ A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 425: «A new perspective on human rights is necessary. Human rights must be ensured to individuals, regardless of whether it is a single Member State that violates human rights or whether two or more Member States or the Union commit the violations. Human rights must not be ensured within the jurisdiction of a single Member State, but within the area of freedom, security and justice as a whole.»

Capitolo III

LA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

1. Passeri, cannoni, noci e martelli pneumatici.

«La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni»¹⁷⁶ e non è dato «usare un martello pneumatico per rompere una noce, quando basterebbe uno schiaccianoci»¹⁷⁷. Sono queste le due rappresentazioni allegoriche più note del principio di proporzionalità, concettualizzazione giuridica tra le più fortunate¹⁷⁸ e tutt'ora discusse¹⁷⁹ fiorite nel secolo scorso.

¹⁷⁶ Espressione attribuita a F. FLEINER: «*Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen*» e riportata in D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998, p. 14, nt. 15. Esiste un'altra variante dell'allegoria "ornitologica", attribuita a W. JELLINEK e nella quale le rondini prendono il posto degli sfortunati passeri: cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1995, p. 23

¹⁷⁷ Espressione adoperata da LORD W. J. K. DIPLOCK nella decisione della *House of Lords*, 20 gennaio 1983, [1983] 1 WLR 151, *R. v Goldstein (Alexander Joseph)*: «*the principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do it*», riportata in N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 2.

¹⁷⁸ Ritiene che il principio di proporzionalità e la *judicial review* di matrice kelseniana costituiscano «*the most successful legal transplants in the second half of the twentieth century*» M. KUMM, *Constitutional Rights as Principles*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 595.

¹⁷⁹ *Ex plurimis*, si vedano: M. KLATT - M. MEISTER, *Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 687 s.; T. I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, p. 158 s. Critiche severe ed appassionante al principio di proporzionalità sono state mosse di recente da S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, p. 468. La controversia giuridico-filosofica sull'ammissibilità del *test* di proporzionalità nel dominio dei diritti fondamentali segue le movenze della diatriba sul carattere "prioritario" (i diritti fondamentali come "trumps", "firewalls" non suscettibili di subvalenza rispetto all'interesse generale) o "ottimizabile" (suscettibile di un bilanciamento che può anche portare alla prevalenza del concorrente interesse generale) degli stessi, propria delle opposte concezioni di R. DWORKIN e J. HABERMAS, da un lato, e R. ALEXYS, dall'altro. Sul dibattito e le contrapposizioni

Nozione per lungo tempo ritenuta più facile a comprendersi che a definirsi¹⁸⁰, la proporzionalità rappresenta, oggi, un contenuto essenziale della relazione Stato - cittadino declinata secondo la logica dei diritti fondamentali.

Sul piano della precomprensione, come ben evocano le allegorie dei passeri e delle noci, il principio esprime una basilare idea di razionalità ed equità nello svolgimento del rapporto tra il potere pubblico e diritti dell'individuo¹⁸¹.

Alla stregua di esso, i poteri pubblici¹⁸², conferiti all'autorità in un quadro di valori che pongono al centro l'individuo e la dignità umana, devono esplicitarsi in forme idonee a realizzare gli scopi per cui sono stati legittimamente attribuiti e con modalità tali da non compromettere l'essenza dei diritti fondamentali che di tale dignità sono proiezione e sostanza.

L'operatività di tale principio riveste una speciale importanza nel diritto europeo e costituisce il nodo centrale del nostro studio: di seguito, pertanto, seppur in maniera rapsodica, si tenterà una ricostruzione dell'origine del principio, dei suoi caratteri essenziali e delle dinamiche del suo recepimento nel diritto comunitario e nel sistema di tutela dei diritti fondamentali della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Una volta delineati alcuni concetti chiave, ci si interrogherà sul ruolo

teoriche, in generale, v. A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 181 s.

¹⁸⁰ X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Économica, 1990, p. 7

¹⁸¹ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 1. Secondo T. TRIDIMAS, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65: «*The notion of proportionality goes back to ancient times but as a general principle of law in modern legal systems it is inspired by ideas underpinning liberal democracy, in particular, the concern to protect the individual vis-à-vis the State and the premise that regulatory intervention must be suitable to achieve its aims*».

¹⁸² Intesi come legislativi, amministrativi e giudiziari.

assunto dalla proporzionalità nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e si analizzeranno due disposizioni immediatamente rilevanti per declinare il suo contenuto rispetto al mandato d'arresto europeo: l'art. 49 par. 3 sulla proporzionalità delle pene ed il più generale art. 52 par. 1 che disciplina i presupposti generali per la restrizione dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta stessa, il cd. "limite dei limiti".

2. Radici e strutture germaniche.

Le radici del principio di proporzionalità affondano nell'esperienza del diritto pubblico tedesco e nelle teorizzazioni sul *Rechtsstaat* affermatesi già nel corso del diciannovesimo secolo.

In epoca prussiana, il concetto di proporzionalità apparve, per la prima volta, in un'opera di VON BERG del 1802¹⁸³ sul diritto di polizia e venne recepito, nel 1882, da una importante pronuncia del Tribunale amministrativo superiore prussiano - la sentenza *Kreuzberg*¹⁸⁴ - che, di lì in poi, pose le basi concettuali di una giurisprudenza costante sui limiti dell'attività di polizia amministrativa e di sicurezza.

Solo nella seconda metà del novecento, però, dopo la tragedia dello stato totalitario e nel quadro della nuova Legge fondamentale e

¹⁸³ G. H. VON BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeyrechts*, 1802. Cfr. sul punto D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 12

¹⁸⁴ Sentenza del 14 giugno 1882, *PrOVGE* 9, p. 353 s., sulla quale cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 23.

dell'ordine di valori oggettivo¹⁸⁵ (*objektive Wertordnung*) da essa instaurato, il principio di proporzionalità ascende al rango di principio fondamentale, per quanto non scritto, del diritto pubblico tedesco ed attecchisce nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale come canone di controllo non più della sola attività amministrativa ma anche legislativa e giurisdizionale¹⁸⁶. La sentenza *Apothekenurteil* del 1958¹⁸⁷ è considerata storicamente un punto di svolta e la battuta di avvio dell'espansione della proporzionalità come espressione del principio dello Stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) sancito dall'art. 20 della Legge fondamentale¹⁸⁸.

A partire da essa, il *Bunderverfassungsgericht* ha sempre più frequentemente fatto ricorso alla proporzionalità come strumento di tutela dell'essenza dei diritti fondamentali sanciti dal *Grundgesetz* ed ha definito quelli che, a tutt'oggi, sono considerati le tre componenti strutturali del principio e del relativo *test* "a tre fasi" (*dreistufige*

¹⁸⁵ Cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 33, che richiama D. P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, 1989, p. 53 s. Il concetto della legge fondamentale (*Grundgesetz*) come ordine di valori oggettivo emerse nella giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca a partire dal cd. caso "Elfes", BVerfG, sent. 16 gennaio 1957 (BvR 253/56) in *BVerfGE* 6, p. 32 s. e sarebbe stato ispirato dalle elaborazioni dottrinali di G. DÜRIG dei primi anni '50. Sul punto, v. anche P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale tedesca in materia di diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, p. 2891.

¹⁸⁶ Casi particolarmente significativi di applicazione del principio di proporzionalità rispetto all'esercizio del potere giurisdizionale sono quelli trattati dalla Corte costituzionale federale nelle sentenze del 10 giugno 1963 (BvR 790/58 cd. caso "Liquorentnahme" in *BVerfGE* 16, p. 194 s.) e del 25 luglio 1963 (BvR 542/62, caso "Pneumoenzephalographie" in *BVerfGE* 17, p. 108 s.).

¹⁸⁷ Sent. dell'11 giugno 1958 (BvR 596/56) in *BVerfGE* 7, p. 377 s. sulla quale v. J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Diritto e Società*, 1993, p. 315 e P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza*, cit., p. 2884.

¹⁸⁸ In particolare, la base giuridica costituzionale del principio di proporzionalità è stata individuata dalla giurisprudenza del *Bunderverfassungsgericht* nella connessione tra il principio dello Stato di diritto (art. 20) e la previsione dell'art. 19 par. 2 del *Grundgesetz* che pone a "limite delle limitazioni" (*Schranken-Schranken*) dei diritti fondamentali l'«essenza» («*Wesensgehalt*») di questi ultimi: in nessun caso, infatti, l'esercizio dei pubblici poteri può attentare all'essenza dei diritti fondamentali che ne rappresenta il nucleo di valore incompressibile. Cfr. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 13; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 40, il quale segnala anche (p. 47) l'esistenza di un indirizzo dottrinale che riconduce il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità direttamente alla clausola di supremazia della dignità umana contenuta nell'art. 1 par. 3 della Legge fondamentale.

Prüfung): l'idoneità (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

2.1 segue: l'idoneità. (*Geeignetheit*)

Il primo elemento costitutivo del principio di proporzionalità è rappresentato dal requisito della idoneità (*Geeignetheit*). Essa, in prima approssimazione, individua la «capacità del mezzo impiegato alla realizzazione del fine prefissato»¹⁸⁹.

Idoneo, in quest'ottica, deve ritenersi quell'intervento del potere pubblico (da intendersi in senso ampio: l'adozione di un atto legislativo, l'emanazione di un provvedimento amministrativo, la pronuncia di una decisione giudiziaria) che «possa sensibilmente favorire il (raggiungimento del) risultato desiderato»¹⁹⁰.

A questo stadio dello scrutinio, quindi, la relazione tra il mezzo e l'obiettivo perseguito dall'autorità deve palesarsi di tipo funzionale-efficiente: infatti, se il mezzo prescelto si rivelasse *prima facie* inidoneo a raggiungere il risultato sperato, l'attivazione stessa del potere risulterebbe inutile e dovrebbe ritenersi ingiustificata la sua incidenza

¹⁸⁹ In questi termini S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2011, p. 225.

¹⁹⁰ D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 35 che cita la sentenza della Corte Costituzionale federale del 16 marzo 1971 (BvR 52, 665, 667, 754/66) in *BVerfGE* 30, p. 292 s. Cfr. anche N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 26 il quale, riguardo alla definizione di idoneità, precisa che: «*More specifically, in the area of civil liberties, a statute which restricts a basic right conforms with the principle of suitability "if at all able to protect the endangered object of legal protection effectively"*». Lo stesso Autore, peraltro, sembrerebbe ritenere che «*It might be better [...] to exclude the principle of suitability of means from the principle of proportionality*», secondo l'impostazione dottrinale riconducibile a P. LERCHE che considera elementi propri della proporzionalità in senso ampio (*Verhältnismäßigkeit*) i soli requisiti della necessità e della proporzionalità in senso stretto e non anche quello dell'idoneità.

finale sull'individuo, qualunque ne risultasse, in ultima istanza, la "misura"¹⁹¹.

Il controllo sull'idoneità racchiude, quindi, una basilare esigenza di razionalità dell'agire pubblico e rappresenta il primo *step* logico del *test* di proporzionalità; un primo "gradino" che, per vero, esprime il contenuto più debole e meno incisivo di tale *test*, la cui verifica è stata storicamente ancorata a parametri che ne rendono difficilmente riscontrabile una violazione in concreto¹⁹².

Secondo la giurisprudenza del *Bunderverfassungsgericht*, infatti, la valutazione di idoneità si compendia di una mera prognosi in astratto ed *ex ante*¹⁹³ che tollera eventuali errori di apprezzamento sul possibile sviluppo futuro degli eventi (*Recht zum Irrtum*¹⁹⁴) e che, soprattutto, non esige il riscontro di una relazione ottimale o assoluta tra il mezzo prescelto e l'obiettivo perseguito: non è, pertanto, richiesto che il mezzo risulti il migliore o il più adatto per conseguire i risultati desiderati ed è

¹⁹¹ Volendo tentare una esemplificazione secondo le nostre categorie processualpenalistiche, si potrebbe pensare ad una violazione del canone di idoneità laddove, per assurdo, un provvedimento giurisdizionale pretendesse di applicare la misura cautelare del divieto di dimora *ex art.* 283 c.p.p. per prevenire il pericolo di fuga o un divieto di espatrio per far fronte all'esigenza cautelare di cui all'*art.* 274, *lett. c)* c.p.p. Il nostro sistema processuale penale conosce la verifica di idoneità, in materia cautelare, sotto l' "etichetta" del principio di adeguatezza nell'*art.* 275 comma 1 c.p.p. (*sub specie* di idoneità della misura rispetto alla «natura» dell'esigenza cautelare).

¹⁹² N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 29. In questi termini, l'idoneità appare accostabile, per contenuti ed il (blando) grado di incisività, alla cd. *Wednesbury reasonableness* applicato dalla giurisprudenza di *common law*. Sulla *Wednesbury reasonableness* ed il suo rapporto con il principio di proporzionalità, in generale v. P. CRAIG, *Unreasonable and Proportionality in UK Law*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, cit., p. 85; J. RIVERS, *Proportionality and variable intensity of review*, in *The Cambridge Law Journal*, 2006, *passim*.

¹⁹³ Una prognosi fondata, quindi, sulle circostanze note e valutabili al momento dell'adozione della misura e che "neutralizza" l'influenza delle eventuali circostanze sopravvenute. Cfr. BVerfG, sent. 16 marzo 1971 (BvR 52, 665, 667, 754/66), cit. *supra* nota 15; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 16; Diversamente, N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 28 con riferimento al controllo sulla idoneità delle misure legislative sembrerebbe criticare tale impostazione "minimalista", giudicandola incompatibile con il principio di preminenza della costituzione sulle fonti sottordinate: «*the principle [of precedence of the constitution over a statute] operates not only at the stage of the latter's preparation, but has a temporal effect as well*».

¹⁹⁴ Cfr. BVerfG, sent. 9 marzo 1971 (BvR 326, 327, 341, 342, 343, 344, 345/69) in *BVerfGE* 30, p. 250 s.

ritenuta sufficiente la pronosticabilità di una realizzazione anche solo parziale degli obiettivi¹⁹⁵.

La violazione di tale contenuto della proporzionalità, di conseguenza, è stata ravvisata dal giudice di Karlsruhe solo a fronte di misure “oggettivamente inutili” («*objektiv untauglich*»¹⁹⁶) o “evidentemente inadeguate” («*schlechthin ungeeignet*»¹⁹⁷).

La circostanza, però, che una misura superi il “gradino” dell’idoneità, se esclude la sua irrazionalità, non ne attesta automaticamente la proporzionalità¹⁹⁸. In questa «verifica progressiva»¹⁹⁹, infatti, la soddisfazione di un livello di controllo permette solo l’accesso a quello successivo ed autonomo: nel caso, la necessità.

2.2 segue: la necessità. (*Erforderlichkeit*).

Il secondo passaggio del *test* a tre gradini è rappresentato dalla verifica della necessità (*Erforderlichkeit*). Tale elemento prescrive,

¹⁹⁵ BVerfG, sent. 22 maggio 1963 (BvR 78/56), in *BVerfGE* 16, p. 147 s.;

¹⁹⁶ BVerfG, sent. 7 aprile 1964 (BvL 12/63), in *BVerfGE* 17, p. 306 s.

¹⁹⁷ BVerfG, sent. 14 dicembre 1965 (BvL 14/60), in *BVerfGE* 19, p. 330 s.

¹⁹⁸ Cfr. J. RIVERS, *Proportionality and variable intensity of review*, cit., p. 198: «Any decision limiting rights which passes these criteria is not completely irrational, although it may well be underinclusive, only partially effective, harsh or excessive».

¹⁹⁹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 224; il quale, però, a p. 226 osserva che «per ovvie ragioni di carattere sistematico, la dottrina tende a classificare e descrivere tali figure in modo netto e schematico. Ma nella realtà il passaggio dall’una all’altra si svolge spesso in modo fluido ed evanescente. È certo tuttavia che sul piano concettuale ognuna di esse costituisce una tappa logica ulteriore separata dalla precedente, secondo un sistema dinamico di interferenze e di interdipendenze a concatenazione progressiva».

nell'esercizio del potere, l'«imposizione del mezzo più mite»²⁰⁰ (*mildestes Mittel*) purché egualmente efficace²⁰¹.

Pertanto, laddove risulti disponibile una pluralità di mezzi astrattamente idonei al conseguimento del risultato desiderato, occorrerà scegliere tra di essi quello che garantendo il medesimo grado di soddisfazione dell'obiettivo determini, in concreto, le minori conseguenze negative per l'individuo²⁰².

È il profilo che più vividamente sembra emergere dalle allegorie sui passeri e le noci, viste sopra.

In questi termini, la necessarietà si ispira al concetto dell'efficienza paretiana²⁰³ ed aspira a realizzare un assetto ottimale della dialettica autorità - libertà, ove l'utilità connessa alla cura dell'interesse superindividuale venga sistematicamente realizzata nella sua massima misura a fronte del minor depauperamento possibile della posizione dell'individuo (l'«ottimo paretiano» cui tende tale forma di efficienza sarebbe, invece, quella condizione ideale di equilibrio del sistema nella quale la massimizzazione dell'utilità generale non determinasse alcuna conseguenza negativa per il singolo).

²⁰⁰ D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 17 che richiama giurisprudenza costante del BVerfG. *Ex plurimis* BVerfG, sent. 18 dicembre 1968 (BvL 5/64) in *BVerfGE* 25, p. 1 s.; BVerfG, sent. 9 marzo 1971, cit. *supra* nota 19; BVerfG, 10 maggio 1972 (BvR 286, 293, 295/65) in *BVerfGE* 33, p. 171 s.

²⁰¹ «Un mezzo ha la medesima efficacia rispetto ad un altro mezzo, soltanto qualora esso consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima «intensità»», D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 18 ed in termini pressoché conformi N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 30.

²⁰² «“Milder” is the measure which causes the least possible adverse repercussions on the legal status of the party concerned» N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 30.

²⁰³ Vilfredo Pareto (1848 - 1923) è stato un economista e sociologo italiano, tra i principali protagonisti della teoria del cd. marginalismo, una corrente del pensiero economico che mise al centro della propria analisi lo studio dell'equilibrio sistemico e delle metodologie di allocazione efficiente delle risorse facendo, per prima, ricorso alla applicazione di modelli e formalizzazioni matematiche. Ritengono l'elemento della necessarietà riconducibile allo schema dell'efficienza paretiana R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 398 s. e J. RIVERS, *Proportionality and variable intensity of review*, cit., p. 198

Questo secondo “gradino” della proporzionalità, pertanto, si presenta come relativo e relazionale: relativo in quanto la necessarietà che qui rileva non è quella dell’obiettivo ma del mezzo²⁰⁴ e relazionale poiché la sua valutazione presuppone l’esistenza di alternative traducibili in una pluralità di mezzi egualmente efficaci. Ove, infatti, fosse dato - *de iure o de facto* - un solo mezzo capace di garantire il risultato desiderato, questo risulterebbe oltre che l’unico anche quello necessario e la necessarietà, in una tale situazione, verrebbe concettualmente riassorbita dalla logicamente antecedente verifica di idoneità²⁰⁵; parimenti, ove fossero praticabili alternative meno restrittive ma anche meno efficaci (capaci di garantire, cioè, un grado di soddisfazione dell’obiettivo inferiore a quello desiderato) il mezzo più “afflittivo” verrebbe comunque a prevalere²⁰⁶.

