

| 134 LIMITI E GARANZIE DEL PRINCIPIO DEL “MUTUO RICONOSCIMENTO”. RIFLESSIONI IN TEMA DI MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

L'introduzione nel nostro ordinamento del mandato d'arresto europeo pone l'attenzione degli studiosi del processo penale nuovi ed interessantissimi spunti di riflessione in tema di armonizzazione e cooperazione giudiziaria. Senza voler mettere in alcun modo in discussione né la legittimità né tanto meno l'indubbia utilità pratica e simbolica del principio del mutuo riconoscimento, non può non osservarsi come di elevata importanza appaia l'esigenza di verificare se e come la concreta dimensione di una libera circolazione dei provvedimenti giudiziari possa essere resa compatibile con i principi costituzionali del nostro ordinamento, auspicando che la realizzazione di tale equilibrio normativo venga poi rigorosamente assicurata da una adeguata interpretazione giurisprudenziale.

Sommario 1. Premessa — 2. Il principio del mutuo riconoscimento — 3. La direttiva quadro e la nostra legge di recepimento — 4. L'ermeneutica giurisprudenziale — 5. Le osservazioni critiche: la necessità di un approccio problematico alla pluralità delle fonti — 6. La sentenza Ramoci e la validità del “principio di interpretazione conforme” al diritto comunitario nel caso di specie — 7. La verifica del rispetto dei principi costituzionali in tema di giusto processo — 8. L'equità del processo rispetto all'art. 6 CEDU — 9. Conclusioni.

1. PREMESSA

Il mandato d'arresto europeo, primo vero “esperimento” di diritto processuale penale europeo, trova, come noto, la sua origine concettuale nel rivoluzionario principio del “mutuo riconoscimento”⁽¹⁾; principio che evocato per la prima volta in occasione del

di
**Antonio
Pagliano**

Professore aggregato
di Diritto processuale
penale dell'Unione
Europea
Seconda Università
degli Studi di Napoli

⁽¹⁾ Per una approfondita analisi sul mutuo riconoscimento come nuovo ordine categoriale della cooperazione giudiziaria tra Stati membri dell'Unione si rinvia a: IUZZOLINO, *L'emissione del mandato d'arresto europeo tra ermeneutica e prassi*, in questa rivista, 2008, p. 2114 ss.; IUZZOLINO, voce *Mandato d'arresto europeo (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, agg. 2007, p.1 ss.; ARMONE-IUZZOLINO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, 2006; CANKSTRARI-FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2005; A.A.VV., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, a cura di De Kerchove-Eyemembergh, Bruxelles, ULB, 2001; A.A.VV., *Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere*, in questa rivista, 2000, 1, p.307 ss.; PACIOTTI-AMATO (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giu-*

stizia, in *Quaderni di Astrid*, Il Mulino, 2005; ANODINA, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in questa rivista, 2001, p.2998; ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro. Quale futuro?*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, cit.; BARBE, *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrest européen, terrorisme et Eurojust*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 454; BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 144; BILANCIA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 345 - 365; CALVANESE-DE AMICIS, *Dalla convenzione di Parigi al vertice di Laeken la lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida dir.*, 2002, n. 5, p. 106 ss.; CULLIEN-JUND, *Criminal Justice Cooperation in the European*

Consiglio europeo di Cardiff del 1998⁽²⁾, è stato poi solennemente elevato a nuovo cardine della cooperazione giudiziaria nell'ambito di precise e coraggiose scelte di politica giudiziaria operate dal famigerato Consiglio dei Ministri della giustizia e degli affari interni dell'U.E. con la decisione-quadro del 13 giugno 2002⁽³⁾.

Quanto i singoli Stati membri, ed i loro rispettivi apparati burocratico-giudiziari, fossero realmente pronti e maturi per tale scelta è questione di cui in parte ci occuperemo nel corso di questa riflessione, nell'ambito della quale però cercheremo soprattutto di verificare quanto tale principio possa essere considerato pienamente compatibile con il nostro ordinamento in relazione al pericolo che una interpretazione assai estensiva dello stesso presti il fianco a facili aggiramenti dei principi fondanti il nostro sistema penale. Non può infatti ignorarsi che l'attuazione delle regole che disciplinano l'esecuzione del M.A.E. costituisce il frutto di un *delicato equilibrio "a tre"* fra: i principi fissati nella direttiva quadro, la normativa di recepimento approvata dal nostro Parlamento e l'interpretazione che di tali due fonti sta fornendo il giudice di legittimità.

Orbene, alla luce delle esperienze applicative registrate in questi primi cinque anni di vita, deve osservarsi come le tre citate componenti sembrano seguire direzioni sostanzialmente diverse, dando così vita a ricostruzioni ermeneutiche non prive di significativi aspetti di criticità rispetto alla coerenza interna del sistema costituzionale⁽⁴⁾. Appare infatti evidente che il nostro legislatore abbia dato attuazione «non pedissequa» alle direttive contenute nella citata decisione-quadro, bilanciando con particolare cautela le scansioni della procedura automatica di consegna ivi delineata con un rigoroso rispetto delle garanzie costituzionali interne così salvaguardando l'identità del sistema penale nazionale⁽⁵⁾.

Senza voler mettere in alcun modo in discussione né la legittimità né tanto meno l'indubbia utilità pratica e simbolica di uno strumento come quello del M.A.E., così prezioso nell'ambito di un sempre più necessario ed auspicabile processo di cooperazione fra Stati e di armonizzazione dei sistemi penali in grado di assicurare la creazione di uno spazio comune europeo, non può non osservarsi, condividendone la scelta, come la legge di recepimento sia stata costruita sul presupposto di un netto ribaltamento di prospettiva rispetto alla *ratio* ispiratrice della decisione quadro.

Union after Tampere, Koln, Bundesanzeiger, 2002; ZIMMERMAN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

⁽²⁾ Al punto 39 delle conclusioni di quel Consiglio europeo, si sottolineava «l'importanza di una efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale e che occorreva potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto chiedendo al Consiglio di determinare in quale misura si dovesse estendere il reciproco riconoscimento delle decisioni dei rispettivi tribunali». Successivamente, il principio in parola venne incluso all'interno del «piano d'azione» del Consiglio e della Commissione nel dicembre 1998 per dare attuazione alle disposizioni del Trattato di Amsterdam, di lì a poco destinato ad entrare in vigore. Le conclusioni del consiglio di Tampere posero

poi il principio del mutuo riconoscimento a «fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione, tanto in materia civile quanto in materia penale» nel quadro della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia solennemente proclamato quale obiettivo dell'Unione dall'art. 2 del Trattato.

⁽³⁾ Il testo della decisione-quadro è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* del 18 luglio 2002.

⁽⁴⁾ Preoccupazione analoga a quella espressa sin dall'immediatezza dell'adozione della decisione quadro da VASSALLI, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di eguaglianza*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 28, p. 8.

