

Rivista N°: 3/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 28/09/2016

AUTORE: Maria Daniela Poli*

MIR GEHÖRT DIE LETZTENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ! L'ENNESIMO DIALOGO-SCONTRO TRA BUNDESVERFASSUNGSGERICHT E CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: 1. Una nuova pronuncia sul mandato d'arresto europeo: Europäischer Haftbefehl II. – 2. Il caso di specie. – 3. Il fulcro della decisione: il contrasto “meramente apparente” tra il primato del diritto europeo e il controllo di identità. – 4. L'enucleazione di un controllo giurisdizionale interno sulle richieste di esecuzione di un mandato di arresto europeo. – 5. Lo standard di tutela offerto dal diritto processuale penale italiano necessita un vaglio più accurato. – 6. La reazione della Corte di giustizia attraverso la sentenza del 5 aprile 2016. – 7. Il nocciolo della contesa: la tutela dei diritti fondamentali nel sistema multilivello.

1. Una nuova pronuncia sul mandato d'arresto europeo: *Europäischer Haftbefehl II*

Con una nuova decisione sul mandato d'arresto europeo, resa in data 15 dicembre 2015 ma pubblicata il 26 gennaio 2016¹, che potremmo denominare *Europäischer Haftbefehl II*, il *Bundesverfassungsgericht*, da un lato, ribadisce con forza che l'applicazione del diritto europeo è sottoposta al suo controllo, nella parte in cui intacca l'identità costituzionale tedesca, mentre, dall'altro, “bacchetta” il sistema italiano che non tutelerebbe in maniera adeguata il principio di colpevolezza.

Il Tribunale costituzionale federale, infatti, blocca l'estradizione in Italia di un cittadino americano condannato in contumacia a trent'anni di carcere dalla Corte d'appello di Firenze per la partecipazione ad un'associazione criminale e per l'importazione e la detenzione illegale di cocaina. Poiché l'ordinamento italiano non ammetterebbe l'assunzione di prove in sede di appello (salvo in casi eccezionali), al condannato in contumacia non sarebbe assicu-

* Marie Curie Postdoctoral Fellow – Zukunfts Kolleg, Universität Konstanz (Germania).

¹ *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, *Gewährleistung einzelfallbezogenen Grundrechtsschutzes im Rahmen der Identitätskontrolle*. La sentenza è consultabile online: www.bundesverfassungsgericht.de.

rata, una volta estradato, la possibilità di provare la propria innocenza attraverso strumenti di difesa efficaci. Di qui la possibile violazione del principio di colpevolezza (*Schuldgrundsatz*), che affonda le sue radici nella *Menschenwürdegarantie* di cui all'art. 1 GG, e la conseguente necessità di un più attento vaglio prima di procedere a dare esecuzione al mandato d'arresto europeo. Considerata l'appartenenza della garanzia della dignità umana al nucleo intangibile della Costituzione tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* torna ad affermare che il primato del diritto europeo trova, ai sensi del combinato disposto dell'art. 23, c. 1, GG e dell'art. 79, c. 3, GG, un limite nella cosiddetta *Verfassungsidentität*, la cui protezione rientra nella sua competenza esclusiva. Allo stesso tempo sottolinea che l'identità costituzionale non contraddice né il principio di leale cooperazione né la disponibilità del *Grundgesetz* all'integrazione europea, giacché il controllo di identità è un concetto insito nell'art. 4, c. 2, TUE e l'Unione europea è una associazione di Stati sovrani (*Staatenverbund*). Evidenzia, altresì, che l'*Identitätskontrolle* può essere esercitato anche nel contesto di un ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*).

Se il Tribunale costituzionale federale innesca «die Identitätskontrollbombe»², non riscontra, tuttavia, nel caso di specie una violazione della Costituzione tedesca da parte del diritto comunitario, dal momento che, ai sensi della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, l'estradizione non può essere eseguita se non sulla base di un processo che assicuri una rilevante istruzione probatoria, sicché il livello di tutela garantito dal diritto europeo non risulta inferiore a quello apprestato dall'ordinamento tedesco. Pertanto, si ha quasi l'impressione che la situazione concreta al vaglio dei giudici di Karlsruhe sia solo un pretesto per affrontare un tema a loro caro. Nondimeno, è interessante notare come venga espressamente esclusa la possibilità di un rinvio pregiudiziale con la giustificazione lapidaria³ della presenza di un *acte clair*. Il *Bundesverfassungsgericht* evita così di instaurare un dialogo diretto con la Corte di Giustizia, come avvenuto in Spagna col caso Melloni⁴. Ciononostante, la

² Così: M. STEINBEIS, *Europarechtsbruch als Verfassungspflicht: Karlsruhe zündet die Identitätskontrollbombe*, in <http://verfassungsblog.de>, 26/01/2016.

³ Nella forma di un *obiter dictum* nella parte finale della pronuncia: «Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV bedarf es nicht. Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt („acte clair“, vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, C.I.L.F.I.T., C-283/81, Slg. 1982, S. 3415, Rn. 16 ff.)» (*Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, cit., par. 125).

⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Sentenza del 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, in <http://curia.europa.eu>. Tra i numerosi commenti cfr.: M. CASTELLANETA, *Il mandato d'arresto non può essere vincolato a una revisione del processo in contumacia. La scelta dei giudici del Lussemburgo è per il primato del diritto Ue sulla Costituzione*, in *Guida al diritto*, 1/2013, pp. 97 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; M. BRKAN, *L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2013, pp. 139 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 399 ss.; E. DUBOUT, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, in *Cahiers de droit européen*, 2013, pp. 293 ss.; M. DE VISSER, *Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp. 576 ss.; V. FAGGIANI, *Verso la definizione di uno "standard comune" di protezione del diritto a un processo equo (gli effetti della «sentenza Melloni» nello spazio europeo di giustizia penale)*, in www.federalismi.it, 15.10.2014.

risposta della Corte di giustizia⁵ ha fatto presto ad arrivare ed è giunta, per ironia della sorte, sollecitata proprio dal rinvio pregiudiziale di un tribunale tedesco. Con una sentenza resa lo scorso 5 aprile, i giudici di Lussemburgo, inquadrando il problema della tutela dei diritti in un'ottica europea, hanno affermato *apertis verbis* che i motivi per la mancata esecuzione di un mandato d'arresto europeo sono solo quelli disciplinati dalla normativa comunitaria. Così facendo, hanno implicitamente negato che vi sia spazio per un sindacato dei giudici nazionali basato sull'identità costituzionale come rivendicato invece da Karlsruhe.