²⁰⁴ Cfr. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 18. La legittimità dell’obiettivo sembra circostanza preliminare ed esterna - quantomeno nella versione tedesca del principio - alla verifica della proporzionalità “in senso ampio. Essa si riconnette alla sua legittimità. Nella prospettiva tedesca l’obiettivo è legittimo in quanto prescritto o quantomeno non in contrasto con la Legge fondamentale. L’illegittimità del fine da perseguire che derivasse dal contrasto con l’ordine obiettivo di valori fissato dal *Grundgesetz*, infatti, travolgerebbe qualsiasi mezzo venisse preposto alla sua realizzazione, inibendo *in nuce* ogni eventuale scrutinio sulla sua proporzionalità (si pensi, ad esempio, ad una normativa che perseguisse l’obiettivo di discriminare determinati individui in ragione della propria appartenenza etnica o della propria professione religiosa: a nulla rileverebbe, in un caso del genere, che i mezzi concretamente predisposti risultassero perfettamente idonei o i meno afflittivi possibile). Ciò, come vedremo a breve trattando della proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), non significa che un obiettivo legittimo e quindi “necessario” non possa, per questo, recedere rispetto alla esigenza di tutelare l’essenza di un’altra situazione soggettiva legittima e contrapposta (quale, ad esempio un diritto fondamentale).

²⁰⁵ Cfr. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 17; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano ed inglese*, Giuffrè, 2008, p. 37: «[...] se per raggiungere un certo scopo, l’ordinamento prevede una sola misura possibile, questa, oltre ad essere idonea, sarà anche necessaria».

²⁰⁶ Volendo, anche in questo caso, tentare un parallelo esplicativo con le nostre regole processualpenalistiche, tracce della necessarietà sembrano ravvisabili in diverse disposizioni del nostro codice che regolano interventi coercitivi. Riguardo alla materia cautelare - che oggi contempla una pluralità di mezzi utilizzabili al fine di prevenire i *pericula libertatis* dell’art. 274 c.p.p. - la valutazione di necessarietà sembra emergere, in termini generali, nell’art. 275, comma 1 c.p.p. come criterio di scelta della misura in relazione al «grado» dell’esigenza cautelare e nella prescrizione del ricorso alla custodia cautelare in carcere come “ultima risorsa” «quando ogni altra misura risulti inadeguata» (275 comma 3 c.p.p., primo periodo). Casi particolari di applicazione del criterio di necessarietà, in questo settore, ci sembrano anche quelli dell’art. 275 comma 4 e 4-*bis* c.p.p. che limitano l’applicabilità della custodia cautelare in carcere rispetto a soggetti particolarmente

Tale natura relazionale del *test* sulla necessarietà comporta che la valutazioni ad esso riconnesse - a differenza di quelle sulla idoneità - debbano svolgersi in concreto: solo sulla base delle circostanze concrete, del resto, potrà correttamente valutarsi se, ed in che misura, due o più diversi mezzi disponibili presentino eguale efficacia rispetto al conseguimento dell'obiettivo ovvero se, ed ancora in che misura, tali mezzi risultino diversamente afflittivi od onerosi rispetto allo specifico destinatario dell'intervento²⁰⁷.

Quanto, invece, alla struttura *ex ante* od *ex post* della valutazione sulla necessarietà, la giurisprudenza del *Bunderverfassungsgericht* - a differenza di quanto visto sopra per la verifica di idoneità ed in maggiore aderenza alla logica di concretezza sottostante a tale livello di scrutinio - ammette la possibilità di considerare le circostanze o fattori sopravvenuti o non conoscibili al momento dell'adozione del mezzo, quando quest'ultimo si sia rivelato in concreto eccessivamente restrittivo²⁰⁸.

vulnerabili (donna incinta o madre di prole inferiore a tre anni, persona ultrasessantenne, la persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria), ammettendo l'«alternativa più restrittiva» solo in caso di «esigenze cautelari di eccezionale rilevanza». Al di fuori della materia cautelare, altre tracce della «filosofia» della necessarietà ci appaiono rinvenibili nella disciplina delle perquisizioni con la «richiesta di consegna» (art. 248 c.p.p.), dei sequestri documentali con il riferimento all'estrazione di copia quale alternativa al mantenimento del vincolo reale (art. 258 c.p.p.) e, soprattutto, nella disciplina delle intercettazioni di telecomunicazioni, ove viene posta a limite per il ricorso dello strumento captativo, la sua assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini (art. 267 comma 1 c.p.p.). V. anche R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)* in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia - Vol. II, Procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 560.

²⁰⁷ D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 18, la quale osserva che: «a questo esame appartengono anche criteri valutativi che si ricollegano al grado soggettivo di interferenza nella sfera del destinatario del mezzo». Rispetto a tale profilo e riferendosi al controllo di misure legislative N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 30, precisa, invece, che: «*consideration of individual circumstances, however, should not go as far as to undercut the reliability and foreseeability of the law*». Si noti che, ad ogni modo, a questo stadio del *test*, il «grado soggettivo di interferenza» dello specifico mezzo può solo influenzare l'opzione per il mezzo diverso e meno restrittivo e non già determinare la recessione o subvalenza dell'obiettivo, effetto questo che, come vedremo, può appartenere al successivo *step* della «proporzionalità in senso stretto».

²⁰⁸ Cfr., in tal senso D. U. GALETTA, loc. ult. cit. e N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, loc. ult. cit.

2.3. segue: la proporzionalità in senso stretto.
(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

L'ultimo stadio del *test* di proporzionalità di “matrice tedesca” è identificato dalla verifica della cd. proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), la componente più penetrante, caratteristica e discussa del principio.

La sua affermazione, a differenza dei requisiti di idoneità e necessità - e non per caso²⁰⁹ - si è avuta solo nella seconda parte del ventesimo secolo ed è fortemente legata alla concezione dell'ordinamento costituzionale come struttura obiettiva e gerarchica di valori (*Wertordnung des Grundgesetzes*).

Il contenuto della proporzionalità in senso stretto, infatti, fa perno sulla valutazione comparativa tra l'intensità dell'intervento pubblico sulla sfera giuridica dell'individuo ed il “peso specifico” dell'obiettivo perseguito dall'esercizio del potere: in questa prospettiva essa sottintende l'idea che il concreto esercizio del potere, pur idoneo e necessario (cioè, operato col mezzo meno restrittivo possibile tra quelli egualmente efficaci), non debba in ultima istanza incidere in maniera «intollerabile» sulla sfera giuridica dell'interessato²¹⁰.

Base di partenza di tale costruzione è l'intendimento che i diversi valori, diritti ed interessi riconosciuti alla collettività ed al singolo dall'ordinamento siano suscettibili di bilanciamento (*Güterabwägung*)

²⁰⁹ Infatti, «[...] a seguito dell'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista [...] si diffonde in Germania la convinzione che l'intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica», così D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 19.

²¹⁰ Cfr. D. U. GALETTA, loc. ult. cit., nt. 42 ove è richiamata cospicua giurisprudenza del BVerfG.

sulla scorta della loro rispettiva importanza. Diversamente dalla razionalità “estrinseca” propria dei due precedenti “gradini”, nella proporzionalità in senso stretto si condensa, per il tramite del «rapporto tra compressione del diritto e ragioni di tale compressione»²¹¹, una ponderazione sostanziale ed in concreto tra mezzo e fine che, al suo estremo, può anche comportare la recessione dell’interesse collettivo sotteso all’esercizio del potere pubblico ove la sua realizzazione possa compromettere l’«essenza» («*Wesensgehalt*»²¹²) dei diritti fondamentali dell’individuo²¹³.

In questi termini, quindi, la proporzionalità in senso stretto esprime «un criterio essenzialmente politico»²¹⁴ di bilanciamento ed un «principio aperto»²¹⁵ che aspira a realizzare istanze di giustizia sostanziale; proprio in ragione di ciò, del resto, essa è stata criticata dalla dottrina come un elemento spurio che minerebbe la razionalità ed oggettività del *test* di proporzionalità ed introdurrebbe, sotto le mentite spoglie di una nuova e più raffinata *Begriffsjurisprudenz*, elementi di politicità e di arbitrarietà della decisione²¹⁶.

²¹¹ G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della corte di Lussemburgo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 298

²¹² Concetto fatto proprio dall’art. 19 par. 2 del *Grundgesetz*, cfr. *supra* par. 2, pag. 73 nt.187

²¹³ Diversamente dal *test* di necessità che, come detto, è relativo e relazionale, nella proporzionalità in senso stretto non viene più solamente giocato il *quomodo* dell’intervento ma l’*an* e soprattutto il *quia*. Detta altrimenti, «la «proporzionalità in senso stretto avrebbe lo scopo di preservare esigenze di giustizia sostanziale del caso concreto, ancorandosi alla ben nota tesi ciceroniana *summum ius, summa iniuria*, scongiurando il rischio che misure non “necessarie in una società democratica” vengano assunte», S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., p. 43.

²¹⁴ R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive*, cit., p. 560.

²¹⁵ D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 21, la quale richiama E. GRABITZ, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, p. 583.

²¹⁶ V. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 34, ove è richiamata la critica svolta da C. J. MANN, *The function of judicial decision in European Economic Integration*, Martinus Nijhoff, 1972, p. 159 secondo il quale la proporzionalità in senso stretto «[It] harbours the illusions of determinate norms in the fact of unarticulated value premises and judicial neutrality aloof from the creative search for normative content ... [yet] in contrast to *Begriffsjurisprudenz*, [it does] not necessarily exclude considerations of political realities in the construction and application of the constitution». Più di recente v. T. I. HARBO, *The Function of the Proportionality Principle*, cit., p. 165

Critiche in una certa misura comprensibili ma, forse, fin troppo severe nel sottovalutare la funzione di garanzia che la proporzionalità in senso stretto ha storicamente svolto.

La giurisprudenza tedesca, ad ogni modo, ha nel tempo fatto un uso crescente del concetto, soprattutto in quei casi in cui dalla parte dell'individuo venivano in gioco i diritti fondamentali²¹⁷: senza alcuna pretesa di completezza, possono richiamarsi ad esempio diverse decisioni della Corte Amministrativa Federale in tema di espulsione dello straniero per ragioni di pubblica sicurezza²¹⁸, i cd. casi “*Liquorentnahme*” e “*Pneumoencephalographie*”²¹⁹ della Corte Costituzionale Federale e, più recentemente - in un caso veramente estremo - la sentenza sulla *Luftsicherheitsgesetz*²²⁰, ove l'inedito e tragico “conflitto bifronte” tra il diritto alla vita dei passeggeri del volo da abbattere ed il diritto alla vita delle potenziali vittime “a terra” è stato

e S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, cit., p. 470 «*The view that constitutional rights are nothing but private interests whose protection depends, on each occasion, on being balanced with competing public interests, in fact, renders the Constitution futile.*». Più in generale, v. la critica mossa da J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, MIT Press, 1998, p. 259 («*arbitrary and unreflective*») alla teoria del bilanciamento e la cd. «*weight formula*» di R. ALEXY (*A Theory of Constitutional rights*, cit., p. 102)

²¹⁷ «*The scope and depth of the principle of proportionality s.s. [stricto sensu] vary according to the nature of the intervention and the sphere of protection of the basic right involved*», N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 32.

²¹⁸ Cfr. le decisioni del *Bundesverwaltungsgericht* (Corte Amministrativa Federale) 60 *BVerwGE* 75 (77); 59 *BVerwGE* 105 e 112; 65 *BVerwGE* S 73 (75) richiamate in N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 35, ove è stato affermato, a più riprese, che le decisioni di espulsione o di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno allo straniero condannato penalmente devono sempre rispondere al principio di proporzionalità ed, in particolare, devono tener conto dei profili concreti della vicenda tanto rispetto alla gravità del reato commesso quanto alla afflittività delle conseguenze che potrebbero discendere dall'allontanamento.

²¹⁹ Cit. *supra* par. 2, p.73, nt. 185. In entrambe le vicende, che interessavano dei procedimenti penali per frodi di piccola entità, la Corte ha ritenuto contrari al principio di proporzionalità il ricorso al prelievo del liquido celebrale ed alla pneumoencefalografia per accertare la capacità di intendere e di volere degli imputati, trattandosi di tecniche la cui lesività non poteva giustificarsi a fronte della contenuta gravità dei fatti contestati. Sui due casi, cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 48 e D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 35.

²²⁰ La legge sulla sicurezza dell'aria approvata nel 2005 sulla scia degli attentati dell'11 settembre 2001: una disciplina che permetteva, a determinate condizioni, l'abbattimento di aerei civili in caso di dirottamento finalizzato ad utilizzare il velivolo come un'arma.

risolto applicando la filosofia della proporzionalità in senso stretto all'essenza della dignità umana (*Menschenwürde*)²²¹.

In termini generali e prima di passare all'analisi del recepimento del principio nel diritto europeo, due notazioni ci sembra meritino di esser svolte relativamente a questo terzo stadio del *test* di proporzionalità che caratterizza - particolarmente, ma non solo²²² - l'esperienza tedesca: anzitutto, la sua affermazione ha introdotto nella asettica razionalità liberale²²³ dell'originario principio il germe di una visione personalistica (in termini giuridici-filosofici) dell'ordine costituzionale, ove l'individuo

²²¹ Su tal ultimo caso v. M. KLATT - M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 38 e S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 257 s. In tale decisione (BVerfG, sent. 15 febbraio 2005, BvR 357/05, in *BVerfGE* 118, p. 115 s.) la Corte Costituzionale Federale ha dichiarato l'illegittimità del par. 14 comma 3 della *LuftSiG* che prevedeva la possibilità di abbattere un velivolo civile dirottato qualora, in base alla concreta situazione, si potesse ritenere che questo potesse venire utilizzato contro la vita di esseri umani e che una tale azione potesse costituire l'unico mezzo per scongiurare tale pericolo. La principale censura svolta dalla Corte a tale disciplina è incentrata sulla intollerabile compromissione del valore della dignità umana (la *Menschenwürde*, massimo *Rechtsgüt* previsto dall'art. 1 del *Grundgesetz*) che lo Stato realizzerebbe nell'abbattimento e nel sacrificio della vita dei passeggeri del velivolo dirottato: in tali casi, infatti, il pubblico potere, pur perseguendo uno scopo legittimo (la tutela della vita di altri uomini, potenziali vittime), intaccherebbe l'essenza della dignità umana facendo della vita dei passeggeri «un semplice oggetto dello Stato». Sulle teorie relative alla dignità dell'uomo nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, v. P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza*, cit., p. 2903.

²²² Volendo, ancora una volta, tentare un parallelo con le nostre regole di procedura penale, possono prendersi ad esempi della logica della proporzionalità in senso stretto i limiti edittali sanciti per l'applicazione di misure cautelari personali (art. 280 c.p.p.) e quelli per le intercettazioni di telecomunicazioni (art. 266 c.p.p.), norme che esprimono una generale rinuncia dell'ordinamento ad incidere sui diritti alla libertà personale e alla segretezza delle comunicazioni in quei casi ove l'interesse pubblico alla persecuzione e repressione di reati non presenta un peso tale da giustificare il ricorso a misure così invasive (cfr. R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive*, cit., p. 561, nt. 23). Ancor più significativa ci appare la condizione di rilevanza apposta al pericolo di fuga dall'art. 274 comma 1, *lett. b*) c.p.p.: il limite della prognosi in concreto su un esito di condanna superiore a due anni (a prescindere, si noti, dalla sussistenza degli ulteriori requisiti per la sospensione condizionale della pena) è chiaramente espressivo di una logica simile a quella della proporzionalità in senso stretto. Anche in caso di condanna inferiore ai due anni, infatti, la gravità indiziaria o il pericolo di fuga potrebbero presentarsi, in concreto, intensissimi e, nondimeno, in tali ipotesi l'ordinamento preventivamente rinuncia (o meglio, abilita il giudice a rinunciare) ad una interferenza che potrebbe risultare poco tollerabile all'essenza del diritto «inviolabile» alla libertà personale.

²²³ Idoneità e necessarietà, in questi termini, sembrano far leva su una tutela solo "indiretta" dell'individuo e dei suoi diritti fondamentali, cercando di assicurare la razionalità dell'ordinamento e dell'esercizio dei poteri pubblici. La stessa necessarietà, che indica la scelta del mezzo meno afflittivo, in ultima istanza, non garantisce l'individuo dal rischio di un sacrificio eccessivo di un proprio bene della vita o di un diritto fondamentale. Anche attuata con il mezzo meno oneroso possibile, in concreto, infatti, la restrizione potrebbe comunque risultare eccessivamente onerosa o intollerabile per la persona. Volendo riprendere la metafora dei passeri... al passero potrebbe poco interessare che il suo diritto alla vita venga sacrificato con una doppietta, piuttosto che con una contraerea.

è modello e misura dell'ordinamento²²⁴; in secondo luogo, la proporzionalità in senso stretto lega l'operatività del principio alla dimensione giudiziale e, in particolare, al controllo giurisdizionale inteso come garanzia individuale, in termini ancor più forti che non l'originaria lettura idoneità-necessarietà.

3. Dalle radici ai rami: la proporzionalità europea.

*Legal transplant*²²⁵ e *spillover*²²⁶ sono, probabilmente, i termini che meglio si prestano a descrivere la complessa dinamica che ha portato all'espansione del principio di proporzionalità al di fuori dei confini della Repubblica Federale.

Fin dagli albori dell'esperienza comunitaria, le concettualizzazioni tedesche di cui si è discusso poc'anzi, infatti, hanno fornito un importante punto di riferimento per l'operato della Corte di Lussemburgo la quale, a sua volta, ha sviluppato sul tema un *case-law* così esteso da potersi affermare, oggi, che la proporzionalità permea l'intero diritto dell'Unione europea²²⁷.