⁽⁵⁾ Si veda MAIELLO, *La disciplina interna del M.A.E. fra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2011, p. 116.

Ciò posto, la presente ricerca si prefigge l'obiettivo di verificare se la giurisprudenza interna abbia rispettato tale scelta di politica giudiziaria, ragionando poi su come la concreta dimensione di una libera circolazione dei provvedimenti giudiziari possa essere resa compatibile con i principi costituzionali del nostro ordinamento. Il pur legittimo entusiasmo determinato dalla scelta operata in tema di cooperazione giudiziaria di privilegiare, rispetto ad un lungo ed impervio percorso di armonizzazione delle varie legislazioni interne, un più snello ed efficace sistema fondato sul principio del riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari emessi all'interno dei singoli sistemi, non deve infatti distogliere l'attenzione dalla imprescindibile esigenza di tutela delle garanzie costituzionali di ciascun ordinamento. Solo così l'auspicabile ampia diffusione della cultura del mutuo riconoscimento potrà assicurare l'applicazione di buone prassi nell'uso dei singoli strumenti di cooperazione.

Come vedremo, però, l'obiettivo non appare di facile raggiungimento.

2. IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO

Dunque, come accennato, all'origine del progetto di creazione del M.A.E. vi è il principio secondo cui ogni Stato membro dell'Unione europea riconosce piena validità sia ai provvedimenti giudiziari di natura cautelare sia agli ordini di esecuzione emessi da altri Stati membri senza che ciò avvenga, come in passato, attraverso un vaglio politico. La nuova procedura ha, infatti, un respiro esclusivamente tecnico-giudiziario, relegando ai vari ministeri di giustizia compiti di natura squisitamente amministrativa⁽⁶⁾.

In pratica, lo Stato italiano assume come legittima, così impegnandosi a darne piena esecuzione, tanto alla sentenza di condanna quanto all'ordinanza cautelare emessa nei confronti di Tizio, soggiornante in Italia, da parte di un altro Stato membro attraverso le proprie regole processuali, «fidandosi» delle garanzie poste dall'ordinamento giuridico dell'altro Stato.

La reciproca fiducia nell'adeguatezza della normativa dei propri *partners* costituisce dunque il perno sul quale si fonda il principio del reciproco riconoscimento⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ In particolare, superando il requisito della doppia incriminazione, i paesi dell'Unione si impegnano a dare luogo all'esecuzione, nell'ambito del proprio territorio, sia ad ordini di esecuzione relativi a condanne definitive, sia a provvedimenti cautelari emessi dallo Stato richiedente in virtù delle proprie regole processuali, rispetto ad una serie di condotte espressamente tipizzate nel comma 2 dell'art. 2 della decisione quadro del 2002 e purché esse siano punite nello Stato emittente con una pena di almeno 3 anni di reclusione. Al comma 1 dell'art. 2 si prevede, invece, che il mandato d'arresto può essere emesso per fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con pene non inferiori a 12 mesi, oppure se è stata pronunciata condanna non inferiore a 4 mesi. Per tali ipotesi di reato, evidentemente non comprese nell'elenco di cui al comma 2 dell'art. 2, gli Stati conservano, in sostanza, una piena discrezionalità nel modellare la disciplina interna di ricezione della

decisione-quadro, potendo prevedere tanto il meccanismo della doppia incriminazione quanto più pregnanti condizioni per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo. Appare assai interessante evidenziare che la scelta iniziale della Commissione era stata di segno opposto, nel senso di una generalizzata applicazione del nuovo strumento di consegna nei confronti di qualsiasi reato purché punito con una pena edittale superiore ad 1 anno ovvero in presenza di una condanna superiore a 4 mesi.

⁽⁷⁾ Alla base del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni, che procede spesso, ma non sempre, di pari passo con un elevato grado di armonizzazione degli ordinamenti giudiziari degli Stati membri, vi è tanto l'idea della fiducia nei sistemi giuridici dei Paesi *partners*, che quella della reciproca solidarietà nella comune lotta alla criminalità organizzata, nella consapevolezza che in tanto essa potrà essere efficace in quanto non vi siano spazi

Tuttavia, a fronte di una tale significativa limitazione di sovranità, la stessa decisione-quadro, si preoccupa di fissare due importanti paletti: la previsione, per un verso, di stabilire precise disposizioni in materia di diritti che inderogabilmente competono all'imputato, facendo salvo, per altro verso, il principio in virtù del quale nel dare esecuzione al mandato d'arresto occorre rispettare le norme costituzionali degli Stati membri relative al giusto processo, nel rispetto della libertà di associazione, della libertà di stampa e di espressione.

Come dire che in assenza di un più complesso processo di armonizzazione fra i diversi sistemi giuridici, gli Stati membri si impegnano a dare esecuzione alle decisioni giudiziarie emesse dagli altri paesi ma pur sempre senza rinunciare a salvaguardare quelle garanzie peculiari alle diverse Costituzioni, espressioni delle più avvertite e sedimentate tradizioni giuridiche di ciascun popolo. Ciò obbliga, ed è questo il passaggio della decisione-quadro più delicato e complesso, sia il legislatore interno chiamato a recepire la decisione-quadro, sia l'interprete che dovrà poi darne attuazione, ad individuare il punto di equilibrio fra la possibilità di recepire decisioni emesse da un'autorità giudiziaria straniera attraverso diverse regole processuali ed il rispetto delle prerogative costituzionali proprie di un ordinamento interno ⁽⁸⁾.

Si tratta quindi di stabilire, in via di principio, come deve essere regolato il rapporto fra le fonti e poi, sul piano concreto, a che tipo di vaglio debba essere sottoposto il provvedimento giudiziario emesso dall'autorità emittente prima che ne sia data esecuzione in un altro paese, provando così a comprendere quale grado di penetrazione in concreto tale attività di controllo possa e/o debba contemplare.

3. LA DIRETTIVA QUADRO E LA NOSTRA LEGGE DI RECEPIMENTO

Nella difficile opera di ricerca del punto di equilibrio fra il principio del mutuo riconoscimento e la tutela delle garanzie costituzionali dei singoli Stati occorre muovere dal punto n. 8 dei *considerando* della decisione-quadro che statuisce come le decisioni relative all'esecuzione di un M.A.E. devono comunque essere sottoposte ad un "controllo sufficiente" da parte dell'autorità giudiziaria interna a ciò preposta dalla legge di recepimento.

L'indicazione, invero assai significativa se si considera che nell'originaria versione del testo si faceva riferimento ad un "controllo minimo", espressione questa di un'intensità del controllo evidentemente meno pregnante ⁽⁹⁾, porta a ritenere che la limitazione di sovranità necessaria a garantire la circolazione nello spazio giuridico euro-

vuoti ove gruppi criminali possono impunemente inserirsi, facendo leva sulle lentezze e le pastoie della cooperazione, giovandosi di sacche di possibili impunità derivanti dalla eterogeneità dei diversi ordinamenti. Così SPREZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, in *Guida dir.*, 2005, p. 164 ss.