2. Il caso di specie

La pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* origina da una *Verfassungsbeschwerde* avverso la decisione del 7 novembre 2014 dell'*Oberlandesgericht* Düsseldorf, con cui viene disposta l'extradizione in Italia del ricorrente arrestato in Germania nel 2014 sulla base di un mandato d'arresto europeo. Secondo quest'ultimo, l'ordine in questione sarebbe lesivo dei suoi diritti fondamentali e si porrebbe in contrasto con l'art. 1 GG (dignità umana), l'art. 2, c. 1, e 2 GG (diritto al libero sviluppo della personalità ed inviolabilità della libertà personale), art. 3 GG (uguaglianza), art. 103, c. 1, GG (diritto di essere ascoltato) nonché con il principio del giusto processo (di cui agli artt. 2, c. 1, e 20, c. 3, GG e all'art. 6, c. 3, CEDU) e con lo *standard* minimo di tutela previsto a livello internazionale e vincolante in base all'art. 25 GG. Egli sostiene, infatti, di non aver mai avuto conoscenza delle indagini e del successivo processo penale condotto nei suoi confronti in Italia. Allo stesso tempo, paventa il dubbio che, una volta estradato, non gli sarebbe riconosciuto il diritto ad un processo equo, dal momento che in Italia l'accusa risulta già provata *in sua absentia*. Né un'assicurazione in tal senso – assicurazione doverosa al fine di rispettare i parametri internazionali – sarebbe fornita dall'ordinamento italiano con la comunicazione del procuratore generale presso la Corte di appello di Firenze in data 7 ottobre 2014, dalla quale non si evincerebbe nemmeno in quale grado di giurisdizione la causa sarebbe nuovamente trattata, il che risulterebbe dirimente. Il reclamante rammenta che il diritto processuale penale italiano non ammette la rinnovazione dell'istruzione probatoria in appello salvi casi eccezionali, rimessi alla valutazione discrezionale del giudice ed ammesso che l'appellante dimostri di non aver avuto conoscenza del processo svoltosi in sua contumacia. Pertanto, la trattazione del caso in appello, astrattamente possibile in base all'art. 175 c.p.p. sulla restituzione nel termine stabilito a pena di decadenza per l'impugnazione, non lo tutelerebbe affatto, stante la natura puramente documentale (*Aktenverfahren*) del secondo grado di giudizio in Italia.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte di appello di Düsseldorf non avrebbe dovuto – a suo dire – supplire alla mancata allegazione di una idonea garanzia da parte

⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Sentenza del 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru c. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, in <http://curia.europa.eu>. Per un primo commento si veda: H. SAUER, *Mit den eigenen Waffen geschlagen: Die Reaktion des EuGH auf den unbedingten Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht nach dem BVerfG*, in <http://verfassungsblog.de>, 7/04/2016.

dell'ordinamento italiano con un proprio autonomo riconoscimento. Piuttosto avrebbe dovuto provare con assoluta certezza di poter far affidamento sullo svolgimento di un giusto processo. A tal fine avrebbe potuto servirsi di vari strumenti come, per esempio, la richiesta del parere di un esperto del *Max Planck Institut* per il diritto penale straniero ed internazionale di Friburgo, ma siffatto mezzo non è stato esperito⁶.

3. Il fulcro della decisione: il contrasto “meramente apparente” tra il primato del diritto europeo e il controllo di identità

Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara il ricorso innanzitutto ammissibile: stante la ragionevole probabilità che l'estradando non avrebbe in Italia alcun mezzo di ricorso effettivo col quale impugnare la sentenza penale emessa in contumacia nei suoi confronti, con conseguente violazione della garanzia della dignità umana e dei diritti di difesa, i severi presupposti per il controllo di identità risulterebbero soddisfatti. Inoltre, considera lo stesso – a dispetto delle osservazioni avanzate dal *Generalbundesanwalt* Düsseldorf⁷ – fondato, riscontrando nella decisione contestata una possibile violazione dell'art. 1 GG in relazione con l'art. 23, c. 1, e l'art. 79, c. 3, GG.

La parte centrale della decisione è dedicata al concetto di *Identitätskontrolle* e al rapporto tra diritto nazionale e diritto europeo. Non a caso i primi commenti l'hanno ribattezzata *Solange-III*⁸ o *Solange-Zweieinhalb*⁹ o, ancora, nuova *Solange*¹⁰. Il Tribunale costituzionale federale prende le mosse dal fatto che gli atti sovrani dell'Unione europea e gli atti del potere pubblico tedesco determinati dal diritto europeo alla luce del primato del diritto europeo non sono sottoposti in linea generale alla verifica del rispetto del parametro dei diritti fondamentali ancorati nel *Grundgesetz*¹¹. L'assunto viene subito relativizzato: la prevalenza del diritto

⁶ Tale suggerimento colpisce non poco, perché induce a riflettere su come il ruolo degli accademici nelle aule di giustizia sia percepito dalla comunità come sempre più importante, soprattutto quando permette di superare barriere linguistiche che rendono difficile l'interpretazione delle norme. La circostanza che sia richiamato un istituto *Max Planck* e non un'università è espressione, da un lato, del grande prestigio che questi istituti vantano e, dall'altro, della loro maggiore internazionalizzazione, disponendo di un numero di collaboratori stranieri di gran lunga superiore rispetto a quello delle università tedesche.

⁷ È interessante notare come il procuratore generale della Corte di Düsseldorf sottolinei che non spetta all'*Oberlandesgericht* supporre che l'Italia, Stato membro dell'Unione europea e aderente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, violi gli obblighi internazionali, giacché un atteggiamento di tal fatta si porrebbe in contrasto col principio del riconoscimento reciproco al quale l'Unione europea è improntata.

⁸ F. SCHORKOPF, *Karlsruhe will Kommunikation, nicht Konfrontation*, in www.lto.de, 29/01/2016; M. HONG, *Human Dignity and Constitutional Identity: The Solange-III-Decision of the German Constitutional Court*, in <http://verfassungsblog.de>, 18/02/2016; C. BILZ, *Konfrontation statt Kooperation? „Solange III“ und die Melloni-Entscheidung des EuGH*, in www.juwiss.de; P. FARAGUNA, *Solange III? Il BVerfG colpisce ancora*, in *Quad. cost.*, 1/2016, pp. 123 ss.

⁹ C. GOOS, *Solange Zweieinhalb – Teil I*, in www.juwiss.de; IDEM, *Solange Zweieinhalb – Teil II*, *ivi*.

¹⁰ J. NOWAG, *A new Solange judgment from Germany – or nothing to worry about?*, <http://voelkerrechtsblog.org>, 22/03/2016.

¹¹ «Hoheitsakte der Europäischen Union und - soweit sie durch das Unionsrecht determiniert werden - Akte der deutschen öffentlichen Gewalt sind mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich nicht am Maßstab der im Grundgesetz verankerten Grundrechte zu messen» (*Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, cit., par. 36).