La “presa in carico” del principio da parte della Corte di Giustizia ha, d'altro canto, prodotto due particolari fenomeni: da un lato, una

²²⁴ N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 42

²²⁵ Termine coniato negli anni '70 dal giurista scozzese A. WATSON (*Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974) per descrivere il fenomeno della diffusione e circolazione dei concetti giuridici da un sistema all'altro.

²²⁶ Termine che, nelle scienze economiche, indica il fenomeno (involontario) per cui un'attività economica volta a beneficiare un determinato settore o una determinata area territoriale produce effetti positivi anche oltre tali ambiti. Viene utilizzato anche in accezione negativa per descrivere il propagarsi degli squilibri da un mercato all'altro.

²²⁷ «It now permeates the whole of the Community legal system», secondo T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, p. 137 s.

“autonomizzazione” concettuale del principio rispetto alla matrice tedesca e, dall’altro, la sua “importazione” per ricaduta in altri ordinamenti, in una sorta di moto discendente dei concetti giuridici. Per il tramite del diritto comunitario e della sua supremazia, infatti, il principio di proporzionalità è gradualmente penetrato anche in quei sistemi giuridici nazionali, quali il Regno Unito, che risultavano storicamente ispirati a tradizioni molto diverse da quella tedesca circa la limitazione/controllo dei pubblici poteri²²⁸.

In questa parte del lavoro si tenterà di tratteggiare rapidamente alcuni caratteri essenziali della proporzionalità europea partendo dall’individuazione delle sue funzioni, della sua fonte e del suo rango; in seguito, quindi, si affronteranno i temi della sua effettiva configurazione nel diritto dell’Unione e della sua positivizzazione nella Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione.

²²⁸ Con riferimento al diritto amministrativo, ad es. cfr. A. SHARLAND, *The Role of Proportionality in JR*, in *Judicial Review*, 1997, p. 225 s.; P. CRAIG, *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, cit., p. 85 s. e G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, p. 454. Oltremanica, per vero, il “canale di accesso” della proporzionalità si presenta duplice: oltre all’ “effetto di trascinamento” generato dal diritto comunitario, un importante e più generalizzato impulso all’applicazione del principio in luogo del tradizionale *Wednesbury test* è stato dato dal recepimento della Convenzione europea dei diritti dell’Uomo con lo *Human Rights Act* del 1998, il quale vincola i giudici di *common law* a tenere presente nelle proprie decisioni non solo i diritti astrattamente sanciti dalla Convenzione di Roma ma anche la concretizzazione loro offerta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Rispetto alle ricadute della proporzionalità europea sul sistema italiano v. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 223 s.

3.1 “Dimensioni” e funzioni della proporzionalità nel diritto dell’Unione europea.

Nell’attuale assetto del diritto dell’Unione europea, il principio di proporzionalità presenta tre distinte dimensioni: due tra queste sono riconducibili alla funzione di controllo da parte della Corte di giustizia, mentre la terza - emersa con il Trattato di Maastricht - attiene l’assetto istituzionale dell’Unione e l’applicazione del principio di sussidiarietà nell’esercizio delle competenze concorrenti da parte dell’Unione europea²²⁹.

Tralasciando quest’ultima, più funzionale alla protezione degli interessi degli Stati membri dal rischio di espansione delle competenze dell’Unione²³⁰ che a garantire l’individuo, di seguito ci si concentrerà sulle due dimensioni di controllo del principio.

Alla stregua di esse, la proporzionalità può costituire specifico profilo di controllo giurisdizionale tanto delle azioni (legislative, amministrative o di tipo sanzionatorio²³¹) che le istituzioni dell’Unione intraprendono nell’esercizio delle proprie competenze, quanto delle misure (legislative, amministrative e giudiziarie) che gli Stati membri

²²⁹ Tale funzione è espressamente prevista nell’art. 5 parr. 1 e 4 del TUE (ex art. 5 par 3 del TCE) e dal Protocollo n. 2 (adottato originariamente nel 1997 come allegato del Trattato di Amsterdam e completamente novellato dal Trattato di Lisbona). La proporzionalità come “misura interna” della sussidiarietà rappresenta un criterio di competenza ed è stato originariamente introdotto nell’art. 3b del TCE dall’art. G5 del Trattato di Maastricht. Sul tema v. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 141; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 76 e, più diffusamente, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 175 s.

²³⁰ «[...] included in the Treaty primarily with a view to protecting the interests of Member States rather than the interests of the individual», T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 138

²³¹ Queste ultime da intendersi in senso ampio: dall’incameramento di depositi cauzionali connessi alle licenze all’esportazione alle vere e proprie sanzioni amministrative per la violazione della disciplina della concorrenza.

adottano quando implementano il diritto dell'Unione²³² ovvero quando si avvalgono di una delle deroghe alle libertà fondamentali previste dai Trattati²³³.

In entrambe le ipotesi, il *test* di proporzionalità si inserisce in una dinamica che vede il potere pubblico (esercitato a livello dell'Unione o degli Stati membri) collidere e comprimere gli interessi ed i diritti dell'individuo. Dinamica classica di applicazione del principio, all'interno della quale l'originario «riduzionismo economico»²³⁴ della Comunità e dei suoi obiettivi non ha impedito a diritti diversi da quelli meramente economici di venire in rilievo. Nel diritto comunitario, infatti, la graduale “scoperta” del principio di proporzionalità si è spesso accompagnata alla necessità di tutelare i diritti fondamentali²³⁵.

²³² La cd. “agency situation” o “Wachauf situation”, dal caso *Wachauf* (CGCE, sent. 13 luglio 1989, C-5/88). Sul punto v. J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003, p. 200.

²³³ La cd. “ERT situation”, dal caso *ERT* (CGCE, sent. 18 giugno 1991, C-260/89). Su tale tipo di situazione e sulla *ratio* del relativo controllo v. J. H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 202. Si tenga presente che, quando uno Stato Membro attua una misura derogatoria rispetto ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato, esso restringe la sfera giuridica dell'individuo che di quella libertà sarebbe titolare.

²³⁴ Parla, criticamente, di «riduzionismo economico» riferendosi al “passato funzionalista” delle Comunità, S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 1999, p. 70.

²³⁵ Secondo T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 194: «*In fact, this public law element of proportionality has become much more prevalent in recent years as the ECJ has intensified judicial review of national measures on grounds of compatibility with human rights. The Court appears to engage in what can be termed collateral review on grounds of proportionality. It assesses the proportionality of a national measure not vis à vis its adverse impact on the primary Community interest (i.e. free movement), which is what brings the measure within the scope of Community law in first instance, but on an incidental Community objective (i.e. human rights) with which the measure must conform. Thus, in some ways, free movement has been transformed to the gateway for the Court to assert its human rights jurisdiction [...]*»

3.2 Fonte giuridica e natura di principio generale.

Il principio di proporzionalità ha fatto presto apparizione sulla scena del diritto comunitario.

Il primo, per quanto non particolarmente strutturato, riferimento ad esso è, difatti, rinvenibile già nella sentenza *Fédération Charbonnière* del 1956²³⁶, una delle prime pronunce della Corte di Giustizia rese nell'ambito del Trattato CECA²³⁷. Nella motivazione di tale pronuncia la proporzionalità viene evocata come una «norma giuridica generalmente ammessa», secondo la quale ogni reazione dovrebbe sempre «risultare commisurata all'importanza dell'atto illecito»²³⁸. Un *obiter dictum* dogmaticamente scarno ma storicamente significativo, sol che si consideri di quanto la sua enunciazione preceda cronologicamente le elaborazioni dei giudici di Lussemburgo sulla natura peculiare del nuovo sistema giuridico fondato dai Trattati²³⁹.

Sei anni dopo, nel 1962, la Corte tornò nuovamente sul concetto, definendolo in termini molto più precisi di quelli embrionali adottati nel 1956 e, soprattutto, tentò una prima individuazione della sua fonte giuridica a livello comunitario: secondo la Corte in *Mannesmann*²⁴⁰, la proporzionalità doveva intendersi come un vincolo per l'Alta Autorità a

²³⁶ CGCE, sent. 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*

²³⁷ La Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio rappresentò il primo nucleo dell'edificio comunitario. Il Trattato CECA entrato in vigore il 25 luglio 1952 si è estinto, formalmente, il 23 luglio 2002.

²³⁸ La versione in lingua inglese del relativo passaggio della decisione ci sembra più significativa: «[...] in accordance with a generally accepted rule of law, such an indirect reaction by the High Authority to illegal action on the part of undertakings must be in proportion to the scale of the action».

²³⁹ Il principio del primato del diritto comunitario e le riflessioni sull'ordinamento giuridico di nuovo conio istituito dai Trattati erano ancora distanti nel tempo: i casi *Van Gend & Loos* e *Costa c. Enel* arriveranno, infatti, solo sette anni dopo.

²⁴⁰ CGCE, sent. 13 luglio 1962, C-19/61, *S.A. Mannesmann c. Alta Autorità*

perseguire i propri scopi in modo ottimale e con il minimo sacrificio possibile per le imprese partecipanti, in osservanza di una «esigenza di giustizia» immanente all'ordine istituito dai Trattati.

Nel richiamo di tale ultima nozione, alcuni Autori²⁴¹ hanno intravisto un riferimento della Corte al meta-principio dello stato di diritto (*Rule of law*²⁴²), un concetto che già nell'ordinamento tedesco aveva fornito un solido fondamento teorico al principio di proporzionalità²⁴³. Una tale lettura della sentenza *Mannesmann* appare, per vero, forzata: senz'altro corretta, però, è l'affermazione che gli si accompagna, secondo la quale, da quel punto in poi, le questioni relative alla fonte ed alla portata della proporzionalità comunitaria iniziarono a porsi in termini sempre più sentiti. Ciò anche a causa della maggiore “sistematizzazione” che andavano esigendo le impegnative affermazioni dei giudici lussemburghesi sul primato del diritto comunitario e sui suoi rapporti con gli ordinamenti nazionali.

A tali esigenze di sistema risponderà, nel 1970, la sentenza *Internationale Handelgesellschaft*²⁴⁴, decisione nota per le sue statuizioni generali sul rispetto dei diritti fondamentali e sulla supremazia del diritto comunitario, ma la cui “sostanza” gravita, pressoché integralmente,

²⁴¹ Ritiene, che già in *Mannesmann* la Corte derivi il principio di proporzionalità dal meta-principio dello Stato di diritto (*Rule of Law*), D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 75; sulla riconducibilità, anche nell'ordinamento comunitario, del principio di proporzionalità al *rule of law*, in generale v. H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, 1972, p. 512, richiamato da N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 138.

²⁴² Sul principio dello Stato di diritto quale principio immanente l'ordinamento comunitario v. CGCE, sent. 23 aprile 1986, C-294/83, *Les Verts*; per la dottrina: T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 480 s. e M. MAGRASSI, *Il principio comunitario di rule of law e l'evoluzione dei rimedi giurisdizionali: il contesto della Carta*, in R. TONIATTI (Cur.), *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Cedam, 2002, p. 30 s.

²⁴³ V. *retro*, par. 2, p. 65

²⁴⁴ CGCE, sent. 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelgesellschaft*, già citata *retro* Cap. I, par. 1, p. 17, nt. 31

intorno al problema della proporzionalità ed, in particolare, all'individuazione della sua fonte e del suo rango²⁴⁵.

Più precisamente, *Internationale Handelgesellschaft* “salda” insieme diritti fondamentali e principio di proporzionalità²⁴⁶ come categorie propriamente costituzionali del diritto comunitario e quali strumenti di legittimazione della sua autonomia e preminenza sui diritti nazionali. In tale caso, infatti, il problema postosi alla Corte di giustizia era essenzialmente quello di fornire alla proporzionalità comunitaria una piena e chiara legittimazione nell'ambito del diritto dei Trattati, per far fronte ai dubbi di un giudice tedesco sulla compatibilità di un regolamento con la ben più solida nozione nazionale del principio. La giustificazione latamente “politica” della preminenza del diritto comunitario su una norma costituzionale - che è la più nota e generale statuizione della sentenza - in questa prospettiva non poteva che poggiare sulla preliminare individuazione, al livello sovranazionale, di un principio analogo, per rango e precettività, a quello opposto dal giudice nazionale²⁴⁷.

A tal fine, ai giudici ed all'avvocato generale Dutheillet De Lamothe, due apparvero le opzioni percorribili: da un lato, la limitata e

²⁴⁵ «Dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio si desume che [...] la preminenza del diritto sopranazionale verrebbe meno dinanzi ai principi della legge fondamentale [...] più precisamente [...] i principi di libertà d'azione e di disposizione, di libertà economica e di proporzionalità sanciti, fra l'altro, dagli articoli 2,1° comma, e 14 della legge fondamentale.» Cfr. punti 2 e 3 della motivazione in diritto della sentenza. Una tale impostazione del problema (che, dalla prospettiva del giudice remittente, sembra anticipare la cd. “dottrina *Solange*”) richiedeva alla Corte di individuare una solida base giuridica ed un forte grado di precettività per la proporzionalità comunitaria, al fine di inibire al giudice nazionale di opporre la propria garanzia costituzionale alla primazia del diritto comunitario.

²⁴⁶ Come osserva N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 136 la Corte, in *Internationale Handelsgesellschaft*, «*treated proportionality as constituting a fundamental right in the sense that the individual should not have his freedom of action limited beyond the degree necessary in the general interest*»,

²⁴⁷ Cfr. punto 4 della motivazione in diritto.

limitante previsione dell'art. 40 TCE²⁴⁸ e, dall'altro, il riconoscimento della proporzionalità come un principio generale del diritto comunitario, categoria dogmatica - allora ancora in costruzione - che esprime il massimo livello normativo dell'ordinamento comunitario, in certa misura, sovraordinato agli stessi Trattati²⁴⁹. Seppur in termini non proprio adamantini²⁵⁰, sarà la seconda opzione a prevalere: la proporzionalità come principio generale del diritto comunitario, fornito di rango costituzionale e di applicazione generalizzata.

3.3 *Struttura bifasica o trifasica della proporzionalità europea?*

Altro tema discusso è quello della effettiva configurazione della proporzionalità europea: secondo alcuni Autori, infatti, il recepimento e la autonoma individuazione del principio nel diritto comunitario ne avrebbe comportato una rimodulazione strutturale rispetto alla “versione

²⁴⁸ Oggi art. 40 par. 2 TFUE. Tale soluzione che sarebbe risultata limitata e limitante, in quanto la portata della disposizione in questione è riferita al solo ambito materiale della politica agricola comune; in più, si noti, che la proporzionalità ivi contemplata sembra ristretta ai soli profili della idoneità-necessarietà. Sul punto cfr. S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., p. 34

²⁴⁹ Sulla funzione ed il rango principi generali del diritto comunitario (oggi dell'Unione) v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 29 s. Peculiare di tali fonti del diritto, oltre al rango ed alla funzione di interpretazione ed integrazione delle stesse norme del Trattato, sarebbe la loro derivazione dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri per il tramite di un metodo di tipo comparatistico-sintetico. Osserva, criticamente, come il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, spesso, risulti una mera “clausola di stile” e che «[l]a Corte non distilla principi comuni, non cerca il minimo comune denominatore, ma si accontenta di una qualche convergenza fra Costituzioni (o tradizioni costituzionali) degli Stati membri.», L. S. ROSSI, “*Costituzionalizzazione*” dell'UE e dei diritti fondamentali, in L. S. ROSSI (Cur.), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2002, p. 270. Rispetto al principio di proporzionalità, tale critica, potrebbe rivelarsi, effettivamente, fondata.

²⁵⁰ Cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 136. Sul tema della individuazione della fonte del principio di proporzionalità nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* v. anche D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 74 e G.F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1989, p. 6.

tedesca” a tre gradini. In particolare, è stata da più parti messa in discussione l’esistenza, nella proporzionalità europea, di quel terzo gradino che tanto caratterizza la “fase matura” del principio nella giurisprudenza della Repubblica Federale: la proporzionalità in senso stretto²⁵¹.

Il punto non è di poco conto, posto che l’elemento della proporzionalità in senso stretto, come visto poc’anzi²⁵², muta di molto la natura del *test*. Nondimeno, pur riconoscendo che l’intensità dello scrutinio operato dalla Corte di Giustizia tenda sensibilmente a variare a seconda della tipologia di misura sottoposta a controllo²⁵³ e della significatività della situazione soggettiva incisa, non sembra che l’elemento della proporzionalità in senso stretto difetti alla versione europea del principio.

Già nella citata sentenza *Internationale Handelgesellschaft*, infatti, la Corte aveva svolto apertamente valutazioni di proporzionalità in senso stretto²⁵⁴, ma, a partire dagli anni ’70, molteplici²⁵⁵ risultano esser gli

²⁵¹ In tal senso, v. W. VAN GERWEN, *The effect of proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, cit., p. 37 e S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., p. 38. Più in generale, sul tema, v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012 p. 591.

²⁵² V. *retro* par. 2.3, p. 75.

²⁵³ È dato condiviso in dottrina che la Corte di Giustizia utilizzi “due pesi e due misure” nell’applicazione del principio di proporzionalità, manifestando, da un lato, una maggiore *deference* ed un controllo più blando a fronte di misure - soprattutto legislative - adottate dagli organi dell’Unione e, dall’altro, ricorrendo a livelli di scrutinio decisamente più incisivi nella *judicial review* di misure nazionali. In particolare, con riferimento alle misure legislative caratterizzate da una ampia discrezionalità regolatoria o che richiedono complesse valutazioni di politica economica da parte delle istituzioni comunitarie, la Corte ha più volte fatto uso del cosiddetto *Fedesa-test* (CGCE, sent.13 novembre 1990, C-331/88), un livello di scrutinio limitato alla sola «manifesta inappropriatazza» della misura. Sul punto, cfr. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 177 s.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 85; L. S. ROSSI, “Costituzionalizzazione” dell’UE e dei diritti fondamentali, cit., p. 275; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 138; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit, p. 592.

²⁵⁴ Cfr. in particolare il punto 14 della motivazione in diritto, ove la Corte valuta separatamente dalla necessità il profilo della non “eccessività” dell’effettivo onere imposto con la cauzione.

²⁵⁵ Senza alcuna pretesa di completezza, v. i casi *Bela-Mühle* (CGCE, sent. 5 luglio 1977, C-114/76); *Buitoni* (CGCE, sent. 20 febbraio 1979, C-122/78); *Hauer* (CGCE, sent. 13 settembre 1979, C-44/79);

esempi di applicazione dell'ultimo stadio del *test* nel *case law* europeo, soprattutto in vicende che vedevano in gioco le libertà ed i diritti fondamentali²⁵⁶.

