

# **Appunto per il gruppo di lavoro sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia**

*di Cesare Pinelli*

24 maggio 2004

1. Premessa. 2. La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. 3. I problemi giuridici posti dalla decisione quadro sulla base di recenti casi giurisprudenziali. 4. Il progetto di trattato costituzionale. 5. Gli spazi per superare l'impasse.

1. Per mettere a fuoco alcune delle questioni poste dalla cooperazione giudiziaria in materia penale, prenderò prima in considerazione i problemi applicativi della decisione quadro del Consiglio del 13.6.2002 sul mandato d'arresto europeo, poi confronterò la decisione quadro con le previsioni del progetto di trattato costituzionale.

2. La decisione quadro si propone di 1) abolire la procedura di estradizione fra Stati membri per le persone sottoposte a condanne definitive che si sottraggono alla giustizia e 2) accelerare la procedura di estradizione per le persone sospettate di aver commesso un reato (Considerando 1). A questo fine l'art. 1 introduce la figura del mandato d'arresto europeo, definendola come "una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata al fine dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà".

Il mandato d'arresto europeo "può essere emesso" (facoltativo) per reati che la legge dello Stato emittente punisce con una pena non inferiore a dodici mesi oppure se in tale Stato vi è stata condanna a una pena non inferiore a quattro mesi. Il mandato d'arresto europeo dà luogo a consegna (obbligatorio) ove la legge dello Stato emittente, "indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato", punisca con un massimo della pena pari o superiore a tre anni i reati indicati dalla stessa direttiva, che coprono 32 fattispecie (solo in parte di rilevanza transnazionale: ad es. traffico di veicoli rubati, omicidio volontario, lesioni personali gravi), nonché le altre che il Consiglio Europeo decida all'unanimità di inserire nella lista (art. 2).

Tutto il sistema previsto dalla decisione quadro si basa sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali (Considerando 2 e art. 1 par. 2), e appunto per questa ragione si afferma che "Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati

membri”, e che la sua attuazione può essere sospesa solo in caso di “grave e persistente violazione” da parte di uno Stato membro dei principi sanciti dall’art. 6, par. 1, TUE (Considerando 10). Ma una “grave e persistente violazione” rimane un’ipotesi estrema. Proprio per questo, si può dire che la decisione quadro, più che presupporre, scommette su “un elevato livello di fiducia” fra Stati membri.

D’altra parte, secondo l’art. 1, par. 3, “L’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall’art. 6 TUE non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro”. Fra tali obblighi vi è il rispetto della CEDU, alla quale hanno aderito tutti gli Stati membri. La semplice adesione alla CEDU non è però ovviamente una base sufficiente per garantire “un elevato livello di fiducia” fra Stati membri, dal momento che questi possono sempre contravvenire alle sue disposizioni. Anzi, per i profili e per le ragioni che vedremo, proprio il rispetto della CEDU potrebbe ostacolare seriamente il mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali.

3. Sulla base dei dati offerti da studi recenti (S.Alegre-M.Leaf, *Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant* e in E.Guild, *Crime and the EU’s Constitutional Future in an Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Journal*, March 2004), si può dire che l’attuazione del mandato d’arresto europeo, in quanto fondato sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, è attraversata da un contrasto di fondo fra “l’elevato livello di fiducia tra Stati membri” richiesto dal nuovo sistema e il fatto che gli Stati membri, anche lasciando da parte le loro soggettive disponibilità a fidarsi dei sistemi penali degli altri Stati, sono soggetti a vincoli internazionali e costituzionali il cui contenuto non coincide col sistema del mutuo riconoscimento. Il contrasto è dimostrato da una sentenza della Corte di Giustizia (v. A)), e da una serie di casi giurisprudenziali (v. B) o di problemi connessi all’attuazione del sistema (v. C)).

A) Il principio del mutuo riconoscimento è indirettamente chiamato in causa nella prima decisione della Corte di Giustizia in materia penale (Gozutok § Brugge, 2003), relativa all’interpretazione del ne bis in idem come sancito dall’art. 54 dell’Accordo di Schengen (“Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un’altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”). La Corte ha

dato delle parole “sentenza definitiva” un’interpretazione tale da comprendere il caso in cui “il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l’intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l’imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro stabilita dal Pubblico ministero”.