⁽⁸⁾ La ricerca di un punto d'equilibrio sarebbe comunque ineludibile anche se si accedesse ad una interpretazione del *considerando* n. 12 della decisione-quadro secondo cui si dovrebbe intendere il

richiamo ivi contenuto alle norme costituzionali in tema di giusto processo come rivolto ad indicare il rispetto di quei "principi comuni" che regolano la giurisdizione penale.

⁽⁹⁾ Anche nei casi di cui al comma 2 dell'art. 2 della decisione-quadro, in relazione ai quali lo Stato membro richiesto della consegna deve dare luogo ad essa, è comunque prevista la necessità di espletare un controllo affinché venga data effettiva esecuzione alla relativa consegna.

peo di provvedimenti giurisdizionali adottati dalle singole magistrature non può essere ritenuta incondizionata, ovvero subordinata ad un controllo di tipo meramente formale da parte della autorità ricevente la richiesta di consegna. Al contrario, si palesa un'indiscutibile volontà di assicurare che il principio del mutuo riconoscimento trovi un importante momento di verifica da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a dare esecuzione alla richiesta di consegna, col chiaro intento di garantire un filtro all'adozione di tali provvedimenti in armonia con i principi costituzionali interni dei vari ordinamenti.

Inoltre, resta da capire che tipo di verifica l'autorità chiamata a dare esecuzione alla richiesta di consegna debba effettuare nei riguardi del provvedimento proveniente dall'autorità giudiziaria del paese richiedente, dovendosi stabilire, pertanto, di quali garanzie concrete debba godere Tizio, condannato in un altro stato membro dell'U.E., una volta che l'autorità giudiziaria del paese che lo ospita venga raggiunta da una richiesta di consegna.

Orbene, la legge di recepimento approvata dal Parlamento italiano risponde al quesito circa il tipo di verifica a cui l'autorità chiamata a dare esecuzione alla richiesta di consegna debba sottoporre il provvedimento proveniente dall'autorità giudiziaria del paese membro manifestando l'idea di fondo che tale controllo deve pur sempre evitare che, a seguito ed in conseguenza dell'esecuzione di un M.A.E., possano penetrare all'interno del sistema giudiziario provvedimenti che non sarebbero stati emessi nel rispetto delle regole del nostro processo penale di diretta derivazione costituzionale.

A prescindere, infatti, dalla tipizzazione delle ipotesi di rifiuto dell'esecuzione del mandato d'arresto di cui all'art. 18, con i primi due articoli della legge di recepimento il legislatore ha voluto porre ben precisi vincoli all'opera del giudice nazionale, da un lato, fissando l'obbligo di non dare corso al mandato d'arresto quando la decisione giurisdizionale emessa dal paese richiedente sia stata presa in violazione di un principio attinente alle garanzie dell'imputato previste da una fonte europea o dalla nostra Costituzione – così come si evince dalla lettura del comma 1 dell'art. 1 e dal comma 1 dell'art. 2 –, dall'altro prevedendo la garanzia della riserva di giurisdizione – fissata nel comma 3 dell'art. 1 e comma 4 dell'art. 17.

Si cristallizza, pertanto, nella legge di recepimento un elevato livello di garanzie nella realizzazione della procedura di consegna, espressione, evidentemente, di una certa prudenza nell'accoglimento incondizionato del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie emesse dai singoli Stati membri ⁽¹⁰⁾.

4. L'ERMENEUTICA GIURISPRUDENZIALE

Le linee interpretative emerse in seno alla giurisprudenza di legittimità non sembrano però andare nella stessa direzione della legge di recepimento ed anzi se ne discostano pericolosamente, abbracciando un'interpretazione del punto 12 dei *consideran-*

⁽¹⁰⁾ Per una critica alla legge di recepimento si rinvia a SEIVAGGI-DE AMICIS, *La legge sul mandato d'arresto europeo fra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *questa rivista*, 2005, p. 1817 ss. Di

contra, in termini di apprezzamento per le scelte operate dal legislatore, si veda MATELLO, *La disciplina interna*, cit., p. 112 ss.

da per la quale, laddove si accenna al rispetto delle norme costituzionali dei vari Stati sul giusto processo, ci si riferirebbe ai "valori comuni" desumibili in materia dalle varie Carte fondamentali ⁽¹¹⁾.

Da qui prende corpo un corto circuito interpretativo che, dilatando a dismisura il principio del mutuo riconoscimento, produce l'accantonamento di quel complesso sistema di garanzie costituzionali faticosamente introdotte dalla novella del 1999 in tema di cd. "giusto processo". Analizziamo allora i due principali ambiti relativi alla legge di recepimento in cui si è palesata tale manipolazione ermeneutica, partendo dalla previsione della riserva di giurisdizione.

Come poc'anzi accennato, appare chiara la volontà del legislatore, prevedendo fra i requisiti di ammissibilità della consegna l'obbligo di motivazione, di escludere che la cognizione del giudice nazionale rappresenti un controllo di natura meramente formale ⁽¹²⁾. La giurisprudenza di legittimità ha invece promosso un'ermeneutica assai riduttiva di tale precetto, affermando che il giudice italiano deve limitarsi ad accertare che il mandato di arresto sia fondato su un compendio indiziario del quale l'autorità richiedente abbia dato ragione anche in senso lato ⁽¹³⁾.

Analoga disamina deve purtroppo constatarsi anche per ciò che concerne l'obbligo di non dare corso al mandato d'arresto quando la decisione giurisdizionale emessa dal paese richiedente sia stata presa in violazione di un principio attinente alle garanzie dell'imputato previste da una fonte europea o dalla nostra Costituzione. Accade, infatti, che la Germania emetta un M.A.E. nei confronti di un cittadino italiano condannato per traffico di sostanze stupefacenti a seguito di un processo in cui l'unico testimone diretto, che nel corso delle indagini aveva reso nei suoi confronti dichiarazioni accusatorie, si era poi avvalso della facoltà di non rispondere con successiva acquisizione al fascicolo del dibattimento delle sue dichiarazioni. Queste, inoltre, erano state confermate in giudizio dall'agente di polizia, quindi testimone indiretto, che le aveva raccolte. Avverso la sentenza della corte d'appello che ne disponeva la consegna all'autorità giudiziaria della Repubblica Federale di Germania, proponeva ricorso per cassazione il condannato, il quale, tra l'altro, lamentava la violazione del citato art. 2 in considerazione del fatto che erano stati violati i precetti ivi contenuti, ed in particolare quelli riferiti all'art. 111 Cost.