La formula “classica” utilizzata dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza *Hauer* del 1979, ad esempio, rappresenta una evidente declinazione del principio nella sua accezione più ampia ed inclusiva della proporzionalità in senso stretto; in essa, infatti, si legge che: «occorre altresì esaminare se le limitazioni imposte [...] siano realmente giustificate da obiettivi di interesse generale della Comunità e non costituiscano un intervento inaccettabile e sproporzionato rispetto ai fini perseguiti [...] tale da ledere addirittura la sostanza del diritto [...]»²⁵⁷.

Il riferimento alla inaccettabilità e sproporzione rispetto ai fini ed il limite del rispetto della «sostanza del diritto» richiamano le tipiche considerazioni di bilanciamento della *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* tedesca viste sopra²⁵⁸.

Piuttosto, è stato sottolineato come lo scrutinio sulla proporzionalità in senso stretto, pur non essendo estraneo alla struttura europea del principio, venga espletato dalla Corte solo a fronte di

Groener (CGCE, sent. 20 settembre 1988, C-302/86); *National Dried Fruit* (CGCE, sent. 11 febbraio 1988, C- 77/86); *Hoechst* (CGCE, sent. 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e C-227/88, caso “critico” di divergenza dello *standard* comunitario del diritto alla vita privata rispetto a quello CEDU); *Werner Faust* (CGCE, sent. 16 ottobre 1991, C-24/90); *Wünsche I* (CGCE, sent. 16 ottobre 1991, C-25/90); *BSE - cd .sindrome della “mucca pazza”* (CGCE, sent. 5 maggio 1998, C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*); “*Quote latte*” (CGCE, sent. 13 aprile 2000, C-292/97, *Kjell Karlsson et al.*).

²⁵⁶ Esempi significativi ne sono senz'altro i casi *Watson* (CGCE, sent. 7 luglio 1976, C-118/75, *Watson e Bellman*) in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini comunitari; *Hauer*, cit. alla nota precedente; *Wachauf*, cit. *retro* p. 87, nt. 232. Più di recente v.: CGCE, 22 ottobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères S.A.*; CGCE, sent. 3 settembre 2008, procedimenti riuniti C- 402/05 e C 415/05, *Kadi ed Al Barakaat Int'l Found c. Consiglio*.

²⁵⁷ Cfr. la sentenza *Hauer* (cit. *supra* alla nota 79) al punto 23 della motivazione in diritto. Si tratta di una formula ormai tralatizia che, come vedremo a breve, ha fornito il “calco” per la ricostruzione della proporzionalità come “limite dei limiti” nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione.

²⁵⁸ V. *retro* par. 2.3, p. 80 s.

specifiche allegazioni delle parti²⁵⁹: circostanza che, pur evidenziando un atteggiamento di *self-restraint* giurisdizionale, sembra, in linea di massima, coerente con la natura fortemente concreta e “fattuale” dell’oggetto specifico della verifica di proporzionalità in senso stretto.

In conclusione, ci sembra che possa affermarsi che la proporzionalità in senso stretto è un elemento contemplato della versione comunitaria del principio e che quest’ultimo, quindi, al pari della matrice tedesca, si presenta tripartito²⁶⁰.

4. La proporzionalità nella Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea.

La proporzionalità come principio generale del diritto comunitario ha, nel tempo, trovato collocazione positiva ed espressa nel diritto primario dell’Unione: la sua dimensione istituzionale, come visto sopra, è stata espressamente introdotta nella lettera dei Trattati fin dai tempi di Maastricht²⁶¹.

Ma non solo. In tempi più recenti, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea ha, infatti, codificato il principio di proporzionalità in due norme particolarmente rilevanti (seppur in diversa

²⁵⁹ In tal senso v. T. VON DANWITZ, *Thoughts on Proportionality and Coherence in The Jurisprudence of the Court of Justice*, in P. CARDONNEL - A. ROSAS -N. WAHL (Eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, 2012, Hart Publishing, p. 373. Sottolinea la stessa circostanza anche P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 592: «[...] although the Union courts do not always make reference to this aspect of the proportionality inquiry, they will generally do so when the applicant presents arguments directed specifically to it».

²⁶⁰ Concludono in tal senso: N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality*, cit., p. 192; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 85; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 139; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 612;

²⁶¹ V. *retro* par. 3.1, p. 86, nt. 229

misura) per il nostro tema: due previsioni che, oggi²⁶², alla luce del rango e del ruolo assunto dalla Carta meritano di essere osservate più da vicino.

4.1 segue: L'art. 49 par. 3 CDFUE e la proporzionalità delle pene.

La prima tra le due disposizioni, l'art. 49 par. 3 CDFUE, sancisce il principio di proporzionalità delle pene²⁶³, ponendo un vincolo al legislatore europeo ed ai legislatori e giudici degli Stati membri nel determinare, i primi in astratto ed i secondi in concreto, la misura della punizione dei reati²⁶⁴. Secondo le Spiegazioni del *Praesidium*²⁶⁵, la disposizione sarebbe meramente riproduttiva di un principio generale

²⁶² «The rules on limitation of rights in the EU Charter of Fundamental Rights will likely become increasingly relevant as the Charter gains a larger role as source for the human rights forming part of the general principles of Community Law and even greater role if the Charter becomes legally binding», così S. PEERS, *Taking Rights Away? Limitations and Derogations*, in S. PEERS - A. WARD (Eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 141. Sullo «stato dell'arte», v. la *Relazione 2012 sull'applicazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea* presentata l'8 maggio 2013 dalla Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale ed al Comitato delle Regioni: COM (2013) 271 def. Tale documento registra un crescente utilizzo della Carta da parte delle giurisdizioni nazionali e riporta, tra le altre, una interessante decisione del *Verfassungsgerichtshof Österreich* (Corte Costituzionale austriaca) che ha espressamente riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali funzione di parametro nel giudizio di costituzionalità interno (VFGH, sent. 14 marzo 2012, in cause riunite U-466/11 e U-1836/11).

²⁶³ Secondo il quale: «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

²⁶⁴ Secondo A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 298: «Proportionality, seen in relation to the gravity of the infringement, contains two elements. The first is related to the legislation. When criminalising and adopting the maximum or minimum penalties provided for the crime, the legislation of the Member States must take the requirement into consideration. The second element relates to the actual imposition of the penalty by the national court. When imposing sentence, the national court must again impose a penalty that is proportional to the offence actually committed.». L'Autore, nel brano da ultimo riportato, sembra considerare, sul piano legislativo, il solo vincolo per il legislatore nazionale, ma è indubbio che l'art. 49 par. 3 si imponga anche al legislatore europeo nell'esercizio delle competenze previste dall'art. 83 parr. 1 e 2 del TFUE per l'adozione di norme minime relative alle sanzioni penali.

²⁶⁵ Allegate alla Carta come non vincolante «strumento di interpretazione» e destinate a chiarirne le disposizioni. Le Spiegazioni sono state emendate nel 2007 per adeguarne il contenuto alle modifiche di Lisbona.

sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Rispetto a quest'ultima, se si considera il diritto comunitario latamente punitivo, la disposizione della Carta, in effetti, rievoca la primissima affermazione del principio di proporzionalità nella già citata sentenza *Fédération Charbonnière*²⁶⁶, le non poche decisioni sul diritto della concorrenza²⁶⁷ ed, in particolare, l'elaborazione e gli sviluppi della cd. "*Greek maize formula*"²⁶⁸, secondo la quale la proporzionalità della sanzione costituisce uno degli elementi, insieme all'effettività ed alla dissuasione-deterrenza, che gli Stati devono osservare nell'*enforcement* (anche penale) della disciplina europea²⁶⁹.

In linea generale, l'osservanza di tale principio esige che la relazione tra la gravità dell'infrazione e la severità della sanzione si risolva in termini che non possano dirsi sproporzionati o eccessivi²⁷⁰: un vincolo che, in assenza di parametri di commisurazione univocamente individuabili²⁷¹, si rivela, tutto sommato, blando ma che potrà assumere

²⁶⁶ V. *supra* par. 3.2, p. 78.

²⁶⁷ Cfr. sul punto A. KLIP, loc. ult. cit.

²⁶⁸ CGCE, sent. 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*.

²⁶⁹ Ed, in particolare, nell'assimilazione sul piano della tutela, degli interessi comunitari agli analoghi beni giuridici nazionali.

²⁷⁰ Un caso interessante in cui è stata ravvisata la sproporzione di una sanzione penale "atipica" (l'espulsione automatica corredata di divieto di reingresso *sine die* di un cittadino comunitario condannato per reati in materia di stupefacenti) è riportato da A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 294: CGCE, sent. 19 gennaio 1999, C- 348/96, *Calfa*. In questo caso, si noti, che la sproporzione derivava non tanto da una relazione squilibrata tra gravità del fatto e severità della sanzione ma dalla eccessiva compromissione di un elemento, per così dire, "estrinseco" al classico rapporto punitivo: la libertà fondamentale garantita dai Trattati ai cittadini europei di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, libertà la cui "compressione" deve venir calibrata su parametri propri e diversi.

²⁷¹ A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 297, ricava alcuni criteri di commisurazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalle previsioni contenute in alcuni strumenti adottati nella vigenza dell'*ex* "Terzo Pilastro" (la natura dell'infrazione, il ruolo dell'accusato e le sue circostanze soggettive quali la recidiva, l'eventuale collaborazione dello stesso nell'accertamento del reato o nella prevenzione di ulteriori atti criminosi). Nondimeno, lo stato dell'arte non permette ancora di individuare criteri univoci.

un peso non indifferente nel futuro sviluppo delle politiche penali europee.

In prospettiva, infatti, il «livello elevato di sicurezza» prescritto dall'art. 67 par. 2 TFUE andrà garantito, di volta in volta, dai legislatori e dai giudici nei limiti dell'art. 49 par. 3 CDFUE, il quale, in questi termini, «taglia fuori» usi simbolici od esemplari della sanzione penale.

Più nello specifico, se si ripensa alla tralatizia formula del *mais greco* come espressione della filosofia sanzionatoria europea²⁷² (sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive», anche laddove espresse con la tecnica del *minimum-maximum*), la promozione a principio fondamentale dell'elemento «di garanzia» del trittico potrebbe fornire un argomento sufficientemente solido per esigere un diverso bilanciamento con le esigenze di effettività e di dissuasione-deterrenza.

Sebbene sembri pensato per operare nelle situazioni di esercizio «diretto» del potere punitivo, il principio di proporzionalità delle pene, come vedremo, potrebbe in una certa misura rilevare anche nella dimensione «orizzontale» dei rapporti di cooperazione tra Stati Membri, come limite al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

²⁷² Una filosofia che, per vero, spesso ha guardato alla sanzione penale in chiave utilitaristica e strumentale, privilegiandone la funzione general-preventiva: nell'assetto effettività-dissuasione-proporzione, infatti, le prime due componenti veicolano istanze contrapposte alla terza e spingono per un tendenziale inasprimento delle conseguenze sanzionatorie. Astrattamente, infatti, una sanzione potrebbe rivelarsi tanto più dissuasiva-deterrente, e quindi efficace a prevenire l'aggressione dell'oggetto di tutela, quanto più risultasse sproporzionata. Sul rapporto tra effettività, deterrenza e «securitarizzazione» nel diritto penale europeo, v. K. TUORI, *Ultima Ratio as a Constitutional Principle*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 3/2013, p. 18 s.

4.2 segue: *il limite dei limiti. L'art. 52 par. 1 CDFUE come norma chiave e la coerente tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea.*

La seconda - e più generale - disposizione della Carta rilevante ai fini del nostro discorso è l'art. 52 par. 1 che sancisce il cd. "limite dei limiti".

La norma, inserita tra le "disposizioni orizzontali" («*horizontal provisions*»²⁷³) della Carta, oltre a presentarsi contenutisticamente molto ricca²⁷⁴, rappresenta il più significativo "punto di emersione"²⁷⁵ del principio di proporzionalità nel diritto positivo dell'Unione.

Secondo la disposizione in discorso, infatti, le limitazioni ai diritti ed alle libertà riconosciute dalla Carta devono: *a)* essere previste dalla legge; *b)* rispettare il contenuto essenziale di tali diritti e libertà; *c)* risultare conformi al principio di proporzionalità. Con specifico riferimento a tale ultimo elemento la norma, inoltre, precisa che le limitazioni possono essere apportate «solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Si tratta, in buona sostanza, del recepimento del principio di proporzionalità per come elaborato dalla Corte di Giustizia a partire dalla

²⁷³ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 362; gli artt. 51-54 CDFUE costituiscono un *corpus* di norme orizzontale che regola l'ambito di applicazione della Carta, le sue modalità di interpretazione, la sua relazione con gli altri strumenti e con le costituzioni degli Stati membri e, appunto, le modalità di limitazione dei diritti e delle libertà in essa previsti.

²⁷⁴ Ritiene la formulazione della norma «ridondante» P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione Europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (Cur.), *Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 129.

²⁷⁵ Secondo T. VON DANWITZ, *Thoughts on Proportionality and Coherence*, cit., p. 369«[...] the specific task of proportionality as a limitation for justified restriction of fundamental rights has been given a highly symbolic significance in Article 52 (1) of the Charter of Fundamental Rights».

pronuncia *Hauer*²⁷⁶, in termini che sgomberano il campo rispetto ai dubbi, sopra accennati, sulla sua compiuta configurazione nel diritto europeo.

Il riferimento al rispetto dell'essenza dei diritti e delle libertà costituisce, infatti, un tratto caratteristico del bilanciamento sotteso alla proporzionalità in senso stretto: l'«essenza», come nucleo di valore non ulteriormente comprimibile di un diritto o di una libertà, segna, infatti, il limite oltre il quale l'esercizio del potere diviene intollerabile, nel senso visto sopra con riguardo alle elaborazioni tedesche²⁷⁷.

Intaccata l'essenza, non vi è più proporzione e la realizzazione dell'interesse generale contrapposto deve arrestarsi e recedere.

Significativo, ci sembra, inoltre il richiamo fatto dalla norma all'effettiva rispondenza delle limitazioni rispetto alle finalità di interesse generale che le dovrebbero giustificare: se la rispondenza è, in termini generali, concetto riportabile al già visto scrutinio sull'idoneità della misura restrittiva²⁷⁸, allora, l'inserimento del requisito di effettività potrebbe comportare una maggior incisività del controllo su tale elemento, al primo gradino del *test* di proporzionalità; in altri termini, se la rispondenza del mezzo rispetto al perseguimento dell'obiettivo deve essere effettiva, la prognosi di idoneità «europea» dovrebbe abbandonare

²⁷⁶ Su cui v. *retro* par. 3.3, p. 92, nt. 254. In tal senso T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 362. Le Spiegazioni del *Praesidium* riferiscono espressamente che la formulazione dell'art. 52 par. 1 CDFUE si ispira alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e richiamano quale «calco» della norma la sentenza *Kjell Karlsson* (cit. *retro* par. 3.3, p. 93, nt. 255), pronuncia che è a sua volta riprodotiva della *formula Hauer*. Ritiene, al contrario, che «*the framing of the article, coupled with the shift in the language from impairing the substance of the right to respecting its essence, gives the limitation clause a different feel from the test currently used by the ECJ*», P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit., p. 611.

²⁷⁷ La «*Wesensgehalt*» dei diritti fondamentali fatta propria dal *Grundgesetz*, come si è visto *retro* par. 2.3, p. 73, ha fornito un importante appiglio concettuale per l'affermazione della *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*. Ritiene che l'art. 52 sia principalmente riconducibile al modello tedesco di proporzionalità: A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Cedam, 2004, p. 113

²⁷⁸ V. *supra* par. 2.1, p. 65 s.

la classica base astratta e parziale della *Geeignetheit* tedesca per accedere al piano della concretezza e della realizzazione piena degli obiettivi (una misura solo parzialmente idonea, pertanto, non supererebbe la verifica).

Ai fini del nostro discorso, la portata generale della disposizione, inoltre, meriterebbe di essere considerata con grande attenzione nella prospettiva costituzionale della Carta.

Per lungo tempo, la previsione del primo paragrafo dell'art. 52 è stata sottostimata, in quanto ritenuta di applicazione residuale rispetto ai due successivi e dibattuti paragrafi²⁷⁹, e ciò nonostante il dato testuale e sistematico facesse chiaramente emergere la valenza generale del "limite dei limiti": l'*incipit* delle versioni in lingua inglese, francese, tedesca e spagnola del testo della disposizione, infatti, disegnando l'ambito di applicazione della norma, qualifica le limitazioni che in esso ricadono nei termini onnicomprensivi ed indefiniti di «any», «toute», «jede», «cualquier» (ben più pregnanti dell'italiano «eventuali»).

Il dato sistematico, peraltro, ci sembra oggi ancor più significativo: la portata generale ed onnicomprensiva del primo paragrafo dell'art. 52 CDFUE, infatti, si sovrappone e specifica il significato delle «condizioni» e dei «limiti» definiti dai Trattati, che vengono richiamati dal successivo paragrafo per quei diritti che in essi troverebbero fondamento. Conclusioni diverse potevano, forse, sostenersi, ipotizzando regimi di limitazione distintamente applicabili, fintanto che lo *status* Carta fosse rimasto giuridicamente incerto: oggi,

²⁷⁹ L'art. 52 par. 2 recita: «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.». L'art. 52 par. 3, invece: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

per contro, con l'attribuzione alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, la ritenuta incongruenza tra due norme di rango primario (il primo paragrafo dell'art. 52 e le eventuali specifiche disposizioni di deroga o limitazione contenute nel TUE o nel TFUE richiamate dal secondo paragrafo dell'art. 52), dovrebbe risolversi in termini di coordinamento logico e di specificazione: i «limiti» e le «condizioni» previste dai Trattati andrebbero, pertanto, lette ed implementate nel diritto derivato e, più in generale, nelle azioni dell'Unione alla luce dei contenuti del "limite dei limiti" della Carta: legalità, rispetto in ogni caso dell'essenza del diritto, proporzionalità²⁸⁰.

Del resto, la "balcanizzazione" dei criteri di limitazione dei diritti fondamentali, all'interno del diritto dell'Unione, sicuramente espressiva di un raffinato esercizio esegetico, potrebbe in ultima istanza rivelarsi contraria al principio di coerenza orizzontale previsto dall'art. 7 del TFUE.