Nella motivazione (§ 38) la Corte osserva che l’art. 54 dell’Accordo di Schengen si propone di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposto a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri, e che per realizzare compiutamente tale scopo esso va riferito a decisioni che chiudono definitivamente il procedimento penale in uno Stato membro anche senza l’intervento di un giudice e senza assumere la forma di una sentenza. D’altra parte, osserva ancora la Corte (§ 33), il principio del *ne bis in idem* “implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l’applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”. E’ un’affermazione molto forte anche alla luce dell’art. 50 della Carta dei diritti (che pure la Corte non era tenuta formalmente a considerare), il quale codifica il principio del *ne bis in idem* in riferimento a “una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”. Il fatto che per la Corte conti solo il risultato della pena per l’individuo, non la qualificazione del comportamento che lo Stato membro abbia adottato (E.Guild, *Crime*, cit., 231), comporta un livello di fiducia reciproca fra Stati membri ancora più elevato di quanto induca a ritenere il testo della decisione quadro.

B) Gli studi citati riportano recenti casi giurisprudenziali in tema di estradizione, pur con l’avvertenza che, in forza del nuovo sistema, le decisioni sulla “consegna” passano dal potere esecutivo al potere giudiziario.

Di fronte a una richiesta di estradizione avanzata dalla Francia al Regno Unito relativamente a una persona sospettata di terrorismo in base a dichiarazioni rese da un’altra persona che la polizia francese avrebbe sottoposto a “trattamenti inumani o degradanti” nel senso dell’art. 3 CEDU e tali da violare il principio del giusto processo di cui all’art. 6 CEDU, l’Alta Corte inglese ha rilevato l’obbligo dell’Home Secretary di rifiutare su questa base l’extradizione (ex p. *Rachid Ramda*). L’Alta Corte ha anche rigettato l’argomento che Francia e Regno Unito sono ambedue aderenti alla CEDU: poiché, ha affermato, la Corte Europea dei diritti dell’uomo non è un giudice di appello (come la stessa Corte ha confermato in *Kudla v. Poland*, 2000), l’Home Secretary non può trattare la Corte di Strasburgo come parte dell’ordinamento giuridico francese.

Analogamente, una Corte d'appello francese ha rifiutato l'extradizione richiesta dalla Spagna di una persona sospettata di terrorismo (ETA) sulla base di dichiarazioni rese da un'altra persona sottoposta a tortura in Spagna, e perciò tali da contravvenire all'art. 15 della Convenzione di New York del 1984. Ancora, in situazioni simili, il rifiuto di estradizione è stato motivato in base alla violazione da parte dello Stato richiedente l'extradizione di principi costituzionali dello Stato cui l'extradizione era stata richiesta (Germania-Francia; Spagna-Italia).

C) Quanto all'eliminazione del requisito di doppia incriminazione, gli studi citati mettono in evidenza che, quando la richiesta di consegna riguarda fatti qualificati come reati solo nello Stato richiedente e non anche nello Stato destinatario della richiesta, si può configurare una violazione del principio di irretroattività delle leggi penali stabilito dall'art. 7 CEDU (e ripreso dall'art. 49 della Carta). Si fa il caso dell'aborto, che, in quanto venga definito in certi Stati come 'infanticidio', può rientrare nella fattispecie di 'omicidio' solo nella legislazione di quegli Stati.

Sulla base di quanto detto finora, è facile prevedere che, lasciato a se stesso, il sistema del mutuo riconoscimento è destinato a produrre crescenti conflitti. E non si può escludere del tutto che tali conflitti, oltre a investire giurisdizioni nazionali, potrebbero porsi sul piano sovranazionale. Finora, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato solo in un obiter dictum la propria competenza a conoscere in via eccezionale di questioni concernenti l'extradizione (*Soering v. UK*, 1989), ma il sistema del mutuo riconoscimento le offre senza dubbio nuove possibilità di intervento. D'altra parte, l'attitudine sostanzialistica che la Corte di giustizia ha dimostrato in *Gozutok* porta a mettere da parte quegli stessi principi garantistici contenuti nella CEDU, nelle Costituzioni nazionali e nella Carta dei diritti, su cui insiste tutta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In altre materie, le due Corti europee sono riuscite negli ultimi anni a scansare una serie di conflitti reciproci. Che un conflitto possa verificarsi in materia penale è a maggior ragione improbabile. Ma non lo si può escludere del tutto.