Il ricorso presentato dal cittadino italiano condannato all'estero ed oggetto di una richiesta di consegna era pertanto incentrato sull'obiezione che, alla luce della legge di recepimento, non sarebbe possibile per le nostre autorità giudiziarie dare esecuzione ad una richiesta di consegna fondata su una sentenza di condanna che in Italia giammai si sarebbe potuta pronunciare, nell'ambito delle regole del nostro sistema processuale, in quanto emessa da un lato, utilizzando una prova assunta in violazione del divieto sancito dall'art. 195, comma 4, c.p.p., e, dall'altro, infrangendo la regola di valutazione di cui all'art. 526, comma 1-bis, c.p.p., corollario del precetto contenuto

⁽¹¹⁾ MENNA, *Il mandato d'arresto europeo fra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche*, in *Dir. proc. pen.*, 2010, p. 250.

⁽¹²⁾ MARZADURI, sub artt. 1-2, in AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge del 22 aprile 2005, n. 69*, 2006, p. 80, oltre al già citato MAIELLO,

La disciplina interna, cit., p. 120.

⁽¹³⁾ Si veda Sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 334 ss. e in *questa rivista*, 2007, p. 1911; sulla cui scia si registra anche Sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16362, Mendaglio, *ivi*, 2009, p. 3530.

nell'art. 111 Cost., in virtù della quale nessuno può essere condannato sulla base di dichiarazioni rese da chi si è volontariamente sottratto all'esame dibattimentale.

Ebbene, la Corte di cassazione, chiamata per l'occasione per la prima volta a pronunciarsi sull'esegesi dell'art. 2 della l. n. 69 del 2005, ha confermato la piena eseguibilità del M.A.E. emesso dall'autorità giudiziaria tedesca, acconsentendo così alla consegna del ricorrente ⁽¹⁴⁾. La decisione, le cui motivazioni paiono tra l'altro estremamente stringate oltre che laconiche a fronte di un così delicato e complesso problema interpretativo, desta non poche perplessità, generando nell'osservatore più attento il legittimo timore che l'operazione ermeneutica effettuata dalla giurisprudenza di legittimità possa finire con il travolgere, anche involontariamente, imprescindibili garanzie processuali faticosamente conquistate e cristallizzate grazie alla novella dell'art. 111 Cost., spostando così indietro le lancette dell'orologio a quella infausta stagione di restaurazione inquisitoria avviata nel 1992 dalla Corte costituzionale.

Secondo la Corte, infatti, ai fini della decisione sulla consegna non rilevarebbe «il fatto che l'ordinamento dello Stato membro emittente presenti garanzie che possano apparire meno soddisfacenti di quelle dell'ordinamento italiano quanto alle specifiche norme che si ispirano ai principi dell'oralità e del contraddittorio. Ciò che conta è che siano rispettati i canoni del "giusto processo" come definiti dalle Carte sovranazionali ed in particolare come condensati dall'art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, che del resto sono quelli cui si richiama il novellato art. 111 Cost.».

Per avallare tale ricostruzione, la sentenza fa poi riferimento ad un analogo principio già espresso dalle Sezioni unite il 30 gennaio 2007, relativamente ad un caso in cui si discuteva della necessità da parte del giudice italiano di verificare se la legislazione dello Stato richiedente contemplasse una disciplina in materia di limiti massimi di carcerazione preventiva compatibile con quanto previsto nell'ultimo comma dell'art. 13 Cost., così come prescritto nell'art. 18, comma 1, lett. e) della legge n. 69 del 2005 ⁽¹⁵⁾. Infine, sostiene la sentenza come in ogni caso non risulta, né è stato dedotto, che il condannato abbia sollecitato un confronto con la fonte accusatoria che si è avvalsa della facoltà di non rispondere.

Tre dunque le argomentazioni che adopera la Corte per legittimare nel caso in esame l'esecuzione del M.A.E. richiesto dall'autorità giudiziaria tedesca, vale a dire: a) la non rilevanza dell'eventuali minori garanzie offerte dall'ordinamento giuridico del paese emittente; b) la mancanza della richiesta da parte dell'imputato di essere messo a confronto con il suo accusatore; c) l'assoluta prevalenza del principio ermeneutico "dell'interpretazione conforme", così come applicato anche dalle Sezioni unite nella sentenza Ramoci, ai fini della eseguibilità del M.A.E. in virtù del quale occorre limitare la verifica del rispetto dei canoni del giusto processo così come fissati, in particolare, dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo a cui d'altronde si ispira il novellato art. 111 Cost.; principi che la decisione sottesa alla richiesta di consegna del cittadino italiano non viola in alcun modo.

⁽¹⁴⁾ Sez. VI, 3 maggio 2007, n. 17632, Melina, in *questa rivista*, 2008, p. 2929.

⁽¹⁵⁾ Sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *questa rivista*, 2007, p. 1911, con nota di CALVANESE, *Proble-*

matiche attuative del mandato d'arresto europeo, ed APRILE, *Note a margine della prima pronuncia delle Sezioni Unite sulla disciplina del mandato d'arresto europeo*.

In sostanza, a giudizio dell'organo di legittimità, nel dare esecuzione ad un M.A.E., il giudice italiano, a fronte del tenore letterale dell'art. 2, comma 1, lett. b) della l. n. 69 del 2005, non deve valutare la legittimità della decisione emessa dall'autorità giudiziaria straniera in relazione ai principi ed alle regole contenute nella nostra Costituzione, ma deve limitarsi a verificare che tale decisione non sia stata emessa in violazione dei diritti fondamentali così come fissati nella CEDU ai quali si ispira lo stesso art. 111 Cost.; ciò alla luce del fatto che deve procedersi ad interpretare la normativa interna alla luce dello scopo della decisione quadro che tale normativa è deputata a recepire, così come statuito dalla sentenza Ramoci.

5. LE OSSERVAZIONI CRITICHE: LA NECESSITÀ DI UN APPROCCIO PROBLEMATICO ALLA PLURALITÀ DELLE FONTI

Le prime due osservazioni formulate dalla Corte appaiono assolutamente insoddisfacenti e francamente fuorvianti ⁽¹⁶⁾. Piuttosto, la verifica cui era chiamata la corte, nel rispetto della previsione dell'art. 2 della l. n. 69 del 2005, doveva essere tesa ad accertare se nel processo celebrato in Germania si fosse o meno registrata una possibile violazione delle nostre regole costituzionali sul "giusto processo", non potendosi in tal caso, come assunto dal ricorrente, assicurare l'esecuzione del M.A.E.

Ebbene, a tale quesito la sentenza in parola fornisce una generica ed insoddisfacente risposta con il terzo e più pregnante rilievo affermando che il giudice italiano è tenuto a guardare non tanto alle garanzie di cui all'art. 111 Cost. quanto piuttosto a quelle delle Convenzioni europee, fra le quali soprattutto quella dei diritti dell'uomo a cui, in fondo, si ispira la novella costituzionale del 1999.