Quanto alla sovrapposizione con i diritti richiamati nel terzo paragrafo dell'art. 52 - ovvero, quei diritti contenuti nella Carta che risultano «corrispondenti» a quelli garantiti dalla CEDU - sempre ragionando in termini sistematici, l'applicazione ad essa del "limite dei limiti" non ci sembra seriamente problematica: posto che la protezione garantita da Strasburgo costituisce *per tabulas* il minimo inderogabile

²⁸⁰ Si pensi, ad esempio, alla libertà di circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione sancita dall'art. 45 CDFUE in termini apparentemente incondizionati e prevista nei Trattati come assoggettabile a limitazioni (art. 45 par. 3 TFUE) per ragioni di «ordine pubblico», «pubblica sicurezza» o «sanità pubblica»: il coordinamento per specificazione tra le due norme, alla luce del "limite dei limiti", impone che ogni azione volta ad implementare quelle specifiche ipotesi di deroga debba comunque risultare conforme a legalità, rispetto dell'essenza del diritto e proporzionalità. Apparirebbe, del resto, veramente poco razionale ammettere il contrario e, cioè, che il diritto alla libera circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione possa venire limitato sulla scorta del Trattato in via di fatto, violando la sua essenza ed in modo assolutamente sproporzionato, come, ad esempio, accadrebbe nel caso di adozione di un provvedimento di espulsione per asseriti motivi di «pubblica sicurezza» che disponesse un divieto di reingresso *sine die* non previsto da alcuna norma interna e che si fondasse sulla condanna per una contravvenzione di polizia.

(art. 53 CDFUE²⁸¹), l'applicazione dei contenuti dell'art. 52 primo paragrafo CDFUE ad un diritto «corrispondente» ad un diritto CEDU non potrebbe che situarsi ad un livello di compressione inferiore di quello ammesso dalla Carta di Roma, determinando nell'ambito dell'Unione un più esteso grado di protezione dell'essenza del diritto²⁸².

Circostanza, quest'ultima, che, oltre a risultare pienamente ammissibile²⁸³, potrebbe rivelarsi quanto mai opportuna e coerente con il diverso grado di omogeneità culturale dell'Unione rispetto alla “Grande Europa” di Strasburgo ed ai suoi “margin di apprezzamento”²⁸⁴.

5. La proporzionalità ed i diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (cenni).

La proporzionalità, ad ogni modo, è concetto noto anche al sistema CEDU, ove il principio viene inteso nella duplice accezione di

²⁸¹ L'art. 53 della Carta, rubricato «Livello di protezione», prevede: « Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

²⁸² Cfr. L. S. ROSSI, “Costituzionalizzazione” dell'UE e dei diritti fondamentali, cit., p. 277; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 365.

²⁸³ Un livello di protezione più esteso dei diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU è apertamente ammesso dallo stesso art. 52 par. 3.

²⁸⁴ Il “margine di apprezzamento” è un concetto proprio del sistema CEDU che discende dalla natura internazionalistica e «rappresenta la forma più appariscente del carattere sussidiario della Convenzione rispetto alle scelte operate a livello nazionale», (così M. DE SALVIA, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'Uomo: subordinazione, sussidiarietà?*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1994, p. 32). La dottrina del “margine di apprezzamento”, in particolare, si lega in termini tematicamente molto forti alle modalità di applicazione, in quella giurisdizione, del principio di proporzionalità. S. PEERS, *Taking Rights Away?*, cit., p. 168: «*The principle [of the margin of appreciation] was designed for application by an international court where there are many different approaches to the regulation of matters such as morality and diverse legal and cultural traditions. But the Charter is essentially designed for application to the EU, a single jurisdiction, so this inherently comparative principle has no place*».

“rovescio” della dottrina del margine di apprezzamento²⁸⁵ e di fondamentale strumento di governo dei diritti e delle libertà previste dalla Carta di Roma e dai suoi Protocolli.

Esso, in quanto tale, non trova nella Convenzione un esplicito riferimento testuale²⁸⁶ ed, al pari del margine di apprezzamento, la sua origine ed elaborazione risulta interamente giurisprudenziale, a partire dai casi *Belgian Linguistic* del 1968²⁸⁷ e *Golder* del 1975²⁸⁸.

Il “terreno di elezione” della proporzionalità nella versione di Strasburgo è quello dei cd. “*qualified rights*” previsti dagli artt. 8-11²⁸⁹, ma la sua operatività è stata, via via, estesa dalla Corte all’intero

²⁸⁵ «*Is possible to consider the application of the proportionality principle as the other side of the margin of appreciation. The more intense the standard of proportionality becomes, the narrower the margin allowed to national authorities.*», così Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002, p. 14. In termini generali v. anche: M. DE SALVIA, *La nozione di proporzionalità nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1978, p. 463 s.; M. EISSEN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, 1989, p. 31 s. Più di recente: A. LEGG, *The Margin of Appreciation*, cit.

²⁸⁶ Anche se, ad onor del vero, il riferimento al concetto di necessità quale presupposto e limite alla restrizione dei diritti e libertà ricorre in diverse previsioni della CEDU: art. 2 par. 2 (diritto alla vita); art. 5 par. 1, *lett. c*) (diritto alla libertà e sicurezza); art. 6 par. 1, ultimo periodo (diritto ad un processo equo); art. 8 par. 2 (diritto alla vita privata e familiare); art. 9 par. 2 (libertà di pensiero, coscienza e religione); art. 10 (libertà di espressione); art. 11 par. 2 (libertà di riunione ed associazione).

²⁸⁷ CtEDU, sent. 23 luglio 1968, ricc. n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

²⁸⁸ *Golder c. Regno Unito*: CtEDU, sent. 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70 relativo agli artt. 6 ed 8 CEDU ed, in particolare, all’esercizio della libertà di corrispondenza da parte di un detenuto.

²⁸⁹ Peculiare di tali diritti e libertà è l’essere comprimibili in virtù di una clausola generale che impone tre specifici requisiti di legittimità della misura limitativa: 1) l’essere prevista da una legge (quest’ultima da intendersi, secondo i canoni della giurisprudenza di Strasburgo, non in termini strettamente formali ma come una base legale conoscibile e sufficientemente chiara e precisa); 2) l’essere preordinata al perseguimento di alcune enumerate finalità (ad es. sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, benessere economico del paese, difesa dell’ordine e prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e delle libertà altrui); 3) il risultare necessità in una società democratica (concetto autonomo per la cui definizione v. CtEDU, sent. 25 marzo 1983, *Silver ed altri c. Regno Unito*, ricc. n. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75). Sul punto, in generale, v.: J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in E. ELLIS (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, cit., p. 24 e Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 61.

impianto della Convenzione e, persino, a quei diritti e divieti considerati assoluti ed inderogabili²⁹⁰.

Un caso particolarmente interessante nella prospettiva della nostra analisi e relativo proprio ad un diritto assoluto, è *Jalloh c. Germania*²⁹¹, ove la stessa definizione di «trattamenti inumani e degradanti» prevista dall'art. 3 CEDU risulta modellata sulla base di tipiche valutazioni di necessità e proporzionalità in senso stretto ed, in particolare, sul bilanciamento tra la concreta gravità del reato perseguito e la specifica intrusività del mezzo di indagine adottato dalla pubblica autorità²⁹².

Quanto alla struttura del principio, in generale, nella giurisprudenza CEDU la proporzionalità presenta una configurazione meno articolata²⁹³ e più sfuggente²⁹⁴ rispetto alle versioni tedesca e

²⁹⁰ V. ad es. il caso *Soering c. Regno Unito* (CtEDU, sent. 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88) e Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 193 s.

²⁹¹ CtEDU, sent. 11 luglio 2006, ric. n.54810/00, *Jalloh v. Germany*, per la cui analisi v. A. LEGG, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 208

²⁹² In termini che sembrano significativamente sovrapponibili ai casi “*Liquorentnahme*” e “*Pneumoencephalographie*” decisi dalla Corte Costituzionale tedesca (sui quali v. *retro* par. 2.3, p. 74). Nel caso *Jalloh*, la vicenda aveva ad oggetto la somministrazione forzosa da parte delle forze di polizia di un farmaco emetico ad un soggetto sospettato di aver occultato, ingurgitandola, della sostanza stupefacente. In particolare, il paragrafo 77 della decisione: «*As regards the extent to which the forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence, the Court notes that drug trafficking is a serious offence. It is acutely aware of the problem confronting Contracting States in their efforts to combat the harm caused to their societies through the supply of drugs (see, in particular, D. v. the United Kingdom, 2 May 1997, § 46, Reports 1997-III). However, in the present case it was clear before the impugned measure was ordered and implemented that the street dealer on whom it was imposed had been storing the drugs in his mouth and could not, therefore, have been offering drugs for sale on a large scale. This is reflected in the sentence (a six-month suspended prison sentence and probation), which is at the lower end of the range of possible sentences. The Court accepts that it was vital for the investigators to be able to determine the exact amount and quality of the drugs that were being offered for sale. However, it is not satisfied that the forcible administration of emetics was indispensable in the instant case to obtain the evidence. The prosecuting authorities could simply have waited for the drugs to pass through his system naturally. It is significant in this connection that many other member States of the Council of Europe use this method to investigate drugs offences*».

²⁹³ V. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 15.

²⁹⁴ Criticamente: J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, cit., p. 28. Secondo D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p. 770, il principio di proporzionalità applicato dai giudici di Strasburgo rappresenterebbe un *minus* rispetto al test applicato dalla giurisprudenza comunitaria.

comunitaria: pur ricorrendo, nella sostanza, tutte e tre le dimensioni “classiche” dell’idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto, infatti, la proporzionalità “modello Strasburgo” sembra mancare della tipica struttura tripartita e consequenziale del *test* il quale, in molti casi, sembra risolversi in un puro ed immediato esercizio di «equo» bilanciamento tra istanze di tutela dell’interesse generale e diritti fondamentali²⁹⁵.

In questo bilanciamento, la Corte ha in più occasioni richiamato il concetto di essenza del diritto («*very essence*»): anche in questo contesto, esso sembra individuare il centro di gravitazione della proporzionalità in senso stretto ed è stato utilizzato - in particolare rispetto alle garanzie procedurali previste della Convenzione - dai giudici come speciale contrafforte di garanzia per quei casi “difficili” nei quali l’interesse generale perseguito dalla pubblica autorità avverso l’individuo presentava una scala particolarmente elevata (quale, ad esempio, la tutela della sicurezza nazionale nel contrasto al terrorismo)²⁹⁶.

Alcuni elementi peculiari, occorre segnalare, si inseriscono nelle modalità con cui la Corte valuta i singoli elementi del *test* e ne influenzano gli esiti, determinando aspetti affatto “originali” della

²⁹⁵ V. ad esempio il par. 89 della decisione *Soering c. Regno Unito* (cit. retro nt. 290), ove la Corte segnala che «*inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights*».

²⁹⁶ Esemplare, in tal senso, con riferimento al diritto alla libertà ed alla tempestività dell’intervento giurisdizionale dell’art. 5 par. 3 CEDU è il caso *Brogan ed altri c. Regno Unito* (CtEDU, sent. 29 novembre 1988, ricc. n. 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85): in tale vicenda, relativa ad una detenzione antiterrorismo, la Corte ha ritenuto che il differimento - di quattro giorni e sei ore - nella verifica giurisdizionale sulla restrizione della libertà, dovesse comunque considerarsi contraria all’essenza del diritto sancito dal par. 3 dell’art. 5 CEDU. Sul punto v. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 28 e M. GIALUZ - P. SPAGNOLO, *Articolo 5*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (Cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Cedam, 2012, p. 145.

proporzionalità CEDU rispetto a quanto già visto: la necessità come *less restrictive alternative*, ad esempio, è spesso scrutinata col ricorso al metodo comparativo (detto anche “*consensus*”)²⁹⁷, il quale consiste nella presa in considerazione delle diverse - e meno gravose - soluzioni adottate dagli altri Stati contraenti in casi analoghi²⁹⁸; ancora, i numerosi elementi normativi “aperti” presenti nella Carta di Roma o sviluppati nel *case law*, quali il concetto di necessità in una società democratica, di bisogno sociale imperativo («*pressing social need*»²⁹⁹) o di «protezione della morale», sono spesso declinati nel prisma della cd. “interpretazione evolutiva o dinamica”, la quale enfatizza l’idea della Carta come «*living instrument*» ma rende, inevitabilmente, mutevoli i parametri di compressione³⁰⁰.

Tirando le somme, nella prospettiva necessariamente limitata di una breve digressione, ci sembra di poter concludere che il concetto di proporzionalità in ambito CEDU, nonostante i molteplici punti di contatto, risulta molto più “fluidico” di quello applicato dalla

²⁹⁷ Secondo Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 15: «*The absence of a European consensus in respect of particular issues may be a restraining factor*». Per vero, la tecnica comparativa e la verifica del *consensus* sembrano influire sul principio di proporzionalità mediante una restrizione del margine di apprezzamento: tanto esteso risulterà il consenso su una alternativa meno restrittiva rispetto a quella denunciata, quanto ridotto sarà il margine di apprezzamento concedibile allo Stato convenuto. V. anche C. PITEA, *Articolo 8*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (Cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 311.

²⁹⁸ Si veda, ad esempio, il già citato caso *Jalloh c. Germania* (retro nt. 292); *L. e V. c. Austria* (CtEDU, sent. 9 gennaio 2003, ricc. n. 39392/98 e 39829/98) e, prima ancora, in *Marckx c. Belgio* (CtEDU, sent. 13 giugno 1979, ric. 6833/74).

²⁹⁹ Concetto di elaborazione giurisprudenziale che si accompagna e modula la nozione di misura restrittiva “necessaria in una società democratica”: cfr. caso *Silver c. Regno Unito*, cit. retro alla nota 114; *Olsson c. Svezia* (CtEDU, sent. 24 marzo 1988, ric. n. 10465/83); *Odièvre c. Francia* (CtEDU, sent. 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/98).

³⁰⁰ Ritiene che la chiave di ricostruzione della proporzionalità e del suo rapporto con il margine di apprezzamento nel sistema CEDU sia, in ultima istanza, data dalla natura del diritto e dal “*type of case*” A. LEGG, *The Margin of Appreciation*, cit., p. 200. La conclusione è, senza dubbio, condivisibile, essendo connaturata ad ogni esercizio di ponderazione sostanziale o bilanciamento una certa modulabilità degli *outputs* decisorio rispetto ai parametri di valore del sistema. Nel contesto politico istituzionale della CEDU, ad ogni modo, il fenomeno si presenta in termini sicuramente più pregnanti, anche in ragione della eterogeneità dei 47 sistemi nazionali appartenenti al Consiglio di Europa.

giurisprudenza tedesca e comunitaria e, soprattutto, di quello riconducibile all'art. 52 par. 1 della CDFUE: la ricerca di uno *standard* di garanzia più elevato, pertanto, pur tenendo a mente la giurisprudenza sulla Carta di Roma, dovrebbe preferire le versioni più rigorose del principio e del *test*.

Ad ogni modo, in termini più astratti e generali, la presenza del concetto anche al livello della Grande Europa di Strasburgo ci sembra un indice ulteriormente rafforzativo (e significativo) della valenza generale e costituzionale della proporzionalità, oltre che della sua importanza per la costruzione dell'Europa.

6. Dimensione costituzionale della proporzionalità e principio di coerenza.

La dimensione costituzionale della proporzionalità, che si è tentato di tratteggiare nei paragrafi precedenti, ci appare, quindi, lo snodo essenziale per l'analisi del nostro specifico tema: il grado di vincolatività del principio di proporzionalità nell'ordinamento dell'Unione, infatti, al pari del rispetto dei diritti fondamentali con cui fa inevitabilmente corpo, determina la portata ed i limiti del principio del mutuo riconoscimento penale, ponendo l'autentica «*rule of reason*» di quest'ultimo.

In tale veste, la proporzionalità, può fungere da veicolo di coerenza³⁰¹ nelle azioni volte alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e permettere di riconciliare l'«elevato livello di

³⁰¹ Che l'Unione è chiamata ad assicurare «tra le sue varie politiche e azioni» a norma dell'art. 7 TFUE.

sicurezza», da garantire in esso per il tramite della piena messa in opera del principio del mutuo riconoscimento, alla ineludibile necessità di garantire il rispetto diritti fondamentali³⁰².

Nel prossimo capitolo, quindi, si tenterà di declinare tale prospettiva - valida, a nostro parere, per l'intero dominio della nuova cooperazione giudiziaria penale - rispetto al mandato d'arresto europeo.

³⁰² Che, si ricordi, sono richiamati tra i valori fondanti l'Unione (art. 2 TUE) ma, ancora più significativamente tra gli elementi costitutivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 67 par. 1 TFUE). Di recente, alcune interessanti suggestioni sul principio di proporzionalità quale limite al principio del mutuo riconoscimento e strumento per assicurare la coerenza tra sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali sono state svolte dalla EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE con la redazione di una bozza per un *Manifesto sulla procedura penale europea (Draft for a Manifesto on European Criminal Procedure Law*, presentata a Monaco di Baviera il 5 luglio 2013 ed allegata in Appendice al presente lavoro).

Capitolo IV

L'APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

1. Applicare la proporzionalità in una prospettiva rights-based.

Quanto finora considerato ci permette di affermare che, nonostante i dubbi manifestati in dottrina³⁰³, il diritto dell'Unione non solo ammette ma impone di applicare il principio di proporzionalità alla disciplina del mandato d'arresto europeo³⁰⁴.

³⁰³ Pur auspicando una modifica legislativa esclude che la proporzionalità, o meglio il difetto di proporzionalità, possa costituire la base per un motivo di rifiuto della consegna M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: Alternative measures to the European Arrest Warrant*, in N. KEIJZER & E. VAN SLIEDREGT (Eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009, p. 227. Ritiene - dopo aver distinto tra questioni afferenti gli *humanitarian concerns*, questioni afferenti la tutela dei diritti fondamentali e proporzionalità - che «*a judgment on proportionality always entails an extensive scrutiny of the merits of the foreign decision, which is exactly what mutual recognition excludes*» M. PANZAVOLTA, *Humanitarian concerns within the EAW system*, Ibid., p. 209. Entrambi gli Autori muovono dalla considerazione della incompatibilità di uno scrutinio di proporzionalità con lo "spirito" del mutuo riconoscimento: se è certamente corretto il rilievo circa la natura conflittuale del rapporto tra i due principi (la proporzionalità costituisce certamente un limite al mutuo riconoscimento), sembra, per contro, difficile immaginare come un tale conflitto, ove si manifesti con profili di concretezza e serietà, possa risolversi sul piano formale con la prevalenza di un principio di rango secondario e subordinato su di un principio generale del diritto europeo. Il mutuo riconoscimento, oggi, è stato recepito nei Trattati ma non è qualificabile come principio generale del diritto, quali, invece, risultano - e da lungo tempo - sia i diritti fondamentali che il principio di proporzionalità.