europeo sul diritto nazionale (*Anwendungsvorrang*) non è assoluta ma vive entro i confini fissati dall'art. 23, c. 1, GG in relazione all'art. 79, c. 3, GG. L'ultima parte del comma 1 dell'art. 23 GG recita, invero, che: «Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, secondo e terzo comma», mentre il comma 3 dell'art. 79 GG sancisce che: «Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20». In altre parole, il primato del diritto europeo vale solo finché la Costituzione tedesca e la legge di ratifica dei Trattati autorizzano e prevedono il trasferimento di diritti sovrani¹², sicché la disponibilità all'integrazione dell'ordinamento tedesco si arresta di fronte all'identità costituzionale ossia a quel nucleo di valori "impermeabili" ad ogni revisione costituzionale, a cui appartiene anche la garanzia della dignità umana e il principio di colpevolezza che è ad essa intimamente collegato. L'organo deputato a vigilare affinché "la linea di demarcazione" che scaturisce dal combinato disposto degli artt. 23 e 79 GG non venga oltrepassata è il *Bundesverfassungsgericht*. L'*Identitätskontrolle* – che, similmente alla riserva *Solange* (*Solange-Vorbehalt*) e al controllo *ultra vires* (*Ultra-Vire-Kontrolle*), può condurre a dichiarare inapplicabile il diritto europeo – rientra nell'orbita delle sue esclusive competenze e può essere esercitato nel contesto di qualsiasi procedimento volto all'accertamento della legittimità costituzionale: *abstrakte Normenkontrolle*, *konkrete Normenkontrolle*, ma anche *Verfassungsbeschwerde*. Il Tribunale costituzionale ha, tuttavia, premura di sottolineare che i casi in cui il diritto europeo può essere considerato *unanwendbar* sono strettamente circoscritti. Non sussisterebbe, cioè, alcun pericolo per l'applicazione unitaria del diritto europeo. Violazioni dell'art. 1 GG – come quella di cui si controverte nel caso di specie – sarebbero assai rare, visto che l'art. 6 TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia assicurano una efficace tutela dei diritti fondamentali. Allo stesso tempo, rimarca che il suo monopolio sull'esercizio del controllo – oltre a trovare un addentellato costituzionale nell'art. 100, c. 2, GG (ai sensi del quale in caso di dubbi in ordine alla produzione diretta di diritti e obblighi da parte di una norma internazionale deve essere adito il *Bundesverfassungsgericht*) – garantirebbe la funzionalità del diritto europeo attraverso una *europarechtsfreundliche Anwendung* dell'art. 79 GG, scongiurando il pericolo che i giudici comuni possano svincolarsi dall'applicazione del diritto europeo. Questa "cordialità europea" è, invero, come nel «rinvio-monito»¹³ sull'*OMT-Programm*¹⁴, più ostentata che reale. Peraltro, la giustificazione addotta non persuade, dal momento che sono proprio i giudici comuni ad assicurare ogni giorno la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale. Essa sottende piuttosto il malcelato tenta-

¹² «Der Anwendungsvorrang reicht jedoch nur soweit, wie das Grundgesetz und das Zustimmungsgesetz die Übertragung von Hoheitsrechten erlauben oder vorsehen» (Ivi, par. 40).

¹³ Così: M.D. POLI, *Il procedimento in via incidentale in Germania: das konkrete Normenkontrollverfahren*, in DPCE online, 2/2014, p. 477.

¹⁴ *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 14 gennaio 2014, 2 BvE 13/13, *OMT-Beschluss*, in *BVerfGE* 134, 366.

tivo della Corte costituzionale tedesca di “affrancarsi” dal diritto europeo e dalla Corte di giustizia e di mantenere la tanto agognata *Letztentscheidungskompetenz*¹⁵.

La debolezza dell’ulteriore sviluppo argomentativo della decisione, tutto teso a “difendere” (e “perorare”) l’istituto dell’*Identitätskontrolle*, nonostante nella situazione concreta non venga riscontrata una violazione dell’identità costituzionale, lo conferma. Il ragionamento si sviluppa in due parti: la prima sulla compatibilità tra il controllo di identità e il principio di leale collaborazione di cui all’art. 4, c. 3, TUE e la seconda sul panorama comparatistico. Quanto al primo aspetto, il Tribunale costituzionale sostiene che il controllo di identità si ricollega alla tutela delle identità nazionali di cui all’art. 4, c. 2, TUE. Tuttavia, come ben rileva Christoph Schönberger, la categoria della *Verfassungsidentität* elaborata dal *Bundesverfassungsgericht* è cosa molto diversa rispetto alle identità nazionali tutelate dal Trattato europeo¹⁶: essa si configura, piuttosto, alla stregua di una formula di resistenza (*Widerstandsformel*), che impedisce l’ulteriore sviluppo dell’Unione europea¹⁷. L’altro fattore ritenuto dirimente dal Tribunale – anche questo fortemente criticato dalla dottrina – è dato dalla natura dell’Unione europea, un’organizzazione fondata su trattati internazionali, di cui gli Stati membri restano “padroni” indiscussi. In quanto *Herren der Verträge* – espressione alla quale il Tribunale è rimasto fermamente ancorato a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht¹⁸ in cui l’ha coniata e usata per la prima volta – gli Stati decidono fino a che punto il diritto dell’Unione europea vanta la sua priorità rispetto ai diritti nazionali e ciò a prescindere da come il suo riconoscimento sia avvenuto nei singoli Stati membri (per via costituzionale come in Francia, Austria o Spagna; per via legislativa come in Gran Bretagna; attraverso un’interpretazione sistematica, teleologica e storica della legge di ratifica come in Germania; grazie alla celeberrima senten-

¹⁵ *Contra*: M. NETTESHEIM, *Anmerkung*, in *JuristenZeitung*, 2016, spec. p. 425 e p. 428, il quale parla di esercizio di una funzione complementare («Komplementärfunktion») da parte del *Bundesverfassungsgericht*, ammonendo, però, quest’ultimo affinché lasci un po’ di spazio anche alla Corte di giustizia.

¹⁶ C. SCHÖNBERGER, *Verfassungsidentität zwischen Widerstandsformel und Musealisierung des Grundgesetzes*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2015, p. 46.

¹⁷ *Ivi*, p. 55.

¹⁸ *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Sentenza del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134, 2159/92, *Maastricht*, in *BVerfGE* 89, 155, su cui: J. FROWEIN, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1994, pp. 1 ss.; D. KÖNIG, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht – ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?*, *ivi*, pp. 17 ss.; J. KOKOTT, *Deutschland im Rahmen der Europäischen Union – Zum Vertrag von Maastricht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1994, pp. 207 ss.; C.D. CLASSEN, *Europäische Integration und demokratische Legitimation*, *ivi*, pp. 238 ss.; M. HEINTZEN, *Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?*, *ivi*, pp. 564 ss.; V. GÖTZ, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *JuristenZeitung*, 1993, pp. 1081 ss.; H.P. IPSEN, *Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil*, in *Europarecht*, 1994, pp. 1 ss.; B. KAHL, *Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund? Zum Urteil des BVerfG vom 12. Oktober 1993*, in *Der Staat*, 1994, pp. 241 ss.; C. TOMUSCHAT, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1993, pp. 489 ss.; N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty now*, in *European Law Journal*, 1994, pp. 259 ss.; G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europeo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 3115 ss.; A. GATTINI, *La Corte costituzionale tedesca e il Trattato sull’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, pp. 114 ss.; J.H.H. WEILER, *The State “über alles”. Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in www.jeanmonnetprogram.org, 1995.

za *Granital*¹⁹ in Italia). Fin qui, il *Bundesverfassungsgericht* si colloca sulla scia delle sue precedenti decisioni, richiamando concetti già utilizzati in passato. Ciò che stupisce è, piuttosto, il passaggio successivo: la compatibilità tra il controllo di identità e il diritto europeo sarebbe avvalorata dalla giurisprudenza costituzionale o suprema degli altri Stati membri che – similmente a quella tedesca – avrebbe eretto “argini” alla permeabilità delle Costituzioni nazionali rispetto al diritto sovranazionale. La cosa meravaglia non poco, considerando che i giudici di Karlsruhe citano fondamentalmente solo i propri precedenti e guardano raramente oltreconfine per supportare le proprie tesi²⁰. Peraltro, si tratta di una visuale ad ampio raggio dal momento che spazia dai vecchi ai nuovi membri dell’Unione europea e non si limita agli ordinamenti con un sistema accentrato di giustizia costituzionale²¹. Inoltre, il Tribunale costituzionale federale pare tralasciare nell’uso dell’argomento comparatistico un particolare non indifferente: i “controlimiti al diritto comunitario”²² sono nella maggior parte dei casi ipotesi di scuola, di improbabile applicazione²³. E comunque, essi fungono da strumenti di difesa dell’ordine interno piuttosto che di attacco all’ordine europeo come sembrano, invece, configurarsi nella recente giurisprudenza costituzionale tedesca²⁴. Ma il paragone non regge²⁵

¹⁹ Corte costituzionale, Sentenza n. 170 dell’8 giugno 1984, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, pp. 1098 ss.