Tale interpretazione sarebbe giustificata dal principio ermeneutico fissato dalla già citata sentenza Ramoci ⁽¹⁷⁾, così come a sua volta enucleato dalla sentenza Pupino ⁽¹⁸⁾, in virtù della quale il giudice deve interpretare le norme interne alla luce dello scopo della decisione-quadro di riferimento.

Secondo la Corte si delineerebbe pertanto un sistema delle fonti in cui la norma pattizia o convenzionale europea prevale sempre su quella interna, sicché anche i nostri principi costituzionali dovrebbero essere interpretati in modo conforme alla decisione-quadro. Risulterebbe così sufficiente, in sede di esecuzione di un M.A.E., verificare il rispetto delle garanzie fissate dalla CEDU, attribuendosi così una qualche prevalenza di tali principi rispetto a quelli fissati nella nostra Carta costituzionale in

⁽¹⁶⁾ Invero, il problema ermeneutico devoluto alla Corte non era né quello di verificare se nel processo celebrato in Germania vi fosse stata una generica violazione dei diritti fondamentali dell'imputato, né, tanto meno, quello di appurare se lo stesso imputato avesse sollecitato o meno un confronto con la fonte accusatoria. Evidentemente, come è stato acutamente osservato, il riferimento evocato dalla Corte costituisce un retaggio di quell'indirizzo interpretativo relativo all'applicazione dell'art. 705 c.p.p.

secondo cui il giudice deve opporre un rifiuto alla richiesta di estradizione quando il soggetto sia stato sottoposto ad un processo che non abbia assicurato il rispetto dei principi fondamentali previsti nel nostro ordinamento. Sul punto si veda APRILE, *Osservazioni cit.*, p. 2929.

⁽¹⁷⁾ Si veda Sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, cit., p. 1911.

⁽¹⁸⁾ C. giust. CE (Grande Sezione), sentenza 16 giugno 2005, proc. C-105/03, Pupino.

virtù di un amplissimo riconoscimento del principio del mutuo affidamento fra Stati membri.

Così argomentando, nel senso di porre sullo stesso piano le norme interposte e quelle di rango costituzionale, la Corte di cassazione finisce però con l'elidere i principi dettati in tema di gerarchia delle fonti dall'ermeneutica della Corte costituzionale, contravvenendo pertanto alla teoria dei c.d. "contro limiti".

Al rapporto fra ordinamento interno e disciplina dell'Unione europea può infatti facilmente estendersi ciò che la Corte costituzionale ha sancito allorché ha ritenuto che i precetti della CEDU fossero da considerarsi alla stregua di norme interposte, da un lato, quindi, prevalenti sulle regole ordinarie interne, dall'altro lato, però, a loro volta vincolate al rispetto dei principi della nostra carta costituzionale ⁽¹⁹⁾. Se non può dubitarsi che dagli artt. 11 e 117 Cost. derivino precisi vincoli all'ordinamento italiano in virtù dei quali deve riconoscersi la prevalenza della fonte sovranazionale sul nostro diritto interno, allo stesso modo non può ignorarsi l'esistenza dei c.d. "contro limiti", vale a dire di quei principi inderogabili fissati dalla nostra Costituzione, di fronte ai quali la norma pattizia ovvero convenzionale deve necessariamente cedere il passo ⁽²⁰⁾.

In caso di contrasto fra una norma nazionale con una o più norme CEDU, afferma infatti la Corte costituzionale, per scongiurare un ipotetico vizio di legittimità costituzionale, «occorre verificare se le seconde, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana» ⁽²¹⁾. Come dire che, in caso di conflitto fra fonte interna e fonte europea, non si potranno mai invocare le normative pattizie o convenzionali per abbassare la soglia delle garanzie interne.

Nell'ambito di tali confini, e nel rispetto di un approccio che sappia in maniera problematica rapportarsi alla pluralità delle fonti, si deve allora ricercare il rapporto intercorrente fra l'art. 2 della legge n. 69 del 2005 ed il punto 12 dei *consideranda* della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 ⁽²²⁾.

Già tanto varrebbe a mettere fortemente in discussione il principio propugnato dalla decisione in questione, ma, tuttavia, anche il richiamo alla sentenza Ramoci ed al principio delle garanzie equivalenti appare nel caso di specie invero assai fuorviante e niente affatto risolutivo.

6. LA SENTENZA RAMOCI E LA VALIDITÀ DEL "PRINCIPIO DI INTERPRETAZIONE CONFORME" AL DIRITTO COMUNITARIO NEL CASO DI SPECIE

Come in parte già accennato, l'art. 18 della legge di recepimento della decisione-

⁽¹⁹⁾ Cfr. C. cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

⁽²⁰⁾ Si veda MENNA, *Il mandato d'arresto europeo fra conflitti di sistemi*, cit. p. 249 ss.

⁽²¹⁾ C. cost., 22 ottobre 2007, n. 349.

⁽²²⁾ Per una dettagliata esegesi dell'art. 2 della l. n. 69 del 2005 si rinvia, tra gli altri, a BUZZELLI, *Il mandato d'arresto europeo e le garanzie costituzionali sul piano processuale*, in AA. VV., *Mandato d'arresto*

europeo, dall'estradizione alle procedure di consegna, a cura di Bargis-Selvaggi; DINACCI, *Mandato d'arresto europeo, libertà personale e principio d'eguaglianza*, in PANSINI-SCALEATI, *Il mandato d'arresto europeo*, 2005, p. 21 ss.; MARZADURI, *Art. 2*, in CHIAVARIO-DE FRANCESCO-MANZONI-MARZADURI, *Il mandato d'arresto europeo*.

quadro sul M.A.E., tipizzando i casi di rifiuto della consegna da parte del giudice italiano, ha previsto alla lett. e) del comma 1 che non deve darsi luogo alla consegna del cittadino colpito da un M.A.E. se nel sistema penale del paese richiedente non sono previsti limiti massimi alla carcerazione preventiva. Tale sistema di garanzia non è conosciuto, tra gli altri, dall'ordinamento giuridico tedesco, e da qui pertanto nasceva il problema di acconsentire o meno all'esecuzione di un M.A.E. emesso dall'autorità giudiziaria di quel paese. Sorto sul punto un contrasto interpretativo, la questione veniva devoluta al sindacato delle Sezioni unite che la risolveva nel senso di ritenere pienamente eseguibile il M.A.E. emesso dall'autorità giudiziaria tedesca in considerazione del fatto che nel caso di specie era ben possibile applicare il principio "dell'interpretazione conforme al diritto comunitario" visto che la previsione di un limite massimo al protrarsi della misura cautelare è in realtà espressione del superiore principio "europeo" della durata ragionevole della custodia medesima, rispetto al quale risulta non rilevante che altri sistemi processuali non conoscano dei termini di fase e dei termini massimi, quando sono comunque previsti, come nel caso dell'ordinamento tedesco, altri meccanismi di garanzia che, nella fattispecie in esame, sono rappresentati da periodici controlli d'ufficio che l'autorità giudiziaria procedente deve effettuare per accertare la permanenza delle esigenze cautelari.