³⁰⁴ Favorevoli, seppur con diverse sfumature, appaiono invece, A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 346 e 429, il quale, pur segnalando la difficoltà dell'esercizio di bilanciamento, riconnette strettamente il tema della proporzionalità a quello dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali garantite dal diritto dell'Unione europea; R. DAVIDSON, *A Sledgehammer to Crack a Nut? Should there be a Bar of Triviality in European Arrest Warrant Cases?*, in *Criminal Law Review*, 2009, p. 31 s.; J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 480 s.; S. HAGGENMÜLLER, *The principle of Proportionality and the European Arrest Warrant*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 3/2013, p. 95 s.; L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, vol. 1, p. 250 s.

In questa prospettiva la già segnalata³⁰⁵ presa di coscienza del problema dei mandati d'arresto "sproporzionati" a livello europeo rappresenta un primo e positivo passo per giungere, in futuro, alla correzione degli effetti collaterali indesiderati di un sistema "fin troppo" efficiente.

Come si accennava, però, i pur significativi richiami delle istituzioni europee alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità sembrano impostare il problema in una prospettiva non del tutto convincente.

Riprendendo la Relazione presentata dalla Commissione nel 2011, tre profili, in essa, appaiono poco condivisibili: la separazione "tematica" della proporzionalità dal problema del rifiuto della consegna per violazione dei diritti fondamentali³⁰⁶; l'omissione, rispetto al tema, del riferimento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione; la riduzione della proporzionalità ad una regola di condotta tutta interna alla «discrezionalità» dell'autorità emittente³⁰⁷.

³⁰⁵ V. *retro* Cap. I, par. 3, p. 14 s. Il riferimento, principalmente, corre alla Relazione della Commissione dell'11 aprile 2011, COM (2011) 175 def.

³⁰⁶ Si noti che, secondo la Commissione, ove l'Autorità giudiziaria dell'esecuzione fosse «persuasa, tenuto conto di tutte le circostanze del caso» che la consegna potrebbe comportare una violazione dei diritti fondamentali, il diniego (seppur caratterizzato da caratteri di eccezionalità) sarebbe ammissibile sulla base dell'art. 1 par. 3 della Decisione Quadro («È evidente che la decisione quadro [...] non impone la consegna» in tali casi, cfr. p. 7 della Relazione 2011). In caso di sproporzione, per contro, il rigetto non risulterebbe conforme alla decisione quadro o al principio del mutuo riconoscimento su cui questa si fonda (cfr. p. 8). La distinzione non sembra accettabile ma deriva, con tutta probabilità, dal malinteso che separa il problema della proporzionalità da quello dei diritti fondamentali.

³⁰⁷ A p. 9 della Relazione 2011 si legge: «Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della decisione quadro del Consiglio, "il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti ...". È in questo ambito di discrezionalità che le questioni affrontate nel manuale (inclusa l'operatività del controllo di proporzionalità) vengono discusse e concordate. Per assicurare la fiducia reciproca essenziale perché il mandato d'arresto europeo continui a essere applicato, le autorità giurisdizionali in tutti gli Stati membri devono rispettare gli accordi raggiunti in questo ambito discrezionale». La risoluzione del problema, in questa prospettiva, sarebbe da rinvenire nella discrezionalità e nella *moral suasion* del livello europeo sui singoli Stati membri; il ché, però, appare francamente poco adeguato alla dimensione della nostra questione: in primo luogo, perché riportando tutto all'ambito della discrezionalità dello Stato di emissione si sottrae la dimensione della "giustiziabilità" a quei diritti fondamentali che potrebbero essere compromessi dalla consegna in sé; in secondo luogo, perché

Una impostazione questa che, tutto sommato, sembra considerare il problema da un punto di vista francamente “poco europeo” e troppo subalterno a quello, gelosamente nazionale, di quegli Stati Membri che lamentano nella sistematica ricezione di mandati d’arresto europei per reati minori un fastidioso aggravio degli oneri finanziari di gestione del proprio sistema giudiziario.

Le questioni di *budget* sono indubbiamente importanti nella prospettiva di una buona ed efficiente amministrazione della giustizia ma, se la questione della proporzionalità si riducesse esclusivamente al problema di “chi paga il conto”, basterebbe molto pragmaticamente modificare la ripartizione dei costi di esecuzione del mandato d’arresto europeo, ponendo le “spese di consegna” a carico del destinatario, per risolvere definitivamente la questione e, magari, ottenere un contenimento del fenomeno per via indiretta.

Ma non sembra questo il punto: i “costi” del cattivo uso di uno strumento straordinariamente coercitivo qual è il mandato d’arresto europeo sono, prima di tutto, umani. Lo “sradicamento” forzoso di una persona dal territorio di uno Stato nel quale essa esplica la propria vita di relazione ed i propri affetti - anche laddove si tratti di uno “sradicamento” operato per esigenze legittime, quali quelle sottese alla

questa visione “minimalista” non considera che la discrezionalità nell’emissione del mandato d’arresto europeo, spesso, si annulla nelle peculiarità e nelle rigidità dei sistemi processuali nazionali: si pensi, ad es., all’influenza che possono esplicare la persecuzione penale obbligatoria o la impossibilità di celebrare il processo *in absentia* (ove, peraltro, i due profili dovessero sommarsi nel singolo sistema processuale la discrezionalità, da un punto di vista strettamente nazionale, nel decidere se emettere o meno un mandato d’arresto europeo per il furto di una merendina risulterebbe nulla). L’obiezione è, ovviamente, utilizzabile - ed utilizzata - per contrastare l’ammissibilità di un controllo di proporzionalità nello Stato di esecuzione: negando la consegna, quest’ultimo, paralizzerebbe irrimediabilmente il corso della giustizia nello Stato membro emittente, compromettendone l’effettività ed incidendo negativamente sul livello di sicurezza dello spazio di libertà sicurezza e giustizia. Obiezione che potrebbe apparire, effettivamente, difficilmente superabile, se si accetta il presupposto che la «sicurezza» europea, come base giustificativa di una cooperazione ipersemplicata, corrisponda alla mera sommatoria delle politiche repressive dei singoli Stati membri e vi risulti subalterna. Come si vedrà, però, è proprio tale presupposto a risultare discutibile.

cooperazione penale - è, in primo luogo, una questione di limitazione di diritti. E, spesso, di quei diritti fondamentali più intimamente connessi al valore della dignità umana³⁰⁸: libertà personale, diritto alla vita privata e familiare e, non secondariamente, nella filosofia dell'Unione europea, la libertà fondamentale di circolazione e soggiorno³⁰⁹.

Tale rimarrebbe la questione anche laddove, in ipotesi, gli oneri economici delle consegna risultassero irrisori o venissero interamente sostenuti dallo Stato che la richiede.

Pertanto, ciò che si critica nella lettura del problema resa dalle istituzioni europee è la sottovalutazione della cointeressenza tra proporzionalità e diritti fondamentali, una connessione che, per contro, è saldamente radicata nella storia del principio di proporzionalità ed appare evidente nelle statuizioni della Carta di Nizza, prima fra tutte, l'art. 52 par. 1 CDFUE³¹⁰.

In questo ordine di idee si tenterà di fornire un diverso inquadramento del problema e della sua possibile soluzione partendo da una rapida valutazione delle cause del fenomeno e dalla considerazione di alcune significative pronunce nazionali sul tema.

³⁰⁸ Valore fondante il sistema giuridico e politico dell'Unione. Significativamente, la dignità umana è posta al vertice del catalogo costituzionale della Carta dei Diritti fondamentali, è dichiarata «inviolabile» ed, in quanto tale, ne sono imposti rispetto e tutela (Art. 1 CDFUE). Come chiariscono le Spiegazioni del *Praesidium* essa «costituisce la base stessa dei diritti fondamentali», «fa parte della sostanza stessa dei diritti della Carta» e «non può [...] subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto». L'influenza della dogmatica costituzionale tedesca appare abbastanza evidente, sol che si tenga a mente il ruolo svolto dalla *Menschenwürde*, il massimo valore sancito dall'art. 1 del *Grundgesetz*, rispetto al tema della limitazione dei diritti fondamentali. Sul punto v. *retro* Cap. 3, par. 2.3, p. 71 s.

³⁰⁹ Sottolinea, condivisibilmente, l'importanza della libertà di circolazione e soggiorno garantita dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali anche al fine di ripensare il diritto penale europeo e la cooperazione giudiziaria, A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 422: «*The development of free movement as a separate right (independent of the application of one of the other four freedoms) and the prohibition of discrimination upon the basis of nationality are of growing importance in the criminal justice system [...] The fifth freedom will have consequences in purely internal situations, but also in co-operation in criminal matters, both with Member States and with third states.*»

³¹⁰ V. *retro* Cap. 3, par. 4.2, p. 89 s.

Infine, si accennerà alle prospettive che potranno dischiudersi con la piena attuazione di strumenti alternativi al mandato d'arresto europeo, quali l'*European supervision order*³¹¹ ed una opportuna rimediazione legislativa dello strumento "principe" dell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

2. *Alle radici del fenomeno dei mandati d'arresto "sproporzionati" (cenni).*

Si segnalava già in apertura³¹² come la diagnosi del problema dei mandati d'arresto sproporzionati si presentasse, in sé, complessa: in prima approssimazione, può affermarsi che le cause del fenomeno dipendono, in larga misura, aspetti strutturali dei sistemi di giustizia penale degli Stati membri.

Obbligatorietà dell'azione penale ed impossibilità di celebrare il processo penale *in absentia*, in particolare, rappresentano due dei principali fattori che possono condurre all'emissione sistematica di mandati d'arresto europeo processuali per reati di scarsa offensività³¹³.

Ma non solo.

Sviluppando il nostro discorso, infatti, ci sembra opportuno mettere in luce come aspetti non trascurabili della patologia di cui ci si occupa siano riconducibili, da un lato, a specifiche caratteristiche dello

³¹¹ Si tratta dello strumento introdotto con la decisione quadro del 23 ottobre 2009, n. 2009/829/GAI «sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare», pubblicata sulla GUCE dell'11 novembre 2009, n. L 294, p. 20 s. Il termine per la sua attuazione è scaduto l'1 dicembre 2012.

³¹² V. *retro* Cap. I, par. 3, p. 16.

³¹³ V. M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: Alternative measures*, cit., p. 214.

strumento di consegna adottato nel 2002 e, dall'altro, all'insufficienza del seguito legislativo sviluppato a livello dell'Unione dopo quella data.

Quanto alle cause riconducibili alla “fisionomia” del mandato d'arresto europeo, anzitutto, non ci sembra secondaria la natura «orizzontale» dell'ambito di applicazione dello strumento: infatti, sebbene le circostanze storiche dell'approvazione della decisione quadro si leghino al dilagare dell'emergenza terroristica *post* -11 settembre³¹⁴, in concreto, l'applicabilità del mandato d'arresto europeo non risulta affatto limitata alle forme di criminalità terroristica o più grave.

Al contrario, da un punto di vista meramente “quantitativo”, le soglie di pena detentiva o della misura di sicurezza privativa della libertà personale che la decisione quadro prevede come abilitanti l'emissione di una richiesta di consegna si presentano particolarmente esigue ed inidonee a limitare il ricorso allo strumento in casi di gravità effettivamente contenuta³¹⁵.

L'art. 2 par. 1 della decisione quadro pone quali “soglie di gravità” una condanna non inferiore a quattro mesi nel caso di mandato d'arresto esecutivo, ed il requisito in astratto di un *minimum-maximum* di dodici mesi per il mandato d'arresto emesso a fini processuali. La stessa soglia dei tre anni nel massimo edittale di pena detentiva (o misura di sicurezza) irrogabile in astratto e prevista dall'art. 2 par. 2 per i casi in cui la consegna deve avvenire a prescindere dal requisito della doppia

³¹⁴ V. M. FICHERA, *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Intersentia, 2011, p. 70 s.

³¹⁵ V. J. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant*, cit., p. 481 il quale sottolinea l'insufficienza delle soglie generali ed astratte previste dalla decisione quadro per porre argine a richieste di consegna nei cd. «*trivial cases*». In particolare: «*As theft is a criminal offence throughout Europe, and everywhere (I believe) carries a maximum penalty of at least 12 months, this means that an EAW can in principle be issued for any case of theft: wheter it is on the scale of the Great Train Robbery, or a piece of minor shoplifting*». In senso conforme, S. HAGGENMÜLLER, *The principle of Proportionality and the European Arrest Warrant*, cit., p. 101 e L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo*, cit., p. 256

incriminazione appare, ad onor del vero, poco significativa di fronte alla vaghezza ed estensione tipologica delle 32 categorie criminose richiamate dalla “lista positiva”³¹⁶.

Un sistema di sbarramenti nel complesso molto tenue e che, peraltro, secondo la filosofia del mutuo riconoscimento per il mandato d’arresto processuale risulta calibrato con riferimento alle sole previsioni edittali dello Stato di emissione.

Le soglie-limite generali stabilite dall’art. 2 par. 1 della decisione quadro, per vero, risultano quantitativamente analoghe a quelle storicamente previste dall’art. 2 par. 1 della Convenzione europea del 1957³¹⁷, sotto la vigenza della quale il problema delle richieste di estradizione per reati minori o di scarsa gravità in concreto, pur non essendo sconosciuto³¹⁸, non aveva dato adito a problemi tanto sentiti quanto con l’avvento delle procedure di consegna.

Una spiegazione di questo “cambio di passo” può, con buona probabilità, ricollegarsi alla forte semplificazione delle procedure introdotta dalla decisione quadro: la grande “facilità di accesso” al sistema tramite il Sistema Informativo *Schengen* e la natura pienamente giudiziaria e decentrata della procedura, soprattutto “in uscita”, hanno probabilmente attratto all’interno del sistema della cooperazione

³¹⁶ Si pensi, ad esempio, alla cessione di sostanza stupefacente, astrattamente riconducibile alle categorie dell’art. 2 par. 2 della decisione quadro sotto l’etichetta di «traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope» e che, in molte legislazioni degli Stati membri, anche per i casi di minore offensività, risulta sanzionata in astratto con pene edittali comunque superiori a quelle previste dalla fonte europea.

³¹⁷ Con la rilevante differenza che, nella Convenzione del 1957, per l’extradizione processuale il fatto dovesse risultare punito con una pena in astratto superiore (nel massimo) ad un anno in entrambi gli ordinamenti dello Stato richiedente e dello Stato richiesto. Nella disciplina del mandato d’arresto europeo, diversamente, l’unica normativa rilevante per la verifica della soglia-limite è, come detto, quella dello Stato membro di emissione.

³¹⁸ I “*bars of triviality*”, così come le clausole *de minimis*, sono figure storicamente note al sistema estradizionale previgente il mandato d’arresto europeo. La natura “mista” giudiziaria e politica delle procedure di estradizione classiche permetteva, peraltro, il recupero di istanze di giustizia sostanziale per i casi qualificabili come “minori”, nell’ambito della discrezionalità concessa al Ministro.

giudiziaria istanze repressive che, in passato, ne restavano ai margini, scoraggiate dalla natura politicamente accentrata delle procedure oltre che dalla loro pesantezza ed aleatorietà nell'esito.

La giudiziaria della procedura rappresenta senza dubbio un valore di garanzia ed una innovazione fondamentale del sistema di consegna, ma il suo potenziale effetto "espansivo" ed amplificativo delle esigenze di cooperazione - anche verso il "basso" della scala di offensività criminale - avrebbe, probabilmente, dovuto esser soppesato con maggior cura dal legislatore europeo all'atto della messa in opera del mandato d'arresto europeo.

Una delimitazione più stringente dell'ambito di applicazione della procedura di consegna, in effetti, avrebbe potuto costituire un esercizio di ragionevole bilanciamento legislativo, di proporzionalità in senso stretto, tra la speciale coercitività dello strumento e la sua elevata efficacia e speditezza.

Inoltre, strumento meglio "tarato" avrebbe sicuramente ridotto il rischio di richieste sproporzionate ma avrebbe anche potuto, indirettamente, stimolare ulteriori iniziative legislative degli Stati membri per "coprire" in modo diverso ma efficace ciò che fosse ricaduto al di fuori del suo ambito di applicazione (l'ambito di quella penalità "minore" che, pur non dovendo trasformarsi in impunità, non può, per questo, contrastarsi in termini irrispettosi dei diritti fondamentali).

Tale ultima considerazione ci porta a considerare quelle cause patologiche del fenomeno dei mandati d'arresto sproporzionati che si pongono al di fuori dello specifico strumento e possono ricondursi al poco soddisfacente seguito dell'azione dell'Unione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Dopo l'approvazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, sono stati adottati dal Consiglio undici altri strumenti fondati sul mutuo riconoscimento: la loro concreta attuazione, però, ed, in particolare, l'attuazione di quelli tra essi che avrebbero potuto coordinarsi ed influire virtuosamente sullo strumento capostipite, non sembra aver suscitato grandi entusiasmi tra gli Stati membri³¹⁹.

Si è, tra l'altro, dovuto attendere il 2009 prima che il Consiglio riuscisse ad adottare la decisione quadro sul riconoscimento delle misure cautelari non custodiali, uno strumento che, in prospettiva³²⁰, potrebbe rivelarsi molto utile per limitare il sovrautilizzo del mandato d'arresto europeo.

Nei fatti, a tutt'oggi, il mandato d'arresto europeo rappresenta l'unico strumento pienamente operativo a disposizione degli Stati membri³²¹: in assenza di alternative efficaci l'unico mezzo disponibile può facilmente esser considerato come quello obbligato³²².

³¹⁹ Peraltro, la loro stessa approvazione è giunta ad una significativa distanza di tempo dall'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto. Le due decisioni quadro sul mutuo riconoscimento delle sentenze custodiali (2008/909/GAI) e delle decisioni sulla sospensione condizionale e le sanzioni sostitutive (2008/947/GAI) sono state approvate dal Consiglio solo alla fine del 2008. I termini per la loro attuazione da parte degli Stati Membri sono scaduti rispettivamente il 5 ed il 6 dicembre 2011, ed allo stato, il livello di attuazione dei due strumenti da parte degli Stati membri si presenta estremamente insoddisfacente. Al 20 marzo 2012, ad esempio, solo otto tra di essi avevano provveduto ad implementare la decisione quadro 2008/909/GAI. In generale, sui due strumenti v. S. PEERS, *Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, 2011, p. 725 e 734.

³²⁰ Il termine per l'attuazione del cd. *European Supervision Order* è scaduto il 12 dicembre 2012. Anche rispetto a questo strumento, nonostante le polemiche sui mandati d'arresto sproporzionati, gli Stati Membri non sembrano manifestare un particolare zelo attuativo.

³²¹ V. J. BLACKSTOCK, *The European Arrest Warrant: Briefing and Suggested Amendments*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2010, p. 19.