²⁰ Così: B.-O. BRYDE, *Il giudice costituzionale e il dialogo dei costituzionalisti internazionali*, in B. MARKESINIS, J. FEDTKE (cur.), *Giudici e diritto straniero*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 400-401. Sull’uso del diritto comparato da parte del *Bundesverfassungsgericht* si vedano anche i seguenti contributi: A.M. CÁRDENAS PAULSEN, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2009; H. SAUER, *Verfassungsvergleich durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2010, pp. 194 ss.; S. MARTINI, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in T. GROPPPI, M.-C. PONTTHOREAU (cur.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 229 ss.; M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 140-144.

²¹ Vengono menzionati, seguendo un rigoroso ordine alfabetico, i seguenti ordinamenti: Danimarca, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, Lettonia, Polonia, Spagna, Repubblica Ceca, Regno Unito.

²² Sul concetto di controlimiti si rinvia, *ex multis*, ai seguenti contributi: P. BARILE, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, VI, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 48 ss.; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995; A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e ‘controlimiti’, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 102 ss.; A. CELOTTO, T. GROPPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté versus controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, pp. 1309 ss.; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 2007, pp. 734 ss.; C. PINOTTI, *I controlimiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, pp. 211 ss.; F. VECCHIO, *Il paradossale successo della teoria dei controlimiti e l’espansione delle competenze dei giudici costituzionali*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2012, pp. 99 ss.

²³ È opportuno sottolineare che in Italia i controlimiti sono stati recentemente azionati nei confronti del diritto internazionale. Cfr. Corte costituzionale, Sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 3853 ss. Tra i numerosi commenti pubblicati al riguardo si vedano: P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in www.forumcostituzionale.it, 2/11/2014; A. RUGGERI, *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in www.giurcost.org, 17/11/2014; T. GROPPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, 9/01/2015; M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, pp. 84 ss.

²⁴ Sul controllo di identità come mezzo di “arretramento” o di “offensiva” nella giurisprudenza tedesca: D. THYM, *Rückzug oder Offensive? Die Identitätskontrolle von EU-Recht durch das BVerfG*, in M. IBLER (cur.), *Verwaltung, Verfassung, Kirche*, München, Beck, 2012, pp. 67 ss.

anche per un altro motivo: la questione del controllo di identità non viene affatto prospettata sotto il profilo dei controlimiti al diritto comunitario ossia della compatibilità dell'ordinamento sovranazionale con quello interno; essa funge piuttosto da metodo di giudizio della qualità della disciplina di un "altro" ordinamento nazionale (nella specie quello italiano). La *Menschenwürdegarantie*, che assume il crisma di un «Supergrundrecht»²⁶, diventa, attraverso un uso che potremmo definire "orizzontale" (e non più solo "verticale") della *Verfassungsidetitätskontrolle*, criterio generale del sindacato giurisdizionale. Detto altrimenti, il parametro ultimo non è la normativa europea, ma il *Grundgesetz* a cui viene attribuito conseguentemente un valore e un peso specifico maggiore di quello posseduto dalle Costituzioni degli altri Stati membri. Se nelle sentenze sui meccanismi europei per fronteggiare la crisi, la garanzia del processo democratico-parlamentare assume una connotazione unilaterale che vale per il solo ordinamento tedesco²⁷, qui si ha un ulteriore slittamento magmatico: la "germanizzazione dei diritti" piuttosto che l'implementazione dei diritti europei per il tramite del costituzionalismo nazionale²⁸.

4. L'enucleazione di un controllo giurisdizionale interno sulle richieste di esecuzione di un mandato di arresto europeo

Sullo sfondo di una tale ricostruzione, assai criticabile, del concetto di controllo di identità costituzionale, la Corte costituzionale tedesca procede a sindacare la disciplina europea del mandato d'arresto sul parametro del *Grundgesetz*. Innanzitutto, si sofferma – richiamando il brocardo latino *nulla poena sine culpa* e con una lunga digressione sul diritto penale – sul principio di colpevolezza e sul suo ancoraggio alla dignità umana e allo Stato di diritto, che lo rende parte del nucleo intangibile della Costituzione tedesca. Orbene, poiché l'esecuzione della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo va ad incidere inevitabilmente su tale principio, il sindacato costituzionale non solo è giustificato, ma anche doveroso. Le garanzie minime dell'imputato nel processo penale discendenti dal principio di colpevolezza devono essere, invero, assicurate anche da una decisione di estradizione basata su una sentenza emessa in contumacia. A tal proposito, il *Bundesverfassungsgericht* rammenta, da una parte, che i tribunali tedeschi assumono una "responsabilità per la garan-

²⁵ *Contra*: M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 15/04/2016, il quale sostiene, invece, che il *Bundesverfassungsgericht* con la pronuncia del 15 dicembre 2015 abbia applicato i controlimiti ed auspica che la Corte costituzionale italiana faccia lo stesso nel caso *Taricco*. Ad inquadrare la decisione tedesca nell'ambito del discorso sui controlimiti anche: R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in www.federalismi.it, 29/02/2016, spec. pp. 17 ss., la quale, peraltro, in essa vede «Un messaggio duplice [...] all'UE, ma forse anche all'Italia, protagonista nella sentenza n. 238 di un gesto di sfida probabilmente non molto gradito a Karlsruhe» (p. 18).

²⁶ L'espressione appartiene a C. SCHÖNBERGER, *Anmerkung*, in *JuristenZeitung*, 2016, p. 423 e p. 424.

²⁷ C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea / Recht und Politik in der Krise Europas*, Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi, vol. 6, Bremen, Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP), 2013, p. 13.