Invero, secondo il principio espresso dalle Sezioni unite, la valutazione a cui viene chiamato il giudice dall'art. 18 non deve essere effettuata in termini restrittivi ma in concreto attraverso «la verifica dell'effettiva sussistenza nel paese richiedente di un meccanismo di garanzie equivalenti a quelle offerte nel nostro ordinamento», posto che anche istituti diversi dal regime di durata massima della misura cautelare possono assicurare un funzionale controllo alla limitazione della carcerazione preventiva. La norma, pertanto, imporrebbe all'autorità giudiziaria di rifiutare la consegna solo quando il sistema cautelare dello Stato richiedente non fornisca alcuna garanzia da ritenersi equivalente a quella offerta dal nostro ordinamento. La piena corrispondenza del sistema di garanzie dell'ordinamento tedesco ai principi fissati nell'art. 5, § 3, CEDU sarebbe stata, infine, certificata dal costante orientamento della Corte di Strasburgo, la quale, peraltro, è invece giunta a censurare la legislazione di quegli Stati, come l'Italia, nei quali il controllo sulla carcerazione preventiva è rimesso ad una disposizione di legge generale ed astratta.

Poste tali argomentazioni, occorre ora ragionare sulla loro possibile estensibilità all'esegesi dell'art. 2 della medesima legge n. 69 del 2005, alla stregua di quanto effettuato dalla sentenza Melina qui in discussione.

Taluni, rifacendosi alla sentenza Ramoci⁽²³⁾, hanno osservato che il controllo che la legge di recepimento italiana pone in capo al giudice – teso a verificare che siano rispettati nell'ordinamento dello Stato di emissione del mandato d'arresto i diritti fondamentali ed i principi in tema di giusto processo – deve essere «compiuto tenendo conto che gli ordinamenti degli Stati membri sono parte di uno spazio giudiziario

⁽²³⁾ In particolare al passaggio secondo il quale «in un contesto di cooperazione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzio-

nale interna a parametro della legalità della richiesta di consegna», Sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, cit.

comune, fondato sui diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, che penetrano nell'U.E. attraverso l'art. 6, punto 2, del Trattato dell'Unione»⁽²⁴⁾.

Altri, sempre sulla scia di tale interpretazione, accreditata con eccessiva enfasi come «un innovativo percorso logico-giuridico», hanno affermato che non appare corretto interpretare il citato art. 2 in maniera tale da dover pretendere che il giudice italiano sia chiamato a rivisitare il processo penale svolto nello Stato membro di emissione in relazione alle regole di esclusione probatoria interne. Al contrario, l'autorità giudiziaria del paese di esecuzione deve limitarsi ad accertare se quel risultato processuale sia compatibile con i comuni principi del giusto processo, così come fissati dall'art. 6 CEDU da cui l'art. 111 Cost. trarrebbe in qualche modo origine⁽²⁵⁾.

In sostanza, secondo le riferite tesi, vi sarebbe una perfetta sovrapposibilità fra i principi costituzionali in tema di giusto processo e le tutele previste in seno alla Convenzione dei diritti dell'uomo, motivo per il quale ciò che rileva ai fini della piena eseguibilità di un M.A.E. emesso dall'autorità giudiziaria straniera è che non risulti no violazioni palesi di tali ultime garanzie, a nulla rilevando eventuali distonie fra le regole dell'ordinamento giudiziario dal quale proviene la richiesta di consegna rispetto ai principi della nostra Costituzione.

Calando tali affermazioni nel caso di specie, le evidenti discrasie tra le regole di acquisizione e di valutazione probatoria del sistema processuale tedesco e quelle del sistema processuale interno, benché attinenti a garanzie costituzionali relative al giusto processo, non sarebbero tali da determinare il rifiuto della consegna.

A parere di chi scrive, invece, rispetto al caso di specie, l'applicazione al citato art. 2 del "principio di interpretazione conforme" al diritto comunitario, così come espresso dalla Corte di giustizia di Lussemburgo⁽²⁶⁾ e poi successivamente ribadito dalle Sezioni unite in tema di rifiuto della consegna di cui all'art. 18, non sembra francamente possibile. Nel caso oggetto della sentenza Ramoci, infatti, un'interpretazione più elastica della legge di recepimento della direttiva-quadro ha trovato una sua piena legittimazione nella circostanza che il rispetto delle garanzie richieste dall'art. 18 risultava comunque assicurato anche nell'ordinamento del paese richiedente benché attraverso un diverso meccanismo procedurale. In quel caso, il principio di "interpretazione conforme" ha trovato, pertanto, piena applicazione grazie ad una "valutazione per equivalente" delle garanzie previste dai diversi sistemi di custodia cautelare in carcere, sicché può fondatamente affermarsi che il soggetto sottoposto a misura cautelare nell'ambito delle regole processuali tedesche gode di garanzie analoghe a quelle poste dal nostro sistema, pur se in assenza di un meccanismo di durata massima della stessa custodia cautelare.

Tale "valutazione per equivalente" non pare invocabile nel diverso caso che qui ci impegna. L'art. 2 della l. n. 69 del 2005 fissa, infatti, in capo al giudice chiamato a pronunciarsi sull'eseguibilità del M.A.E. il preciso obbligo di verificare il rispetto, nel-

⁽²⁴⁾ DE AMICIS-IUZZOLINO, *Al via in Italia il mandato d'arresto UE*, in *Dir. e giust.*, 2005, n.19, p. 65. L'affermazione di principio non è stata però espressa in relazione all'interpretazione dell'art. 2 della legge di recepimento, ma più in generale a tutta la

disciplina del mandato d'arresto europeo.

⁽²⁵⁾ APRILE, *Osservazioni*, cit., p. 2929.

⁽²⁶⁾ C. giust. CE (Grande Sezione), sent. 16 giugno 2005, proc. C-105/03, Pupino.

l'ambito del processo che ha dato origine alla richiesta di consegna, delle garanzie costituzionali fissate in tema di "giusto processo"; garanzie che non risultano assolutamente adottate dal sistema processuale tedesco.

All'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità nell'ambito della sentenza di cui si sta discutendo, come avallata anche da parte della dottrina, deve pertanto obiettarsi che applicare al caso di specie lo stesso principio espresso dalle Sezioni unite in relazione all'art. 18 significa di fatto sottrarre all'imputato colpito da un M.A.E. precise garanzie espressamente fissate dal legislatore nell'art. 2 della legge di recepimento della decisione quadro.