³²² R. DAVIDSON, *A Sledgehammer to Crack a Nut?*, cit., p. 35; S. HAGGENMÜLLER, *The principle of Proportionality and the European Arrest Warrant*, cit., p. 102.

3. Alcune risposte nazionali al problema.

Sul tema dei mandati d'arresto sproporzionati hanno avuto modo di pronunciarsi ed interloquire diversi giudici nazionali chiamati, negli ultimi anni, ad eseguire le richieste di consegna.

Il timore manifestato dalle istituzioni europee per le possibili ripercussioni sulla reciproca fiducia derivanti dalla sistematica emissione di mandati d'arresto europei sproporzionati sembrerebbe proprio riferirsi a tali reazioni giurisprudenziali, che hanno fatto emergere una “crisi di rigetto” del controllo sufficiente preteso dal mutuo riconoscimento³²³.

Due pronunce, tra le diverse intervenute, ci sembrano particolarmente interessanti e meritevoli di analisi, anche per il “dialogo a distanza” che virtualmente instaurano tra due giudicanti appartenenti a sistemi giuridici e giudiziari molto diversi.

La prima è una nota decisione dell'Alta Corte Regionale di Stoccarda (*Oberlandesgericht Stuttgart*)³²⁴ che si caratterizza per l'individuazione della base giuridica legittimante il *test* di proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali e, segnatamente, nell'art. 49 par. 3 CDFUE e nel principio di proporzionalità delle pene.

La seconda è invece una decisione della *High Court* irlandese³²⁵ che richiama apertamente la pronuncia del giudice tedesco e la Carta dei diritti fondamentali, omettendo però lo specifico il riferimento al

³²³ Cfr. la Relazione della Commissione del 2011, cit., p. 8

³²⁴ OLG Stuttgart, dec. 25 febbraio 2010, 1 Ausl (24) 1246/09, *General Prosecution Service c. C.* pubblicata, nella traduzione inglese di J. VOGEL (relatore nella causa) ed annotazione di J. SPENCER, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 474. Un commento attento della pronuncia è stato di recente svolto da L. ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo*, cit., p. 250 s.

³²⁵ High Court, dec. 8 febbraio 2012, [2012] IEHC 57, *The Minister for Justice and Law Reform v. Ostrowski*.

principio di proporzionalità delle pene dell'art. 49 par. 3 CDFUE e incentrando, invece, il proprio giudizio sul concreto impatto della consegna rispetto al diritto alla vita privata e familiare del destinatario.

I casi, entrambi inerenti fatti di detenzione e cessione minima di sostanza stupefacente, approdano ad esiti diversi³²⁶ ma svolgono argomentazioni comuni particolarmente interessanti, dal punto di vista teorico.

Il riferimento alla Carta ed ai principi generali del diritto dell'Unione, anzitutto, che, specialmente dal punto di vista del giudice tedesco, esprime il lodevole tentativo di una ricostruzione "europea" e non asserragliata nella teorica dei controlimiti del tema della proporzionalità.

Il richiamo, in secondo luogo, di una serie di parametri di verifica che depongono a favore di un controllo della proporzionalità in senso stretto a tutela dei diritti fondamentali del destinatario del mandato d'arresto europeo³²⁷.

In entrambi i casi, inoltre, un dato ci sembra emergere tra le righe: e cioè che la concreta gravità del fatto di reato viene letta come uno strumento di misurazione del "peso specifico" dell'interesse pubblico dello Stato emittente alla riaffermazione della propria pretesa punitiva a

³²⁶ La pronuncia della Corte di Stoccarda, nel caso specifico, ha negato la violazione del principio di proporzionalità. La *High Court* irlandese ha invece ravvisato la violazione del principio e rigettato la richiesta di consegna.

³²⁷ La Corte di Stoccarda ha posto alla base del suo bilanciamento: la rilevanza dell'accusa, da un lato, il diritto alla libertà ed alla sicurezza della persona, la severità della possibile sanzione ed i costi e gli oneri della procedura di consegna, dall'altro. La *High Court*, dal canto suo, ha invece richiamato tutti i parametri considerati dal giudice tedesco meno che quello dei costi ed oneri della procedura, cui ha ritenuto di dover sostituire, più genericamente, gli oneri per tutti i soggetti da essa attinti (inclusi i familiari del consegnando). E' stato fatto notare come, la pronuncia di Stoccarda, nei fatti, valuti anche parametri "estrinseci" rispetto al referente (l'entità della pena) ed alla base giuridica che asseritamente richiama come fondamento della verifica di proporzionalità (l'art. 49 par. 3 ed il principio di proporzionalità delle pene).

spese di diritti fondamentali ulteriori rispetto a quelli ordinariamente intaccati dalla stessa.

4. Basi giuridiche e parametri della proporzione. L'art. 49 par. 3 CDFUE e la proporzionalità della pena.

Le pronunce da ultimo richiamate offrono la base per una riflessione più approfondita sulla possibilità di applicare il principio di proporzionalità in una prospettiva europea.

L'art. 49 par. 3 CDFUE, scelto a parametro dalla Corte di Stoccarda, potrebbe effettivamente fornire al giudice un primo strumento di controllo sulla “giustizia sostanziale” della consegna, seppur in termini non troppo soddisfacenti.

La sua rilevanza, infatti, potrebbe essere invocata in quei casi in cui la consegna esecutiva si fondasse su una condanna vistosamente sproporzionata rispetto alla concreta gravità della condotta contestata. Senonchè, un tale tipo di valutazione, oltre a potersi rivelare eccessivamente intrusiva del merito della vicenda processuale *a quo*, potrebbe, anche ed, in ultima istanza, risultare inidonea a garantire una tutela effettiva nella maggioranza dei casi. Un tale tipo di controllo, infatti, per restare nei limiti dell'ammissibile, dovrebbe fondarsi su incongruenze evidenti tra fatto e sanzione e non sarebbe in grado di ovviare ad una richiesta di consegna per un fatto di minima entità che fosse stato sanzionato con una pena di poco superiore ai quattro mesi richiesti dalla decisione quadro per l'emissione di un mandato d'arresto

esecutivo. E non è affatto detto che, in casi del genere, la consegna legata ad una coercizione *de minimis* ed in rapporto di plausibilità rispetto al fatto contestato, non possa rivelarsi in concreto sproporzionata e lesiva del diritto alla vita privata e familiare (art. 7 CDFUE), della libertà di circolazione e soggiorno (art. 45 CDFUE) o della stessa dignità del soggetto (art. 1 CDFUE; si pensi, ad esempio, ad un individuo anziano o particolarmente vulnerabile da consegnare ad uno Stato membro nel quale gli risulterebbe precluso l'accesso ad alternative *extramurarie* per la mancanza di qualsiasi contatto *in loco*). In più, si aggiunga che le valutazioni richieste per l'applicazione del parametro della proporzionalità della pena potrebbero risultare particolarmente difficili da svolgere rispetto ai mandati d'arresto europei emessi a finalità processuali.

5. *Basi giuridiche e parametri della proporzionalità (II). L'art. 52 par. 1 CDFUE e la proporzionalità come "limite dei limiti".*

Alternativa preferibile sembra quella riconducibile alla clausola generale del "limite dei limiti" dell'art. 52 par. 1 CDFUE.

Tale norma, la cui rilevanza costituzionale per il diritto dell'Unione si è segnalata *retro*³²⁸, richiede un giudizio strutturato secondo gli schemi della proporzionalità tripartita e valorizza, in particolar modo, lo stadio della proporzionalità in senso stretto e della

³²⁸ V. Cap. 3, par. 4.2, p. 89 s.

ponderazione sostanziale tra l'urgenza ed il peso dell'interesse pubblico e la compressione del diritto fondamentale dell'individuo.

Nella sua portata generale, essa permette di considerare il peso dell'interesse repressivo sottostante alla richiesta di consegna nella sua collisione, anche plurima, con i diritti fondamentali dell'individuo.

Pertanto, in forza di essa, si potrà valutare, sulla base dei dati concreti relativi alla condizione personale del soggetto, allo stato dei suoi rapporti affettivi e familiari nello Stato di esecuzione, ai legami ancora esistenti con lo Stato di emissione del mandato, se il suo diritto alla vita privata e familiare possa risultare eccessivamente compresso - o lesa nella propria essenza - dalla consegna processuale relativa, ad esempio, ad un furto di scarsa entità patrimoniale, magari commesso in un tempo risalente.

In questo ordine di idee, peraltro, potrebbe considerarsi per i cittadini dell'Unione in funzione rafforzativa del diritto alla vita privata o anche in via autonoma, il ruolo della libertà fondamentale di circolazione e soggiorno garantita dalla Carta e dai Trattati.

Tale libertà rappresenta oggi un tratto fondamentale dell'identità del cittadino europeo e si ricollega in termini niente affatto banali al concetto di dignità e realizzazione personale. Essa, seppur limitabile, presenta, significativamente, un certo grado di "resistenza" rispetto alle contrapposte istanze di sicurezza ed ordine pubblico: l'allontanamento del cittadino dell'Unione da uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza, ad esempio, non è ammesso sulla base della mera esistenza di una condanna penale ma richiede un pericolo attuale e grave, il

rispetto del principio di proporzionalità³²⁹ e, soprattutto, non può essere mai operato in modo automatico³³⁰.

In una prospettiva di coerenza, seppure non in termini rigidamente simmetrici, tale libertà di circolazione e soggiorno dovrebbe trovare una qualche forma di tutela anche nei confronti del mandato d'arresto europeo: il cittadino dell'Unione che abbia trasferito i propri interessi ed affetti e le proprie prospettive di realizzazione in un altro Stato membro, in tal senso, non dovrebbe restare esposto al rischio di poter essere incondizionatamente "sradicato" dal suo contesto esistenziale.

Ciò, ovviamente, non vuol dire che l'esercizio della libertà di circolazione debba divenire un mezzo per guadagnare l'impunità³³¹ ma che tale libertà fondamentale, insieme agli altri diritti della persona cui si lega, non possa venir compromesso da qualsivoglia esigenza repressiva; esso, pertanto, dovrebbe trovare margini di tutela proporzionale, anche laddove, ad esempio, lo Stato membro non abbia provveduto ad implementare il motivo di rifiuto di cui all'art. 4 n. 6 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

³²⁹ V. CGCE, sent. 27 ottobre 1977, C- 30/77, *Bouchreau*; CGCE, sent. 29 aprile 2004, cause riunite C- 482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Olivieri*.

³³⁰ CGCE, sent. 23 marzo 2006, C- 408/03, *Commissione c. Belgio*.

³³¹ Che è il rischio che si cerca di fronteggiare con l'istituzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e con la più stretta cooperazione giudiziaria tra gli Stati Membri.

6. *Prospettive: il possibile impatto della decisione quadro 2009/829/GAI in termini di less restrictive alternative.*

In conclusione, si ritiene di poter affermare che il controllo di proporzionalità possa trovare piena esplicazione nella disciplina del mandato d'arresto europeo.

Con particolare riferimento al fenomeno dei mandati d'arresto europei sproporzionati, cioè quelle richieste di consegna fondate su contestazioni di scarsa valenza offensiva, l'art. 52 par. 1 CDFUE potrebbe fornire lo strumento per valutare, dietro specifica contestazione e sulla base di dati di fatto, l'eccessività dell'interferenza determinata dalla consegna sui diritti fondamentali dell'individuo.

In prospettiva, peraltro, margini per una diversa applicazione del *test* in tali casi potrebbero emergere rispetto alla possibilità di ricorrere ad alternative meno restrittive come l'applicazione transfrontaliera delle misure cautelari non custodiali previste dalla decisione quadro 2009/829/GAI.

Senza bisogno di addentrarsi in valutazioni di proporzionalità in senso stretto, il giudice chiamato ad eseguire un mandato d'arresto europeo per un reato minore, potrebbe ben interrogarsi sulla necessità della consegna in luogo della applicazione di una meno restrittiva misura cautelare non custodiale nello Stato di esecuzione; ad esempio, valutando le condizioni personali del soggetto di cui è richiesta la consegna, la lontananza nel tempo della celebrazione del processo nello Stato di emissione e la probabilità che il consegnando si rifiuti di presentarsi o si dia, *medio tempore*, alla fuga.

Più in generale, una piena e sincera applicazione del nuovo strumento dello *European Supervision Order* accompagnato da idonee misure per garantire le “citazioni europee” e un più ampio ricorso alle partecipazioni a distanza (“*video link*”), in futuro, potrebbe contenere, alla radice, il problema della sistematica emissione di mandati d’arresto per quelle vicende che meriterebbero di essere trattate con altri e meno gravosi strumenti.

BIBLIOGRAFIA

ADAM, R.

- *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 481 s.

ALEGRE, S. - LEAF, M.

- *Mutual recognition in European Judicial cooperation: a step too far too soon? Case study – the European Arrest Warrant*, in *European Law Journal*, 2004, p. 200 s.

ALEXY, R.

- *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002

ALLEGREZZA, S.

- *Il caso “Pupino”*: profili processuali, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna University Press, 2007, p. 53 s.

ALTER, K. J. - MEUNIER-AITSAHALIA, S.

- *Judicial politics in the European Community. European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 535 s.

APRILE, E.

- *Note a margine della prima pronuncia delle Sezioni Unite sulla disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 1941 s.

ARAI-TAKAHASHI, Y.

- *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002

ARMSTRONG, K. A.

- *Mutual recognition*, in BARNARD C. - SCOTT J. (Eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, p. 223 s.

BARENTS, R.

- *New developments in measures having equivalent effects*, in *Common Market Law Review*, 1981, p. 271 s.

BARGIS, M.

- *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Politica del diritto*, 2004 (1), p. 49 s.

BASSI, N.

- *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè, 2008

BASSIOUNI, M.C.

- *International extradition and world public order*, Sijthoff, 1974

BILLING, F.

- *The Parallel Between Non Removal of Asylum Seekers and Non Execution of a European Arrest Warrant on Human Rights Ground: The CJEU Case of N.S. v. Secretary of State for Home Department*, in *European Criminal Law Review*, p. 77 s

CAIANIELLO, V. - VASSALLI, G.

- *Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 462 s.

CALVANESE, E.

- *Problematiche attuative del mandato di arresto europeo*, in *Cassazione Penale*, 2007, p. 1926 s.

CALVANESE, E. - DE AMICIS, G.

- *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di Giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r) della l. n. 69/2005?*, in *Cassazione Penale*, 2010, p. 1191 s.

CAPELLI, F.

- *Les Malentendus provoqués par l'arrêt sur le cassis de Dijon*, in *Revue du Marché Commun*, 1981, p. 421 s.

CASSESE, S.

- *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2005, p. 331 s.

CHALMERS, D. - HAJIEMMANUIL, C. - MONTI, G. - TOMKINS, A.

- *European Union Law. Text and materials*, Cambridge University Press, 2006

COGNETTI, S.

- *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistemica*, Giappichelli, 2011

CRAIG, P.

- *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in ELLIS E. (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 85 s.
- *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, Oxford University Press, 2010
- *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012

CRAIG, P. - DE BÚRCA, G.

- *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2011

DASHWOOD, A. - WYATT, D. - ARNULL, A.

- *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, 2011

DE AMICIS, G.

- *Mandato d'arresto europeo e limiti massimi di custodia cautelare: incostituzionalità o interpretazione "costituzionalmente orientata" del motivo di rifiuto della consegna?*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2007, p. 1427 s.

DE GROOT, S.

- *Mutual Trust in (European) Extradition Law*, in BLEKXTOON R. – VAN BALLEGOOIJ W. (Eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 83 s.

DE SALVIA, M.

- *La nozione di proporzionalità nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1978, p. 463 s.

DEL TUFO, V.

- voce *Estradizione (dir. internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1989

DI MARTINO, A.

- *Questo limite non è un termine. Tecnicismi "specifici" e "collaterali" nel contesto di un sistema penale internazionale*, in *Archivio Penale*, 2011, fasc. 3, p. 1 s.

DOUGLAS SCOTT, S.

- *The rule of law in the European Union - putting the security into the "area of freedom, security and justice"*, in *European Law Review*, 2004, p. 219 s.

DWORKIN, R.

- *Taking rights seriously*, Duckworth, 2004

EISSEN, M.

- *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 1989, p. 31 s.

EMILIOU, N.

- *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1995

ERBĚZNIK, A.

- *The principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 3 s.

FICHERA, M.

- *The implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: Law, Policy and Practice*, Intersentia, 2011

FLETCHER, M.

- *Extending “indirect effect” to the Third Pillar: the signifiante of Pupino?*, in *European Law Review*, 2005, p. 862 s.

FLORE, D.

- *La notion de confiance mutuelle: l’«alpha» ou l’«oméga» d’une justice pénale européenne?*, in DE KERCHOVE, G. - WEYEMBERG, A. *La Confiance Mutuelle dans l’Espace Pénale Européen/ Mutual trust in the European Criminal Area*, Editions de l’Université de Bruxelles, 2005, p. 17 s.

GALETTA, D. U.

- *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998
- *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, p.743 s.

GILBERT, G.

- *Transnational fugitive offenders in international law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998

GNES, M.

- *Mutuo riconoscimento (dir. com.)*, in CASSESE S. (Cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, p. 3766 s.

GORMLEY, L. W.

- *The Genesis of the Rule of Reason in the Free Movement of Goods*, in SCHRAUWEN A. (Ed.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, 2005, p. 21 s.

GREVI, V.

- *Il mandato d'arresto europeo tra ambiguità politiche e attuazione legislativa*, in *Il Mulino*, 2002 (1), p. 119 s.

HÄBERLE, P.

- *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Costituzionale Federale tedesca in materia di diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, p. 2881 s.

HABERMAS, J.

- *Between Facts and Norms*, Polity Press, 2008
- *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, 2013

IUZZOLINO, G.

- *La decisione sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo in Mandato d'arresto europeo*, in AA. VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, 2005, p. 269 s.

JACQUOT-GUILLARMOD, O.

- *Creating a European economic space: Legal aspects of EC-EFTA relations*, in AA. VV., *Proceedings of the conference at the Irish Centre for European Law*, Trinity College, 1989

KEIJZER, N.

- *The double criminality requirement*, in BLEKXTOON R. –VAN BALLEGOOIJ W. (Eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 137 s.

KLATT, M. - MEISTER M.

- *Proportionality - A benefit to human rights? Remarks on the I-Con controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 687 s.
- *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012

KLIP, A.

- *European Criminal Law*, Intersentia, 2009

KOMAREK, J.

- *European constitutionalism and the European Arrest Warrant: in search of the limits of “contropunctual principles”*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 9 s.

KUMM, M.

- *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 574 s.