²⁸ Cfr. M. BÄCKER, *Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte*, in *Europarecht*, 2015, pp. 389 ss.

zia” (*Gewährleistungsverantwortung*²⁹) di fronte allo Stato richiedente e che la Germania non può prestare il fianco a violazioni della dignità umana realizzate da altri ordinamenti, e, dall’altra, che in passato ha negato l’extradizione di soggetti giudicati all’estero *in absentia*, quando il perseguito non era stato informato né dei fatti né dell’esito del procedimento e, una volta resone edotto, non aveva la possibilità di essere ascoltato e di difendersi in maniera effettiva. Il tribunale che decide sull’extradizione incorre, pertanto, nell’obbligo (da valutarsi in concreto e non in astratto) di dichiarare le questioni che ricadono nella tutela dell’art. 1 GG (*Aufklärungspflicht*). Ciò non significa, tuttavia, che i giudici tedeschi debbano ricostruire sempre in maniera onnicomprensiva i presupposti della domanda di estradizione, in quanto il mandato d’arresto europeo si fonda sul principio della fiducia reciproca, che è alimentato dalla particolare attenzione che l’Unione europea riconosce alla dignità umana e dalla sua partecipazione alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Tuttavia (ed è qui lo snodo centrale della pronuncia), tanto la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale che si applica anche alla decisione quadro relativa al mandato d’arresto europeo, come chiarito dalla Corte di giustizia nel caso Melloni, tanto il principio di fiducia reciproca trovano un limite nella garanzia della dignità umana. Inoltre, il diritto europeo non osterebbe ad un esame più accurato della tutela dei diritti del soggetto interessato da un mandato d’arresto europeo³⁰. In sostanza, la pronuncia delinea un controllo giurisdizionale interno, ulteriore e diverso rispetto a quello previsto dalla decisione quadro europea, sull’esecuzione del mandato d’arresto europeo al fine di preservare l’identità costituzionale. Peraltro, nel richiamare la vicenda Melloni, il *Bundesverfassungsgericht* non manca di evidenziare che, sebbene la Corte di giustizia abbia rimarcato che la vigenza della decisione quadro sul mandato d’arresto non può essere pregiudicata da prescrizioni nazionali anche di carattere costituzionale, non ha finora tematizzato i limiti di una interpretazione del diritto nazionale conforme alla suddetta decisione quadro, nonostante il Tribunale costituzionale spagnolo avesse fondato il proprio rinvio pregiudiziale su una violazione del giusto processo secondo la Costituzione spagnola³¹. Pertanto, come viene ribadito nella parte finale della pronuncia, la circostanza che la giurisprudenza europea non si sia espressa sui confini del sindacato dei tribunali degli Stati membri sulle richieste di consegna basate sul mandato d’arresto europeo, specialmente in relazione a quello da effettuarsi in base al diritto europeo e agli eventuali ritardi che potrebbe provocare nell’esecuzione dell’ordine, sarebbe del tutto irrilevante³². L’argomento, oltre a non essere convincente, entra in contraddizione con l’asserita mancata necessità di effettuare un rinvio

²⁹ *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, cit., par. 59.

³⁰ Ivi, par. 125.

³¹ «In der Rechtssache Melloni hat er betont, dass die Geltung des Rahmenbeschlusses nicht dadurch beeinträchtigt werden könne, dass ein Staat Vorschriften des nationalen Rechts, und hätten sie auch Verfassungsrang, gegen diesen ins Feld führt (vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, Rn. 59). Grenzen einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts hat er bislang nicht thematisiert, obwohl das spanische *Tribunal Constitucional* seine Vorlage damit begründet hatte, dass die Auslieferung zur Vollstreckung von Abwesenheitsurteilen eine Verletzung des Wesensgehalts eines fairen Verfahrens im Sinne der spanischen Verfassung in einer Weise darstellen könne, die die Menschenwürde berühre» (Ivi, par. 78).

³² Ivi, par. 125.

pregiudiziale alla Corte di giustizia sul punto ed è stato smentito dalla pronuncia europea del 5 aprile 2016.

Se la delineata impalcatura teorica entro la quale si iscrive il controllo di identità viene così inserita nel contesto del mandato d'arresto, essa non viene, tuttavia, ritenuta applicabile alla controversia concreta. Una limitazione della primazia del diritto europeo derivante dalla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo giustificata sulla base del combinato disposto degli artt. 79, c. 3, e 1, c. 1, GG non è necessaria nel caso di specie, perché tanto la decisione sul mandato di arresto europeo quanto la legge federale sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale che ad essa ha dato attuazione impongono un'interpretazione che tenga conto delle garanzie minime dell'imputato prescritte dall'art. 1 GG³³. L'obbligo di ottemperare al mandato d'arresto europeo risulta, invero, già circoscritto dal diritto europeo, giacché in presenza di sentenze emesse in contumacia l'estradizione può essere rifiutata qualora non vengano soddisfatti determinati presupposti. L'art. 4 bis, rubricato "Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente", subordina, infatti, l'estradizione alla condizione della conoscenza del processo penale³⁴ e della possibilità di un riesame nel merito della causa³⁵. In particolare, il *Bundesverfassungsgericht* si sofferma sull'art. 4 bis, c. 1, lett d) (i), secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo se l'interessato non è comparso personalmente al processo, salvo che risulti che egli non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma «riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il

³³ «Einer unter Rückgriff auf Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG begründeten Begrenzung des dem Rahmenbeschluss zukommenden Anwendungsvorrangs bedarf es im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht, weil sowohl der Rahmenbeschluss selbst (a) als auch das diesen umsetzende Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (b) eine Auslegung gebieten, die den von Art. 1 Abs. 1 GG geforderten Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten bei einer Auslieferung Rechnung trägt. Insofern genügen die einschlägigen Vorgaben des Unionsrechts den durch das Grundgesetz zur Absicherung des integrationsfesten Schuldprinzips gebotenen Mindestgarantien von Beschuldigtenrechten» (ivi, par. 84).

³⁴ L'art. 4 bis, c. 1, lett. a) e b) fissano il presupposto della conoscenza del processo da parte dell'interessato: «a) a tempo debito: i) è stato citato personalmente ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato; e ii) è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; o b) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore».

³⁵ L'art. 4 bis, c. 1, lett. c) e d) fissano il presupposto della possibilità di un nuovo processo: «c) dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria: i) ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione; o ii) non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito; o d) non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma: i) riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria; e ii) sarà informato del termine entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente».

merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria». Il Tribunale rimarca che il senso della disposizione è quello di assicurare al soggetto contumace di poter ottenere una riforma della decisione a seguito di un nuovo processo o di un ricorso in appello nel quale il merito della causa, comprese le prove, sono riesaminate in presenza dell'interessato. Nel farlo, utilizza sia il metodo dell'interpretazione letterale, approfondendo anche questioni terminologiche³⁶ e linguistiche attraverso la comparazione della versione tedesca³⁷, inglese³⁸ e francese³⁹ della disposizione⁴⁰, sia quello dell'interpretazione storica e teleologica, richiamando la genesi della norma, introdotta dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 23/02/2009 (che ha modificato le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI), e la sua finalità di rafforzare i diritti processuali in relazione alle pronunce rese in contumacia nell'ambito del mandato d'arresto europeo. Tale scopo precipuo sarebbe esplicitato dall'undicesimo considerando della decisione quadro⁴¹, citato integralmente nel corpo della pronuncia, sul significato del nuovo processo o ricorso in appello volto a garantire il diritto di difesa. Anche l'interpretazione sistematica indirizzerebbe in tal senso: la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo non può che essere letta alla luce del vincolo degli Stati membri dell'Unione europea al rispetto dei diritti fondamentali, dell'effetto della carta dei diritti sul diritto secondario e della giurisprudenza della Corte europea dei dell'uomo. Del resto, l'art. 1, c. 3⁴², nonché il dodicesimo considerando⁴³ della decisione quadro sanciscono

³⁶ Il Tribunale costituzionale federale rimarca come l'utilizzo del verbo «können» (potere) serva a connotare i poteri dei tribunali e abbia in tal contesto il significato di «in der Lage sein» (essere in grado).