L'errore ermeneutico in cui cade la Corte di cassazione nasce evidentemente dal fatto che non si è ben valutata la differenza tra le due fattispecie. Nel caso Ramoci si discuteva di un preciso e circoscritto sistema di garanzie relativo al termine di durata massima della custodia cautelare che, sebbene non trovasse una precisa corrispondenza nel sistema tedesco, conosceva comunque una tutela anche se in meccanismi modulati in maniera differente. Nel caso Melina, al contrario, si controverte in relazione ad un preciso richiamo che il legislatore formula all'art. 2 circa la verifica che deve compiere il giudice chiamato ad applicare il M.A.E. sul rispetto da parte dell'ordinamento giuridico del paese da cui proviene la richiesta tanto dei principi fissati nella Convenzione dei diritti dell'uomo quanto delle garanzie costituzionali interne in tema di "giusto processo" e di diritto di difesa. Tali due piani di controllo non sono sovrapponibili e tanto meno risultano equivalenti.

Il principio "dell'interpretazione conforme" non può quindi trovare accoglimento nel caso di specie per il sostanziale venir meno del criterio delle "garanzie equivalenti", atteso che non sussiste alcun rapporto di equivalenza fra le garanzie offerte dal nostro sistema e quelle presenti nel sistema tedesco. Appare infatti incontestabile che in relazione al caso Melina ci troviamo di fronte, da un lato, ad un preciso meccanismo di garanzie – vale a dire il nostro – che non consente né l'acquisizione al dibattimento di dichiarazioni rese da chi si è volontariamente sottratto al contraddittorio, né la testimonianza indiretta da parte della polizia giudiziaria su quanto dichiarato dai testimoni nel corso delle indagini e, dall'altro lato, ad un ordinamento processuale, quale quello tedesco, che evidentemente non conosce tali garanzie né altre similari.

7. LA VERIFICA DEL RISPETTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI IN TEMA DI GIUSTO PROCESSO

Esclusa pertanto la possibilità di richiamarsi al precedente della sentenza Ramoci non potendo trovare alcuna applicazione nel caso di specie il principio delle "garanzie equivalenti" e stabilito che il canone dell'interpretazione conforme incontra un naturale cedimento nei c.d. "controlimiti" di natura costituzionale, deve allora analizzarsi se nel caso in discussione le individuate aporie fra i due sistemi processuali investono precise garanzie di rango costituzionali, determinandosi nel qual caso l'obbligo da parte del giudice italiano di non acconsentire alla consegna del cittadino colpito dal M.A.E.

Allo stesso modo, occorre verificare se la decisione dell'autorità giudiziaria tedesca non sia di per sé censurabile anche in relazione alle garanzie fissate dalla

Convenzione dei diritti dell'uomo. In entrambi i casi, infatti, ove accertata l'una o l'altra violazione, l'autorità giudiziaria italiana, secondo la corretta interpretazione dell'art. 2 della legge n. 69 del 2005, non avrebbe dovuto assolutamente dare corso alla richiesta di consegna conseguente all'emissione del M.A.E. dalla Germania.

Si tratta pertanto di accertare se l'acquisizione delle dichiarazioni rese dal teste che in giudizio si è avvalso della facoltà di non rispondere oltre che la testimonianza indiretta dell'agente di polizia giudiziaria proprio su tali dichiarazioni, vale a dire le fonti di prova su cui si è fondata la sentenza di condanna emessa dall'autorità giudiziaria tedesca, integrino modalità di acquisizione degli elementi di prova incompatibili, non solo con il nostro sistema processuale, quanto piuttosto con le garanzie costituzionali previste in tema di "giusto processo", ovvero con quelle fissate nella Convenzione dei diritti dell'uomo. Analisi queste che i Giudici di legittimità hanno completamente ommesso di effettuare.

Orbene, la testimonianza indiretta dell'agente di polizia giudiziaria, che per sua natura appare idonea a delimitare l'area della oralità, lasciando così in ombra l'origine delle conoscenze introdotte nel processo e riducendo la sfera del possibile controesame⁽²⁷⁾, è come ben noto vietata dal nostro ordinamento.

Tale divieto, già contenuto nel codice prima che fosse espunto per effetto della famigerata sentenza della C. cost. n. 24 del 1992⁽²⁸⁾, è stato poi reintrodotta nel sistema processuale proprio dalla legge di attuazione delle regole sul "giusto processo"⁽²⁹⁾, poiché in netto contrasto con il principio del contraddittorio nella formazione della prova così come sancito nell'art. 111, comma 4, Cost.

Non pare pertanto dubitabile che il divieto di testimonianza indiretta da parte della polizia giudiziaria costituisca espressione di un principio di diretta derivazione costituzionale, rispondendo all'esigenza, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, di evitare «che, attraverso la testimonianza degli operatori di polizia giudiziaria, possa essere introdotto come prova in giudizio il contenuto di dichiarazioni consacrate in verbali di cui è vietata l'acquisizione»⁽³⁰⁾.

Se, pertanto, deve escludersi che, in ossequio al principio del contraddittorio così come fissato nell'art. 111 Cost., le dichiarazioni rese da un teste possano surrettiziamente confluire nel fascicolo del dibattimento grazie alla testimonianza di chi le ha raccolte unilateralmente nel corso delle indagini, e ciò è al contrario accaduto in un processo celebrato in Germania, nei confronti di un cittadino italiano, conclusosi poi con una sentenza di condanna a cui ha fatto seguito l'emissione di un M.A.E., deve affermarsi che, in tal caso, in conseguenza della previsione contenuta nell'art. 2 della l. n. 69 del 2005, l'autorità giudiziaria italiana non avrebbe dovuto dare corso alla richiesta di consegna del predetto cittadino. E ciò a maggior ragione in considerazione del fatto che anche l'acquisizione delle dichiarazioni rese dal teste poi sottrattosi al vaglio dibattimentale rappresenta una palese violazione di un espresso divieto costituzionale presente nel comma 4, ult. parte, dell'art. 111 Cost., in virtù del quale

⁽²⁷⁾ SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 2010, p. 361.

⁽²⁸⁾ C. cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *questa rivista*, 1992, p. 917.

⁽²⁹⁾ Il riferimento è ovviamente all'art. 4 della l. n. 63 del 1 marzo 2001.

⁽³⁰⁾ Si veda C. cost., 26 febbraio 2002, n. 32, in *questa rivista*, 2002, p. 1934.

nessuno può essere condannato sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sottratto volontariamente al giudizio.