4. A differenza della decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo, il progetto di trattato costituzionale non considera il mutuo riconoscimento come l'unico sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale. L'art. III-171 dice che tale cooperazione "è fondata" sul riconoscimento reciproco, ma "include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al par. 2 e all'art. III-172".

Ci si può chiedere quale rapporto intercorra fra i due sistemi. Può essere un rapporto di mutua esclusione, nella misura in cui il ravvicinamento riguardi soltanto fattispecie penali di rilevanza transnazionale, oppure un rapporto di parziale coincidenza, nella misura in cui il ravvicinamento serva anche a stabilire strumenti di raccordo e basi comuni minime tali da favorire il mutuo riconoscimento al di là delle decisioni concernenti reati di rilevanza transnazionale.

Nel progetto di trattato, queste due linee sono ambedue presenti. La prima risulta dall'art. III-172, che riprendendo indicazioni già formulate dal Consiglio Europeo di Tampere affida a una legge quadro il potere di stabilire “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale”. Le “sfere di criminalità” testualmente indicate (come terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti) coincidono con una parte di quelle elencate all'art. 2 della decisione quadro del Consiglio del 13.6.2002 sul mandato d'arresto europeo; inoltre, secondo l'art. III-172, il Consiglio dei ministri può prevedere “altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo”.

La seconda linea risulta dall'art. III-171, par. 2, che per “facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali che presenta una dimensione transnazionale”, attribuisce a una legge quadro il potere di stabilire norme minime su ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, diritti della persona nella procedura penale, diritti delle vittime della criminalità, altri elementi specifici della procedura penale, salvo il potere degli Stati membri “di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela dei diritti della persona nella procedura penale”.

In questo caso la dimensione transnazionale non si riferisce alla natura del reato ma alla procedura penale. Per cui le norme minime nelle materie indicate mirano a favorire il mutuo riconoscimento anche in riferimento a decisioni relative alle fattispecie non aventi rilevanza transnazionale, elencate nella decisione quadro sul mandato d'arresto.

Ciò dovrebbe consentire all'Unione di introdurre norme minime di diritto processuale penale là dove il sistema del mutuo riconoscimento non si riveli autosufficiente. Nel suo intervento al Gruppo di lavoro X della Convenzione (5 dicembre 2002), Gilles De Kerchove, direttore del Segretariato generale del Consiglio, ha osservato che, nonostante il mutuo riconoscimento, l'esigenza di

armonizzazione rimane da soddisfare per cinque ragioni, fra cui quelle di evitare l' "effetto santuario", cioè la tendenza delle organizzazioni criminali a concentrarsi negli Stati dove la legislazione penale è più contenuta, di consentire all'Unione di avere una voce nella formazione delle norme internazionali (v. Convenzioni delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata e sul terrorismo), e di favorire la realizzazione del mutuo riconoscimento.

I problemi giuridici posti dal mutuo riconoscimento (v. § 3) mi sembrano comunque sufficienti a dimostrare la necessità di intervenire con norme minime comuni di diritto processuale penale.

5. La possibilità di produrre norme minime nelle materie indicate all'art. III-171 sarebbe peraltro fortemente ipotecata ove venisse approvata la proposta di modifica del progetto di trattato avanzata dalla CIG e incentrata sull'emergency brake (come dimostra il paper di ASTRID del 21 marzo 2004).

Nonostante questa (pesantissima) ipoteca di ordine procedurale, le difficoltà applicative del sistema del mutuo riconoscimento come previsto dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo inducono a concentrarsi sulle nuove possibilità offerte dall'art. III-171 al fine di far avanzare la cooperazione giudiziaria in materia penale.