³⁷ La versione tedesca dell'art. 4 bis, c. 1, lett d) (i), è la seguente: «sie unverzüglich nach der Übergabe persönlich zugestellt erhalten wird und ausdrücklich von ihrem Recht auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf ein Berufungsverfahren in Kenntnis gesetzt werden wird, an dem die Person teilnehmen kann und bei dem der Sachverhalt, einschließlich neuer Beweismittel, erneut geprüft werden und die ursprünglich ergangene Entscheidung aufgehoben werden kann» (corsivo mio).

³⁸ Si riporta la versione inglese: «will be personally served with it without delay after the surrender and will be expressly informed of his or her right to a retrial, or an appeal, in which the person has the right to participate and which allows the merits of the case, including fresh evidence, to be re-examined, and which may lead to the original decision being reversed».

³⁹ Si riporta, altresì, la versione francese: «la recevra personnellement sans délai après la remise et sera expressément informé de son droit à une nouvelle procédure de jugement ou à une procédure d'appel, à laquelle l'intéressé a le droit de participer et qui permet de réexaminer l'affaire sur le fond, en tenant compte des nouveaux éléments de preuve, et peut aboutir à une infirmation de la décision initiale».

⁴⁰ Il confronto tra le differenti versioni linguistiche induce a riflettere su quanto sia importante che gli enunciati normativi esprimano il medesimo significato in tutte le 24 lingue ufficiali dell'Unione europea. Non a caso la Commissione europea dispone di uno dei più grandi servizi di traduzione al mondo.

⁴¹ Esso recita: «Le soluzioni comuni per i motivi di non riconoscimento nelle pertinenti decisioni quadro in vigore dovrebbero tener conto della diversità delle situazioni relative al diritto dell'interessato a un nuovo processo o a un ricorso in appello. Tale nuovo processo o ricorso in appello è volto a garantire i diritti della difesa ed è caratterizzato dai seguenti elementi: l'interessato ha il diritto di essere presente, il merito della causa, comprese le nuove prove, è riesaminato e il procedimento può condurre alla riforma della decisione originaria».

⁴² «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».

⁴³ «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di

l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali e dei principi giuridici sanciti nell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea. Ne deriva che il diritto ad un mezzo di impugnazione effettivo avverso una sentenza emessa in contumacia è requisito imprescindibile per l'estradizione tanto per il diritto tedesco tanto per il diritto europeo. Poiché si muovono nella stessa direzione, il "nocciolo duro" della Costituzione tedesca è salvo.

In conclusione, la violazione identitaria, configurabile in astratto, non si realizza in concreto. La mente corre ad un ragionamento analogo sviluppato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 73 del 22 marzo 2001 (*Baraldini*), nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983⁴⁴. Sebbene in termini meno solenni di quelli adottati dal Tribunale tedesco e con riferimento al diritto internazionale e non a quello comunitario, anche allora si affermò un controllo di identità volto a preservare i "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona", ma non si addivenne ad una dichiarazione di incostituzionalità, dal momento che non si riscontrò alcuna "rottura" della Costituzione da parte della Convenzione internazionale.

5. Lo standard di tutela offerto dal diritto processuale penale italiano necessita un vaglio più accurato

Premesso che il diritto europeo e il *Grundgesetz* non collidono, sicché non può considerarsi integrata una violazione dell'identità costituzionale della Repubblica federale tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* passa a considerare la compatibilità dell'ordinamento italiano con quello europeo (e, quindi, anche con quello tedesco) in punto di garanzie dell'estradando, condannato *in absentia*, ad un riesame processuale della sua posizione, finendo per dichiarare illegittima la decisione della Corte di appello di Düsseldorf. L'obbligo di valutare alla luce dell'art. 1 GG se dar corso all'estradizione non sarebbe stato ottemperato e l'affermazione generica secondo cui una rinnovata istruzione probatoria in Italia non sarebbe comunque esclusa («jedenfalls nicht ausgeschlossen») non risulterebbe sufficiente. La situazione concreta e la tutela offerta dal sistema processuale italiano avrebbero dovuto essere vagliate in modo più accurato.

Il caso, come si evince dalla richiesta della Procura generale di Firenze, si iscrive, invero, nella fattispecie di cui al summenzionato art. 4 bis, c. 1, lett d), della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo, in quanto il ricorrente non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione con cui gli è stata inflitta la pena detentiva, ma la riceverà immediatamente dopo la consegna e avrà diritto alla riassunzione del procedimento o ad un procedimento d'appello, al quale potrà partecipare e all'interno del quale potranno essere nuova-

perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi».

⁴⁴ Corte costituzionale, Sentenza n. 73 del 22 marzo 2001, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, pp. 428 ss.

mente esaminate le circostanze del reato, compresi i mezzi di prova, e la sentenza originaria potrà essere riformata. Tuttavia, la facoltà riconosciuta all'estraddando dal diritto italiano di richiedere entro trenta giorni la restituzione nel termine per l'impugnazione e di difendersi in sede di appello, non costituirebbe una idonea garanzia. Il ricorrente avrebbe dimostrato, richiamando anche la critica della dottrina tedesca sulle norme processuali italiane⁴⁵, che la rimessione in termini prevista dall'art. 175 c.p.p. non consentirebbe una tutela effettiva perché aprirebbe le porte ad un processo d'appello, che ex art. 603 c.p.p. subordina la rinnovazione dell'istruzione probatoria alla discrezionalità del giudice (commi 1 e 3⁴⁶) o alla sopravvenienza o scoperta di nuove prove dopo il giudizio di primo grado (comma 2⁴⁷). Peraltro, egli avrebbe pure evidenziato che, in base alla sentenza della Corte di Cassazione del 17 luglio 2014 (che ha indicato, quale criterio discretivo per l'individuazione della legge applicabile, la data di emissione della sentenza resa in contumacia) potrebbe ritenersi applicabile il testo originario dell'art. 603 c.p.p., nella sua versione precedente alle modifiche apportate dalla legge del 28 aprile 2014. L'esperimento dell'istruzione dibattimentale sarebbe, di conseguenza, condizionato – ai sensi del comma 4 – alla prova, di non facile allegazione, di non esser potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non aver avuto conoscenza del decreto di citazione sempre che ciò non sia dovuto a colpa⁴⁸. Il *Bundesverfassungsgericht* non solo aderisce alla tesi ricorrente, ma rammenta altresì che la medesima formula, che grava l'imputato di un onere probatorio molto pesante, era utilizzata dall'art. 175 c.p.p. nella versione vigente fino al 2005 ed era stata più volte criticata da numerose Corti in Germania (Corti di appello e Corte federale di giustizia) nonché dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sejdovic c. Italia*⁴⁹. Quest'ultima Corte già nel 1985 nell'affare *Colozza c. Italia*⁵⁰ avrebbe, peraltro, censurato la normativa italiana nella parte in cui imponeva al contumace

⁴⁵ In particolare: M. MAIWALD, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, Frankfurt am Main - Berlin - Bern - Bruxelles - New York - Oxford - Wien, Peter Lang, 2009, p. 237. Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, Decisione del 15 dicembre 2015, 2 BvR 2735/14, cit., par. 17.