Non può quindi in alcun modo dubitarsi che se la vicenda giudiziaria posta a base dell'emissione del M.A.E. da parte dell'autorità giudiziaria tedesca fosse stata celebrata con le regole processuali del nostro ordinamento, non si sarebbe mai potuto infliggere all'imputato una sentenza di condanna; e ciò non tanto per la mera presenza nel nostro sistema processuale di espressi divieti di utilizzabilità ovvero in virtù di specifiche regole di giudizio, quanto piuttosto perché tali divieti sono espressione di precise garanzie di rango costituzionale, quindi non interpretabili in modo conforme ad altre fonti in caso di contrasto con norme di natura pattizia o convenzionale, e ciò in considerazione di quanto precedentemente affermato in tema di gerarchia delle fonti così come statuito dalla Corte costituzionale.

Alla luce di quanto detto non può, pertanto, neanche convalidarsi l'assunto secondo il quale il richiamo fatto dalla nostra legge di recepimento ai principi ed alle regole contenuti nella Costituzione della Repubblica sia espressione dell'esigenza di tutela di valori che sono comunque patrimonio della civiltà giuridica europea⁽³¹⁾. Appare infatti evidente che in seno all'art. 111 Cost. vi è un articolato sistema di garanzie che il legislatore, in sede di recepimento della decisione quadro, all'art. 2, ha voluto espressamente estendere anche al soggetto che, presente sul nostro territorio, viene raggiunto da una richiesta di consegna da parte di un'autorità giudiziaria appartenente all'U.E.

Elidere, come invece fa la Corte di cassazione, una precisa garanzia attraverso un'operazione ricostruttiva ispirata al principio "dell'interpretazione conforme" al diritto europeo costituisce di fatto un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Se legittimamente si può discutere sull'opportunità di effettuare una scelta in tema di cooperazione giudiziaria nei termini in cui l'ha operata il nostro legislatore, certamente non la si può però aggirare attraverso un'interpretazione giurisprudenziale tanto grossolana quanto concettualmente criticabile.

8. L'EQUITÀ DEL PROCESSO RISPETTO ALL'ART. 6 CEDU

Pure a voler tacere tutto quanto sin qui espresso in relazione alla non applicabilità al caso di specie del principio di "interpretazione conforme", resta il fatto che la citata sentenza non si è preoccupata di verificare il rispetto da parte della decisione di condanna emessa dall'autorità giudiziaria tedesca dei principi di cui all'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo.

Invero, come noto, in tema di prove dichiarative, la Corte di Strasburgo, pur non esaminando la questione dell'ammissibilità, secondo il diritto interno, delle letture dibattimentali e dell'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte al di fuori del contraddittorio, ritiene che il diritto dell'accusato di esaminare o far esaminare il testimone è da considerarsi violato se la condanna si fonda, in via esclusiva o comunque determinante, sulle dichiarazioni rese dal testimone che l'accusato non ha avuto la possibilità

di interrogare nel corso delle indagini ovvero al dibattimento⁽³²⁾. Sebbene la ragione dell'impossibilità di assicurare all'accusato il diritto di esaminare i testimoni non ha rilevanza diretta, ciò che conta è piuttosto l'impatto oggettivo che l'acquisizione di tali dichiarazioni raccolte durante le indagini e non passate attraverso il vaglio del contraddittorio possono avere sul diritto dell'accusato all'equità del suo processo. Equità che pertanto va esclusa nel caso in cui la condanna si fondi, esclusivamente o in maniera determinante, su disposizioni rese da una persona che l'imputato non ha mai potuto interrogare.

In considerazione di ciò, posto che la condanna emessa dall'autorità giudiziaria tedesca risulta basata pressoché esclusivamente sulle dichiarazioni rese nel corso delle indagini dall'unico testimone ed acquisite agli atti essendosi egli avvalso della facoltà di non rispondere, può affermarsi che il processo a seguito del quale è stato emesso il M.A.E. a carico del sig. Melina deve considerarsi non equo per la violazione dell'art. 6 CEDU.

Nel caso di specie, pertanto, si sarebbe comunque dovuta evitare la consegna del cittadino italiano raggiunto da un M.A.E. emesso dall'autorità giudiziaria tedesca a seguito di un processo celebrato in violazione non solo delle garanzie costituzionali del nostro paese ma anche di quelle fissate nell'art. 6 CEDU.

9. CONCLUSIONI

Alla luce di tutto quanto esposto ed osservato che il citato arresto giurisprudenziale non ha comunque subito successive evoluzioni, non essendosi registrata alcuna pronuncia di segno contrario⁽³³⁾, non può che ritenersi come l'interpretazione propugnata dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ai presupposti processuali di ammissibilità della consegna offre la conferma che troppo ottimistica si è rivelata l'opinione di chi ha sostenuto che la decisione-quadro istitutiva del M.A.E. rappresenta «un'occasione per elevare verso l'alto il livello di garanzie nelle procedure di consegna»⁽³⁴⁾.

Al contrario, se resta fermo l'indubbio merito da parte della predetta decisione-quadro di aver iniziato a creare un sistema di vera cooperazione giudiziaria fra diversi e differenti ordinamenti giudiziari, deve ribadirsi che tale obiettivo non può comportare una incondizionata rinuncia ai livelli di eccellenza raggiunti in tema di garanzie dal nostro sistema processuale.

Occorre piuttosto lavorare affinché si ricerchi un migliore punto di equilibrio fra questi due poli di attrazione, parimenti irrinunciabili, affinché alla legittima necessità di implementare la cooperazione giudiziaria non si sacrifichi la tenuta delle garanzie costituzionali.

A questa causa rende un pessimo servizio la giurisprudenza passata in rassegna, la quale, nell'applicare in particolare l'art. 2 della legge di recepimento della decisione-quadro, segna un pericoloso arretramento nel già impervio e sempre difficoltoso

⁽³¹⁾ Così APRILE, *Osservazioni*, cit., p. 2929. Interpretazione che sarebbe invece coerente con la previsione contenuta nell'art. 18, lett. g), che, tra le cause di rifiuto della consegna non opera alcun riferimento ai canoni di cui all'art. 111 Cost.

⁽³²⁾ C. giust. CE, Bracci c. Italia, sent. 13 ottobre 2005. Corte di cassazione, Relazione 28\08-sexies, in www.cortedicassazione.it.

⁽³³⁾ Si veda Orientamento di giurisprudenza – mandato d'arresto europeo, Ufficio del Massimario,

⁽³⁴⁾ SPIEZIA, *Crimine transnazionale*, cit., p. 187.

cammino del nostro sistema processuale verso il raggiungimento - e la conservazione - di un elevato *standard* di garanzie, necessarie a realizzare in concreto un vero simulacro di "giusto processo".

Il sospetto, allora, che si voglia far rientrare dalla finestra ciò che faticosamente si è fatto uscire dalla porta - vale a dire quel materiale ritenuto non genuino per la decisione del giudice in quanto acquisito in violazione del principio del contraddittorio - non può non affacciarsi alla mente dell'osservatore imparziale, oltre che dello studioso attento.

L'eco del principio di non dispersione dei mezzi di prova ricomincia pericolosamente ad udirsi in lontananza. Occorre subito fortificare le difese.