LAVENEX, S.

- *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 762 s.

LEGG, A.

- *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012

LIGUGNANA, G.

- *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 447 s.

LUTHER, J.

- *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Diritto e Società*, 1993, p. 315 s.

MAGRASSI, M.

- *Il principio di rule of law e la tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in TONIATTI R. (Cur.), *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Cedam, 2002

MANACORDA, S.

- *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

MANZINI, P.

- *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione Europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI L. S. (Cur.), *La Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2002

MANZIONE, D.

- *Decisione quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in AA. VV., *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 Aprile 2005 n. 69*, Utet, 2006, p. 1 s.

MARZADURI, E.

- *Commento agli articoli 1 e 2*, in in AA. VV., *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 Aprile 2005 n. 69*, Utet, 2006, p. 58 s.

MASCLET, J.C.

- *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon*, in *Revue de Droit Européen*, 1980, p. 611 s.

MCBRIDE, J.

- *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in ELLIS E. (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 23 s.

MIETTINEN, S.

- *Criminal Law and Policy in the European Union*, Routledge, 2013

MITSILEGAS, V.

- *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 1277 s
- *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009

MORBIDELLI, G.

- *La Corte Costituzionale e Corti Europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2006, p. 285 s.

MORGESE, G.

- *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N. S. e altri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 147 s.

MUNARI, F. - AMALFITANO, C.

- *Il "Terzo Pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 773 s.

NICOLAÏDIS, K.

- *Trusting the Poles? Constructing Europe through mutual recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 682 s.

ORLANDI, R.

- *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Vol. II. Procedura Penale*, Giuffrè, 2000, p. 545 s.

PAGANO, E.

- *Le posizioni della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale sulla non corretta trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 83 s.

PANZAVOLTA, M.

- *Humanitarian concerns within the EAW system*, in KEIJZER N. - VAN SLIEDREGT E. (Eds.), *The European Arrest Warrant in Practice*, T.M.C. Asser Press, 2009, p. 179 s.

PASQUERO, A.

- *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Giuffrè, 2007

PAUL, J.R.

- *Comity in International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 1 s.

PEERS, S.

- *Taking Rights Away? Limitations and Derogations*, in S. PEERS - A. WARD (Eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 141 s.
- *Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong?*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 5 s.
- *Salvation outside the church: Judicial protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 883 s.

- *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, 2011

PHILIPPE, X.

- *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Économica, 1990

PINELLI, C.

- *Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e giudizio di equivalenza*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, p. 1364 s.

POIARES MADURO, M.

- *We, The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998
- *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in WALKER N. (Ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, 2003, p. 501 s.
- *So Close and Yet So Far. The Paradoxes of Mutual Recognition*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 814 s.

POLLICINO, O.

- *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Stright the Right Balance between Interacting Legal Systems*, in *German Law Journal*, 2008, p. 1313

QUADRI, R.

- voce *Estradizione (dir. internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1967

RIVERS, J.

- *Proportionality and variable intensity of review*, in *The Cambridge Law Journal*, 2006, p. 174 s.

RODOTÀ, S.

- *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, 2001

RUGGIERO, A.

- *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Cedam, 2004

ROMANO, L.

- *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, vol. 1, p. 255

ROSSI, L. S.

- *"Costituzionalizzazione" dell'UE e dei diritti fondamentali*, in ROSSI L. S. (Cur.), *La Carta dei Diritti Fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2002

SANHOLTZ, W. - ZYSMAN, J.

- *1992: Recasting the European Bargain*, in *World Politics*, 1989, p. 95 s.

SARMIENTO, D.

- *European Union: the European Arrest Warrant and the quest for constitutional coherence*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 171 s.

SATZGER, H. - POHL, T.

- *The German Constitutional Court and The European Arrest Warrant. Cryptic Signals from Karlsruhe*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 686 s.

SELVAGGI, E. - VILLONI, O.

- *Questioni reali e non sul mandato europeo d'arresto*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 445 s.

SHARLAND, A.

- *The Role of Proportionality in JR*, in *Judicial Review*, 1997, p. 225 s.

SOTTO MAIOR, M.

- *The principle of proportionality: Alternative measures to the European Arrest Warrant*, in KEIJZER N. - VAN SLIEDREGT E. (Eds.) , *The European Arrest Warrant in Practice*, The Hague, 2009, p. 220

SPAVENTA, E.

- *Opening Pandora's box: Some reflections on the constitutional effects of the decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 5 s

SPENCER, J.

- *Proportionality and the European Arrest Warrant*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 480, s.

TIZZANO, A.

- *Il Trattato di Amsterdam*, Cedam, 1998

TRIDIMAS, T.

-
- *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in ELLIS E. (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, p. 65 s.
- *The Rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, in SCHRAUWEN A. (Ed.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, 2005, p. 111 s.
- *The General principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006

TSAKYRAKIS, S.

- *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2009, p. 468 s.

VAN BALLEGOOIJ, W. - GONZALES, G.

- *Mutual Recognition and Judicial Decisions in Criminal Matters*, in SCHRAUWEN A. (Ed.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Europa Law Publishing, 2005, p. 163 s.

VAN GERWEN, W.

- *The effect of proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in ELLIS E. (Ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, cit., p. 37 s.

VILLAMENA, S.

- *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, 2008

VON BOGDANDY, A.

- *The European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 s.
- *Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch*, in *European Law Journal*, 2010, p. 95 s.

WATSON, A.

- *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, 1974

WEILER, J. H. H.

- *Supranationalism revisited - a retrospective - The European Communities after 30 years*, in MAIHOFER W. (ed.), *Noi si mura. Selected working papers of the European University Institute*, 1986, p. 341 s.
- *A Quiet Revolution. The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 510 s.
- *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003

WEIS, K.

- *The European Arrest Warrant - a victim of its own success?*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 2, Issue 2, 2011, p. 128

ZIMMERMANN, F.

- *The Implications of the Treaty of Lisbon on Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 63 s.

APPENDICE

ECPI - European Criminal Policy Initiative

Manifesto on European Criminal Procedure Law

(Draft presented at the ECPI Conference held in Munich on 5 July 2013)

Preamble

The public interest in the prosecution of crimes competes with the fundamental rights of those persons against whom the proceeding is directed or who are otherwise affected by it. Indeed, effective criminal justice is a basic prerequisite for the peaceful coexistence in any society.

A criminal proceeding in accordance with the rule of law - regardless of whether it is conducted by national or supranational institutions - may not, however, resolve this clash of interests one-sidedly in favour of criminal prosecution.

If criminal prosecution is to be conducted across borders on the basis of the competence that have been granted to the EU, then the interests of those Member States whose participation is required must be taken into account. This is already required by respect for their respective sovereignty. But conversely, the Member States of the European Union

are also obliged to loyally cooperate among themselves and with the Union for the purposes of criminal prosecution.

If the European Union is to become a single area of justice which places the individual at the centre of its actions and in which the highest requirements of the rule of law as well as the sovereignty of the Member States are observed, then the Union legislator must create a balance between the - national or supranational - interest in criminal prosecution, the individual rights that are affected and the Member States' interests in their sovereignty. In particular, European legal instruments on cross-border or supranational criminal proceedings should create a level of protection for individuals which sets standards internationally.

For this purpose, we make the following demands of the institutions involved in the Union's legislative process

I. Demand: Limitation of mutual recognition

The state or Union interest in an efficient execution of a cross-border criminal proceeding on the basis of the principle of mutual recognition must not be absolute, but rather is to be limited in two respects. The principle of mutual recognition must be confined where the criminal proceeding would violate legitimate interests either of the individual or the Member State. To what extent mutual recognition is to be limited is determined by taking into account individual and national interests in application of the principle of proportionality. Such a limitation of

mutual recognition also reinforces mutual trust among Member States and the trust of the citizens towards the European Union.

1. Limitation of mutual recognition through citizens' rights

If criminal proceedings are conducted across borders based on the principle of mutual recognition, different legal orders intertwine. Due to the transnational character of such proceedings alone, persons who are affected by them are at risk of being in a worse position than they would be in a purely domestic criminal proceeding, regardless of the general recognition of their basic rights. This is particularly problematic if they have relied on the existence of a legal position which is not warranted in the forum state in full or at all. Moreover, the overlap of different legal orders can result in ambiguity as to the applicable law and thereby impair legal certainty. Specifically, the Union legislator therefore must observe the following guidelines depending on the affected group of persons:

The rights of the suspect

In every fair proceeding in accordance with the rule of law, the suspect must be granted the status of a subject of the proceedings with comprehensive rights of the suspect at the earliest possible time and in any event as soon as investigations are initiated or compulsion is used against him. This is necessary in order to satisfy Art. 47 (2) of the Charter of Fundamental Rights and Art. 6 (2) of the European Convention on Human Rights.

In the course of criminal prosecution through cooperation among several Member States on the basis of mutual recognition, this status may be withheld from the suspect and the attendant rights may be weakened or granted him too late. Similarly, due to the legal and factual differences that continue to exist between the Member States' legal systems, the rights of the suspect may be largely devalued or circumvented by "forum shopping".

The Union legislator should primarily respond to this danger by creating a general level of protection in regard to the most important rights of the suspect which clearly exceeds the minimum rules of the European Convention on Human Rights. In any case, pursuant to the principle of compensation (below V.), the legal instruments of the Union must provide for full compensation of curtailed or lost legal positions, and for practical assistance (e.g. interpretation or translation services and consular assistance).

The rights of the victim of a crime

The legitimate interests of a person who presumably has been injured by a crime (victim) are to be taken into account in a criminal proceeding. However, the balance of the criminal proceeding must not be impaired thereby.

If the criminal proceeding takes place outside the home state of the victim, these rights can be weakened: victims must cope with a foreign legal order and foreign social conditions. Typically, they also face

linguistic problems, and due to the physical distance alone their contacts to the authorities and victim protection facilities of the prosecuting state are limited. The fact that the Member States grant different rights of participation in the proceedings does not by itself legitimate harmonisation.

In order to resolve the mentioned difficulties pursuant to the principle of compensation (below V.), there primarily is a need for practical assistance, especially by timely information on the criminal proceeding, on victim protection facilities and on victims' rights, interpretation or translation assistance as well as on assistance with the appointment of legal counsel.

The rights of third parties affected by the proceeding

If other persons are affected by individual measures taken in connection with a criminal proceeding - such as, for example, family members, witnesses or owners of seized property - their rights may only be interfered with to the smallest extent possible.

Due to the principle of mutual recognition, legal positions which third persons affected by the proceeding enjoy in the executing state, and on which they relied, can be devalued. This carries the risk of amounting to a violation of their basic rights as recognised in the Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and the constitutional traditions of the Member States.

The Union legislator must respond to this danger pursuant to the principle of compensation (below V.)

2. Limitation of mutual recognition through the national identity of the Member States

As a classic expression of sovereign state power, every criminal proceeding - including one conducted across borders - requires regard for the national identities of the involved states. Pursuant to Art. 4 (2) TEU, the European legislator, too, must respect these.

If a Member State is compelled to recognise and execute another Member State's measures and thus acts of foreign sovereignty which run counter to its own values, this can shake the foundations of its legal and social order.

Therefore, in pursuance of the principle of compensation (below V.), European legal instruments based on the principle of mutual recognition must always be drafted in such a way that the executing state can observe its national traditions and values. This can be achieved by introducing a specific ground for refusal, as is for instance explicitly provided for regarding civil proceedings.

3. Limitation of mutual recognition through the principle of proportionality

A fundamental principle of the exercise of power in accordance with the rule of law is the principle of proportionality, which is enshrined in Art. 5 (4) TEU and in the constitutions of numerous Member States. Therefore, in the course of a cross-border criminal proceeding, too, all measures must be suitable, necessary and appropriate for the achievement of a legitimate aim.

In a cross-border criminal proceeding, interferences with individual rights often are more intrusive than in a purely domestic proceeding. Among other reasons, affected persons are confronted with measures which have been taken by foreign authorities on the basis of a law that is foreign to them, because they cannot communicate in their language, and because contact to persons close to them is more difficult.

If, in accordance with the principle of mutual recognition, the proportionality of a measure is assessed only by the authorities of the issuing state, the authorities of the executing state have no opportunity to make corrections - although they may be in a better position to assess the measure's impact. Moreover, it may be the case that the law of the executing state provides for measures which are milder but fully sufficient in order to achieve the pursued aim, yet could not be taken into consideration by the issuing authorities.

When assessing the proportionality of a measure, the principle of compensation (below V.) requires that the specific disadvantages for the affected person that result from their cross-border dimension are

specially taken into account. The executing state must at least be permitted to resort to milder, similarly effective measures.

II. Demand: Balance of the European criminal proceeding

With regard to a criminal proceeding on the basis of mutual recognition, as well as to an increasingly supranationalised European criminal proceeding, the European basic rights and Art. 4 (2) TEU require that the public interest in criminal prosecution, the Member State's interest in preserving the national identity as well as the affected citizens' interests be balanced on the principle of proportionality.

The creation and increasing involvement of supranational institutions in the criminal proceeding threatens to result in a one-sided shift of power in favour of the prosecution. This may weaken the position of the suspect, of the victim and of third persons affected by the proceeding. In addition, access to and communication with supranational authorities can be more difficult than in respect to national authorities in a domestic criminal proceeding. To a lesser extent, the Member States' national identities may be affected, too.

To avoid such an imbalance, the Union legislator should - in pursuance of the principle of compensation (below V.) - consider the creation of institutions that strengthen the affected individuals' position. When creating supranational authorities and defining their competences, regard is furthermore to be had to the preservation of the Member States' national identities.

III. Demand: Respect for the principle of legality and judicial principles in the European criminal proceeding

The criminal proceeding is characterised by its degree of formalisation. In order to comply with the requirement of legality, at least the decisions on the applicable law and on criminal procedural measures which interfere with individual rights must be based on a clear legal provision. The affected person must moreover have the opportunity to request review by a court, as Art. 47 (1) of the Charter of Fundamental Rights requires as well.

As long as criminal proceedings were conducted according to purely national law, the legislators of the Member States could ensure observance of these principles. The lack of clear supranational rules for cross-border sets of facts therefore could be tolerated more easily. Meanwhile, however, cooperation in criminal matters is increasingly governed through European law. Therefore, in the future the adherence to the principle of legality and judicial principles in cross-border criminal proceedings must be warranted on the Union level.

Where several Member States have criminal jurisdiction over an offence, there is a danger of parallel proceedings which not only cost time and money but also put a significant burden on the suspect. Because the current provisions on *ne bis in idem* follow the principle “first come, first served”, it is highly coincidental which substantive and procedural law ultimately applies. Furthermore, the conditions under which basic rights may be interfered with the course of judicial cooperation within the

Union are partly unclear and governed by a multiplicity of legal instruments which often are implemented only fragmentarily by the Member States. The interaction between supranational and national institutions in cross-border criminal proceedings, too, is not always clearly regulated.

The European legislator therefore must create a clear set of rules governing which Member States may exercise criminal jurisdiction over an offence and thereby reduce conflicts of jurisdiction. If the Union creates possibilities for cooperation or procedural participation of supranational institutions, then pursuant to the principle of compensation (below V.) it must at least define the requirements and limits to interferences in individual rights as clearly as possible. Similarly, it must see to it that the affected person can obtain effective legal protection.

IV. Demand: Preservation of coherence

A fair criminal proceeding in accordance with the rule of law is only conceivable in a system without internal contradictions which creates a balance in each individual case between the interests of the state and those of the suspect. Also, the law of criminal procedure must be coherent with the provisions of the substantive criminal law which it is supposed to enforce.

In regard to requirements set out by the Union legislator concerning cross-border criminal proceedings, there firstly is the danger that these contradict rules and definitions contained in existing EU legal

instruments and thereby violate Art. 11 (3) TEU and Art. 7 TFEU (lack of horizontal coherence). At the same time, the harmonisation of criminal procedure law may interfere with the consistency of the domestic systems of criminal justice (lack of vertical coherence). The consistency and balance of the national criminal proceeding is also endangered if, through mutual recognition, elements of different codes of procedure are combined with one another (“hybrid proceeding”).

The Union legislator must therefore pay attention to coherence both in the horizontal - within the Union legal order - and in the vertical perspective - concerning the Member States’ systems of criminal justice. If it deviates from the Union level frame of reference, this requires special justification. To avoid unnecessary interference with the consistency of national systems of criminal justice, it has to examine the impact of new legal instruments - both for the implementation of the principle of mutual recognition and for the harmonisation of national systems of procedure - in this regard and must explicitly substantiate their harmlessness on this basis. If the coherence of a Member State system of criminal justice were to be seriously disrupted, the European legislator must arrange appropriate compensation pursuant to the principle of compensation (below V.).

V. Demand: Compensation of Deficits of the European criminal proceeding

To ensure that each legal instrument in the area of criminal procedure law adheres to the aforementioned demands, the Union legislator must

first and foremost provide for safety mechanisms in each respective legal instrument itself. To the extent that such corrections are not sensible or not sufficient, particularly in areas in which the deficits of the European criminal proceeding present themselves as purely factual consequences of cross-border criminal prosecution, the provision of supplementary measures which provide for an appropriate compensation for existing deficits is necessary.

In the spirit of good governance, the Union legislator must extensively explain why it decides in favour or against a particular type of compensation. In principle, it must let itself be guided by the notion that the graver the effects of a legal instrument are, the more extensive the compensation measures have to be. Especially in the area of mutual recognition, the lesser extent to which the relevant provisions have previously harmonised, the more leeway a legal instrument must grant to the executing state.

VI. Demand: Observance of the principle of subsidiarity

Instruments which are relevant for criminal procedure law and which are enacted on the basis of shared competences must in accordance with the general rules of EU law (art. 5 (3) TEU) observe the principle of subsidiarity. According to this principle, the EU legislator may take action only on the condition that the goal pursued

(a) cannot be reached more effectively by measures taken at the national level and

(b) due to its nature or scope can be better achieved at the Union level

The principle of subsidiarity applies to instruments regulating criminal law cooperation between the Member States, to harmonisation of national procedural law and to the establishment of supranational institutions or entities such as the European Public Prosecutor.

Accordingly, the national legislator should be given priority in relation to the European legislator to the extent that the Member State is capable of dealing with a given issue. In this way the citizens will be brought closer to the decision making when it comes to the questions of criminal procedural law.

Also, in determining whether a goal pursued within criminal procedure is “better achieved” at Union level, side effects regarding, in particular, democratic participation and human rights related issues (effective defence) should be taken into consideration. If the proposed EU legislation, for instance, considerably weakens the position of the defence - and if this weakness cannot be compensated at a national level - the goal pursued might not be “better achieved” at Union level.