⁴⁶ Nello specifico, la rinnovazione è ammessa su richiesta di parte se il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti (comma 1) o d'ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria (comma 3). Il comma 1 stabilisce che «1. Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585, comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale», mentre il comma 3 prevede che «3. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria».

⁴⁷ Si riporta di seguito il testo del comma 2: «2. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495, comma 1».

⁴⁸ Il comma 4 dell'art. 603 c.p.p., abrogato dall'art. 11 L. 28/04/2014, n. 67, recitava: «Il giudice dispone, altresì, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato, contumace in primo grado, ne fa richiesta e prova di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, sempre che in tal caso il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando l'atto di citazione per il giudizio di primo grado è stato notificato mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli articoli 159, 161, comma 4, e 169, non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento».

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia* (ricorso n. 56581/00), in <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁵⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia* (ricorso n. 9024/80), in <http://hudoc.echr.coe.int>.

per accedere all'appello di dimostrare di non aver voluto sottrarsi volontariamente alla giustizia.

Secondo il Tribunale costituzionale federale, l'inefficienza del sistema italiano rispetto ai diritti di difesa dell'imputato risulterebbe, tra l'altro, corroborata dal fatto che numerosi *Oberlandesgerichte* avrebbero in passato rifiutato estradizioni verso l'Italia basate su sentenze emesse in contumacia, adducendo come motivazione (una motivazione condivisa dalla letteratura tedesca) che nel processo di appello in Italia non si verifica un riesame pieno della decisione di merito assunta in primo grado.

Considerata la plausibilità delle argomentazioni del ricorrente e soprattutto le "crepe" che il sistema processuale italiano ha mostrato finora nei confronti dell'imputato contumace, il *Bundesverfassungsgericht* rinvia la questione alla Corte d'Appello di Düsseldorf per una nuova valutazione del caso. Sarà interessante vedere se quest'ultima riterrà la tutela offerta dal diritto italiano adeguata agli *standards* tedesco ed europeo e se si atterrà alla linea di condotta suggerita implicitamente dal Tribunale costituzionale federale di non adire la Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

6. La reazione della Corte di giustizia attraverso la sentenza del 5 aprile 2016

Inquadrata nell'attuale contesto dei rapporti tra Corti costituzionali e Corti sovranazionali, questa recente decisione del Tribunale costituzionale tedesco pare iscriversi più in un «Bermuda-Dreieck»⁵¹ («triangolo delle Bermuda») che in un «Lernverbund»⁵² («circuiti di apprendimento reciproco»⁵³). Il *Bundesverfassungsgericht* sembra animato più dalla volontà di mantenere a tutti i costi la propria posizione di decisore ultimo che da un'esigenza reale di preservare i "controlimiti". Da una parte, si serve del concetto di *Identitätskontrolle* per disporre di un proprio margine di manovra nei settori regolati dal diritto comunitario, rivendicando la propria *Letztentscheidungskompetenz* e, dall'altra, rifugge un dialogo aperto con Lussemburgo. Pur non riscontrando una violazione identitaria in ragione della concreta disciplina europea del MAE, avverte che ciò potrebbe avvenire in futuro e abilita i giudici tedeschi a scrutinare la richiesta di consegna basata sul mandato d'arresto alla luce del *Grundgesetz* oltre che in base alla decisione quadro europea.

⁵¹ L'espressione appartiene a C. LENZ, *EGMR*, 18. 2. 1999 - 24833/94: *EGMR: Wahlen zum Europäischen Parlament - (Denise Matthews/Vereinigtes Königreich)*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, p. 312.

⁵² Di «Lernverbund» parlano: F. MERLI, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 66, 2007, p. 418; A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, p. 8.

⁵³ La parola *Lernverbund* non trova un termine corrispondente nella lingua italiana, per cui si è adottata una traduzione libera, cercando di esprimerne al meglio il suo significato nel contesto di riferimento. Lo stesso Voßkuhle nella versione inglese del saggio citato alla nota precedente non la traduce letteralmente, preferendo piuttosto l'espressione «a multilevel instance for learning» (A. VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts. Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 198).

Come in una partita di scacchi tra giocatori professionisti che procedono di scacco in scacco, repentina è la reazione della Corte di giustizia dell'Unione europea. Adita su rinvio dell'*Oberlandesgericht Bremen* sulla questione del possibile rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo in presenza di elementi seri che inducono a sospettare che le condizioni di detenzione nello Stato richiedente non siano compatibili con la tutela dei diritti fondamentali, essa risponde indirettamente anche al Tribunale costituzionale tedesco, negando ogni avallo all'impalcatura delineata con la pronuncia del 15 dicembre 2015. Ricollegandosi idealmente a quest'ultima, prende le mosse dal principio di fiducia reciproca, di cui è corollario il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, a sua volta pietra angolare («Eckstein»⁵⁴) della collaborazione giudiziaria in materia penale. A dispetto della relativizzazione fattane dal *Bundesverfassungsgericht*, ne valorizza il significato, che rista nella tutela equivalente ed efficace offerta dagli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti a livello europeo e specialmente dalla Carta dei diritti. Sempre riallacciandosi al discorso condotto dal Tribunale tedesco, sottolinea, da una parte, che la decisione quadro – come peraltro risulta evidente dall'art. 1, c. 3, – non pregiudica l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza e, dall'altra, che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo non può condurre ad un trattamento inumano o degradante del soggetto da esso interessato, a ciò ostando l'art. 4 della Carta. Ne deriva – il che non viene detto, ma è sottinteso – che essa non può nemmeno tradursi in una violazione della dignità umana, giacché quest'ultima è riconosciuta e tutelata come diritto inviolabile dalla Carta dei diritti dell'Unione europea⁵⁵. Partendo da questo presupposto e richiamando la sentenza Melloni, la Corte di Lussemburgo afferma con forza che il rifiuto di eseguire un mandato d'arresto europeo da parte delle autorità giudiziarie è ammesso nei soli casi previsti dalla decisione quadro e, in particolare, dagli artt. 3 (Motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo), 4 (Motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo) e 4 bis (Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente). Ne consegue che, nel caso in cui venga riscontrato un serio pericolo di trattamenti inumani o degradanti, l'esecuzione del mandato d'arresto non va respinta, ma piuttosto rinviata al fine di ottenere informazioni complementari dallo Stato richiedente ai sensi dell'art. 15, c. 2, della decisione quadro⁵⁶, con l'obbligo di comunicare all'*Eurojust* i motivi del ritardo nell'esecuzione qualora non sia possibile rispettare i termini fissati dall'art. 17 della stessa decisione quadro⁵⁷.

⁵⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Sentenza del 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15, cit., par. 79.

⁵⁵ L'art. 1 della Carta dei diritti dell'Unione europea, rubricato appunto "Dignità umana", recita: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

⁵⁶ «L'autorità giudiziaria dell'esecuzione che non ritiene le informazioni comunicate dallo Stato membro emittente sufficienti per permetterle di prendere una decisione sulla consegna, richiede urgentemente le informazioni complementari necessarie segnatamente in relazione agli articoli 3, 4, 5 e 8 e può stabilire un termine per la ricezione delle stesse, tenendo conto dell'esigenza di rispettare i termini fissati all'articolo 17».

