

European Journal of Legal Studies

“Spaces of Normativity”

*Incontri e Scontri tra Ordinamenti
e Interazioni tra Giudici nella
Nuova Stagione del
Costituzionalismo Europeo:
La Saga del Mandato d'arresto
Europeo come Modello di Analisi*

Oreste Pollicino



VOLUME 2 NUMBER 1 2008
P. 220-268

Incontri e Scontri tra Ordinamenti e Interazioni tra Giudici nella Nuova Stagione del Costituzionalismo Europeo: La Saga del Mandato d'arresto Europeo come Modello di Analisi

Oreste Pollicino*

I. Introduzione

“Nessuno qualificherebbe come estradizione la cooperazione tra un giudice del *Land* Baviera ed un altro della Bassa Sassonia in vista della consegna di un imputato, ovvero l'assistenza tra un giudice della Comunità autonoma di Catalogna ed un giudice dell'Andalusia, motivo per cui non si può parlare di estradizione neppure qualora l'assistenza venga prestata all'interno dell'Unione europea”.

L'accostamento, invero un poco forzato, è dell'Avvocato generale Jarabo Colomer,¹ nel suo estremo tentativo di tracciare una linea di demarcazione quanto più netta possibile tra il mandato d'arresto europeo, strumento precipuamente giuridico, di cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli stati membri dell'Unione europea e la procedura di estradizione, di impronta prettamente intergovernativa ed a vocazione politica, prevista da varie convenzioni internazionali² ed europee, quest'ultime adottate a norma dell'articolo K 3 del Trattato di Maastricht,³ e tutte sostituite, a partire dal 1 gennaio 2004, dalla disciplina prevista dalla decisione quadro 2002/584/GAI relativa, per l'appunto, al mandato d'arresto europeo.

Linea di demarcazione che non deve essere invece risultata così evidente alle Corti costituzionali e supreme di Varsavia, Karlsruhe e Nicosia se nel 2005, con le pronunce, rispettivamente, del 27 aprile,⁴ del 18 luglio⁵ e del 7 novembre⁶ annullavano le normative

* Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano. Ci tengo a ringraziare i Prof. András Sajó, Antonio Tizzano, Wojciech Sadurski e Miguel Póiares Maduro per i loro preziosi consigli. La responsabilità per quanto scritto, ovviamente, rimane solo mia.

¹ V. conclusioni alla causa **C.G.C.E.**, Causa C-303/05, *Advocaten de Wererd VZW c. Leden Van de Ministerraad*, 2007 ECR I-3633, a seguito del rinvio pregiudiziale esperito dalla Cour d'Arbitrage belga in riferimento alla presunta illegittimità comunitaria della decisione quadro 2002/584/GAI del 13-6-2002, relativa al mandato d'arresto europeo (in *G.U.C.E.* L 190, 18-7-2002, p. 1). La decisione della Corte di giustizia sul punto è del 3-5-2007, **C.G.C.E.**, Causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van de Ministerraad*, 2007, ECR, I-3633.

² Convenzione europea d'extradizione, del 13-12-1957 ed i relativi protocolli addizionali del 15-10-1975 e del 17-3-1978 e la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27-1-1977 per la parte concernente l'extradizione.

³ Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli stati dell'Unione europea del 10-3-1995 e Convenzione relativa all'extradizione tra gli stati membri dell'Unione europea del 27-11-1996.

⁴ Cf **Tribunale costituzionale polacco** [*Trybunał Konstytucyjny*], sent. 27 aprile 2005 (P 1/05), reperibile, con in inglese, www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf.

nazionali polacca, tedesca e cipriota di recepimento della decisione quadro 2002/584 in quanto contrastanti con i rispettivi divieti costituzionali di estradizione all'estero dei propri cittadini.

La quarta corte costituzionale che, in ordine cronologico, si è pronunciata sulla conformità tra la normativa nazionale di recepimento della decisione quadro e il sistema costituzionale interno è stata quella di Brno⁷ che, in evidente controtendenza rispetto agli orientamenti appena ricordati, il 3 maggio 2006 decideva di rigettare la questione di costituzionalità sollevata a riguardo, dichiarando le disposizioni del codice di procedura penale ceco introdotte a seguito della trasformazione in diritto interno della normativa comunitaria istitutiva del mandato d'arresto europeo non in contrasto con l'articolo 14 § 4 della Costituzione a norma del quale "nessun cittadino ceco può essere obbligato a lasciare la patria".