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 17, c. 7, della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, «Se, in circostanze eccezionali, uno Stato membro non è in grado di rispettare i termini stabiliti dal presente articolo, esso ne informa l'*Eurojust*, indicando i motivi del ritardo. Inoltre, uno Stato membro che ha subito ritardi ripetuti nell'esecuzione dei mandati d'arresto da parte di un altro Stato membro ne informa il Consiglio affinché sia valutata l'attuazione della presente decisione quadro a livello degli Stati membri».

Escludendo che possano esservi ulteriori ragioni, oltre a quelle previste dalla disciplina europea, per negare la consegna di un soggetto interessato da un mandato di arresto europeo, i giudici di Lussemburgo rivendicano la sufficienza dello *standard* uniforme di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello europeo. Il ragionamento sembra riecheggiare *in nuce* le considerazioni svolte dal costituzionalista Pablo Pérez Tremps nell'opinione dissenziente alla sentenza n. 199 del 2009⁵⁸ e all'ordinanza n. 86 del 2011⁵⁹ del Tribunale costituzionale spagnolo⁶⁰. A suo dire, «nella cultura comune dei diritti fondamentali [...] la equivalenza nella protezione di questi diritti non si traduce, o non deve tradursi, in una mera equivalenza formale, ma anche nella accettazione della sufficienza delle “garanzie sostanziali offerte e dei meccanismi previsti per il suo controllo”»⁶¹, giacché l'Unione europea «ha senso come progetto politico e giuridico europeo sulla base della fiducia legittima nelle istituzioni comunitarie e in quelle degli Stati membri»⁶². Ne consegue che «uno Stato non può, in principio, imporre agli altri il suo parametro di protezione dei diritti fondamentali, dovendo muoversi nelle sue relazioni all'interno del parametro comune sostanziale e processuale»⁶³.

In definitiva, sebbene la sentenza della Corte di giustizia abbia ad oggetto un caso diverso da quello sottoposto all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht* e malgrado non contenga alcun riferimento esplicito al controllo d'identità costituzionale, è evidente che il discorso sia diretto a Karlsruhe.

7. Il nocciolo della contesa: la tutela dei diritti fondamentali nel sistema multilivello

Se il *casus belli* è il mandato d'arresto europeo, il nocciolo della contesa è la garanzia dei diritti fondamentali nel sistema multilivello, che la formula della tutela prevalente contenuta nell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non è riuscita a risolvere, come la vicenda Melloni (la quale presenta numerose analogie con quella in esame⁶⁴) ha già dimostrato. La questione porta con sé quella dell'organo deputato ad assicurarne in ultima istanza la protezione. La dignità umana è principio cardine tanto del diritto tedesco tanto del diritto europeo: non a caso essa è esplicitamente contemplata nel primo articolo sia del *Grundgesetz* sia della Carta dei diritti UE. Tuttavia, il *punctum pruriens* è la sua ampiezza: può considerarsi la medesima? Inoltre, è la Corte di giustizia all'altezza del ruolo di “custode

⁵⁸ *Tribunal Constitucional de España*, Sentenza n. 199 del 28 settembre 2009, in www.tribunalconstitucional.es.

⁵⁹ *Tribunal Constitucional de España*, Ordinanza n. 86 del 9 giugno 2011, in www.tribunalconstitucional.es.

⁶⁰ Sulla posizione del giudice Pablo Pérez Tremps si veda: M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e tribunale costituzionale spagnolo*, cit., pp. 12-13.

⁶¹ P. PÉREZ TREMP, *Voto particular*, in *Tribunal Constitucional de España*, Sentenza n. 199 del 28 settembre 2009 e Ordinanza n. 86 del 9 giugno 2011, cit.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Le similitudini attengono sia al fatto (esecuzione di un mandato d'arresto europeo e garanzie processuali offerte dall'ordinamento italiano al contumace) sia al diritto (violazione del nocciolo duro della Costituzione e *standard* di tutela dei diritti fondamentali tra il livello nazionale e quello europeo).

dei diritti”, come lo sono state le Corti costituzionali dal secondo dopoguerra in poi? Il problema reale è lo *Spannungsverhältnis* tra l’esigenza di uno *standard* omogeneo di tutela che copra il vasto territorio dell’Unione europea (che comprende ormai ben 28 Stati⁶⁵) e il timore di un progressivo impoverimento delle conquiste del costituzionalismo nazionale (o meglio, dei costituzionalismi nazionali). Questa preoccupazione, che costituisce il retroterra di decisioni come quella del *Bundesverfassungsgericht*, oggetto di analisi, deve, tuttavia, essere ridimensionata. Una robusta cultura costituzionale europea non solo già esiste, ma è continuamente alimentata dal moto “ascendente” e “discendente” delle tradizioni costituzionali comuni⁶⁶. Si tratta di una parabola «a conti fatti circolare»⁶⁷ e, come tale, «incessante»⁶⁸, la cui proficuità – attestata, per esempio, dal principio di proporzionalità, per richiamare un principio di derivazione tedesca – è assicurata dal pluralismo giurisdizionale che contraddistingue l’attuale ordinamento complesso nel quale viviamo e che ha per protagonisti non solo le Corti europee e le Corti costituzionali, ma anche i giudici comuni senza i quali «molti diritti resterebbero senza risposta, o comunque, insufficientemente appagati»⁶⁹. A ciò si aggiunga, come ben rileva Antonio Ruggeri, che è metodicamente e teoricamente sbagliato contrapporre in maniera antitetica il primato del diritto europeo all’identità costituzionale, giacché «il primato, persino laddove sembri urtare con uno o più principi che fanno l’identità, può in realtà concorrere all’affermazione *magis ut valeat* dell’identità stessa, consentendo pertanto di pervenire a sintesi assiologicamente apprezzabili dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”»⁷⁰.

⁶⁵ 27 se il Regno Unito, dopo il referendum del 23 giugno 2016 (*Brexit*), uscirà davvero dall’Unione europea.

⁶⁶ Al riguardo si rinvia, *ex multis*, ai seguenti contributi: L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 3 ss.; A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell’integrazione europea*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7/2003, pp. 373 ss.; O. POLLICINO, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in www.giurcost.org, 20/04/2015.

⁶⁷ Di connotazione circolare parla espressamente A. RUGGERI, *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell’integrazione europea*, cit., p. 386.

⁶⁸ Ivi, p. 387: «Il moto delle tradizioni è, dunque, incessante; e se invece dovesse, in via di mera ipotesi, arrestarsi, verrebbe meno proprio il carattere più genuinamente espressivo delle tradizioni, la loro stessa essenza, che è appunto fatta di un continuo divenire, siccome pervasa da un moto che non ha, e non può – se ci si pensa – strutturalmente avere, una partenza o una fine, un *prius* o un *posterius*, ma che proprio nel suo inesausto ricaricarsi da se medesimo ha la sua più genuina connotazione, il suo appagamento, il fine».

⁶⁹ Così: A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in www.forumcostituzionale.it, 9/04/2016, p. 8, nt. 30.

⁷⁰ Ivi, p. 15.