Accelerazioni e brusche frenate al processo d'integrazione comunitaria nel terzo pilastro, riluttanza degli stati membri a cedere segmenti di sovranità in materia penale, effetto e vincolatività delle decisioni quadro adottate a norma dell'articolo 34 § 2 (b) TUE, modalità di risoluzione di eventuali conflitti tra la portata normativa di dette decisioni ed i principi costituzionali degli stati membri sono soltanto alcune delle problematiche emergenti dal quadro appena delineato.

⁵ **Tribunale costituzionale federale tedesco** [*Bundesverfassungsgericht*], sent. 18 luglio 2005 (2236/04), in *Diritto&Giustizi@*, 20-7-2005, con sintesi in inglese.

⁶ **Suprema corte di Cipro** [*Ανώτατο Δικαστήριο*], sent. 7 novembre 2005 (294/2005), reperibile, esclusivamente in lingua greca, www.cylaw.org/cgi-bin/open.pl?file=aad/meros_1/2005/1-200511-294-05.htm. Con tale decisione la Corte suprema rilevava che la legge di trasposizione interna della decisione quadro istitutiva del mandato d'arresto fosse incompatibile con l'articolo 11 § 2 (f) della Costituzione a norma del quale, nella sua versione originaria "a nessuno può essere sottratta la propria libertà eccetto i casi in cui ciò sia previsto dalla stessa legge". Ai sensi della stessa disposizione tra tali casi rientrava esclusivamente l'extradizione dello straniero, il che escludeva, *a contrario*, che un cittadino cipriota potesse essere estradato. In particolare la Corte cipriota ricordava come una pronuncia del 1991 avesse già chiarito che l'extradizione di un cittadino cipriota fosse proibita ai sensi dell'articolo 11 § 2 (f) della Costituzione, non tralasciando di fare espresso riferimento nel suo *reasoning* al caso *Pupino*, ricordando come fosse comunque lasciato ai singoli giudici nazionali un margine discrezionale quanto all'accertamento della conformità della normativa nazionale ad una decisione quadro adottata nel quadro del terzo pilastro. Sulla base di tale pronuncia è stato revisionato l'articolo 11 della Costituzione che oggi espressamente prevede che "l'arresto di un cittadino della Repubblica finalizzato ad una sua consegna a seguito della emissione di un mandato d'arresto europeo è possibile solo in riferimento a fatti ed azioni successive alla data di adesione di Cipro all'Unione europea".

⁷ **Corte costituzionale ceca** [*Ústavní Soud*], sent. 3 maggio 2006 (Pl. ÚS 66/04), reperibile, anche nella sua traduzione inglese, angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.php.

Diventa quindi imprescindibile una disamina più approfondita delle questioni soltanto abbozzate, iniziando con l'evoluzione e lo stato dell'integrazione comunitaria nel terzo pilastro, per poi passare ad approfondire, in un'ottica interordinamentale e sotto un profilo giurisprudenziale, dopo aver brevemente descritto gli obiettivi e le novità più rilevanti della decisione quadro 2002/584 istitutiva del mandato d'arresto europeo, le delicate questioni di compatibilità costituzionale che il recepimento di tale decisione ha comportato in diversi stati membri, per concludere infine, dopo aver messo a fuoco la lettura che di tali problemi ha dato la Corte di giustizia delle Comunità europee, tentando di contestualizzare gli orientamenti giurisprudenziali esaminati nel quadro più generale che delinea lo stato attuale del costituzionalismo europeo.

II. Evoluzione dell'integrazione comunitaria in materia penale: Dal nulla al Trattato di Amsterdam

Tra i primi⁸ a parlare di una cooperazione tra gli stati membri anche in materia penale⁹ fu l'allora presidente della repubblica francese Valéry Giscard d'Estaing, allorché, nel 1977, nella sua celebre dichiarazione al Consiglio europeo di Bruxelles, faceva emergere la necessità di dar vita ad uno spazio giuridico europeo di giustizia e sicurezza, sottolineando come, sebbene il "Trattato di Roma non facesse, nella sua logica *economic oriented*, nessun riferimento a tali temi, fosse in ogni caso non più procrastinabile, al fine di salvaguardare l'effetto utile delle quattro libertà fondamentali alla base della costituzione economica europea, specialmente quella relativa alla libera circolazione delle persone, realizzare,

⁸ La primissima volta in cui, nel quadro europeo, si è fatto riferimento ad una cooperazione in materia penale è stato in concomitanza, nel 1975, con l'istituzione del Gruppo di Trevi, un foro intergovernativo finalizzato ad aumentare il livello di cooperazione interstatale nella lotta al terrorismo all'interno delle Comunità europee.

⁹ Per un quadro d'insieme sull'evoluzione e lo stato attuale del processo di cooperazione in materia penale e, più in generale, sull'evoluzione istituzionale nel terzo pilastro vedi, nella dottrina italiana, **C. TRACOGNA**, "La tutela della libertà personale nel procedimento di consegna attivato dal mandato d'arresto europeo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 988-1020. E l'ampia bibliografia ivi richiamata, tra cui **R. ADAM**, "La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, pp. 481-509; **E. GATTI, A. VENEGONI**, "La cooperazione giudiziaria in materia penale dal 'Terzo Pilastro' alla Convenzione", *Questione giustizia*, 2003, pp. 407-417; **G. LATTANZI**, "La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria", *Documenti giustizia*, 2000, pp. 1037-1042; **B. PIATTOLI**, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 65; **L. SALAZAR**, "La cooperazione giudiziaria in materia penale", in **N. PARISI e D. RINOLDI**, *Giustizia e affari interni nell'Unione europea: Il 'terzo pilastro' del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 134-161; **V. MITSILEGAS**, "The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU", *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1277-1311; **G. DE KERCHOVE**, "L'Europe pénale: Bilan et perspectives", in **A. MOORE**, *Police and Judicial Co-operation in The European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 335-380; **P.J. KUIJPER**, "The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects", *Common Market Law Review*, 2004, pp. 609-626; **N. WALKER**, *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

all'interno dello spazio giuridico europeo, adeguate condizioni di sicurezza e di giustizia uniformi ed accessibili a tutti”.

Contemporaneamente la Commissione proponeva misure comuni per fronteggiare le frodi comunitarie e la corruzione dei funzionari.

L'unico prodotto di rilievo di quei primi anni fu l'accordo di Dublino del 4 dicembre 1979, relativo all'applicazione tra gli stati membri della Comunità della Convenzione europea di Strasburgo del 27 gennaio 1977 per la repressione del terrorismo.

Gli anni seguenti furono segnati da una battuta d'arresto delle iniziative riguardanti la cooperazione penale fra gli stati membri: il dibattito sul punto riemerse solo nella metà degli anni ottanta, quando, con l'Atto unico europeo, si prevedeva, seppure a livello meramente intergovernativo, un piano di cooperazione politica europea.¹⁰

Se l'emersione di un autonomo pilastro, il terzo, alla base della costituenda Unione europea, dedicato alla cooperazione tra stati membri in materia di giustizia ed affari interni (GAI) avviene con il Trattato di Maastricht, nel 1992, è solo con il Trattato d'Amsterdam, nel 1997, che lo stesso pilastro, ridenominato “cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”, viene dotato dell'appropriata base giuridica, attraverso la modifica dell'articolo K 1 (l'attuale articolo 29) TUE, per consentire l'adozione di iniziative comuni anche nel settore, per l'appunto, della “cooperazione giudiziaria in materia penale”, attraverso una collaborazione più stretta fra le forze di polizia, le autorità doganali e quelle giudiziarie e un ravvicinamento -se necessario- delle *norme di diritto penale degli stati membri* in modo da “fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà e giustizia”. Obiettivo, questo ultimo, che viene ufficialmente inserito tra gli scopi dell'Unione europea enunciati dall'articolo 2 TUE.

Il Trattato d'Amsterdam, in altre parole, innova decisamente rispetto al Trattato di Maastricht laddove, in primo luogo, affianca alla cooperazione intergovernativa quella giudiziaria tra gli stati membri in materia civile e penale ed, in secondo luogo e special misura, laddove è per la prima volta contemplato, tra gli strumenti ammessi per la

¹⁰ **M. PALMIERI**, *Mandato d'arresto europeo, la cooperazione comunitaria in materia penale*, Napoli, Esselibri, 2005.

realizzazione di “un elevato livello di libertà in uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia in cui sia assicurata la prevenzione della criminalità e la lotta contro questa ultima”,¹¹ anche “il riavvicinamento della normativa degli stati membri in materia penale”.¹² Riavvicinamento che, ai sensi dell’articolo 31 (e), può concretizzarsi, tra l’altro, “nella progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli ordinamenti costitutivi dei reati ed alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti”.

Anche sul piano delle fonti adottabili dalle istituzioni comunitarie nell’ambito del terzo pilastro il Trattato d’Amsterdam apporta delle novità rispetto alla situazione prevista da Maastricht. Le generiche e poco incisive risoluzioni previste dal Trattato di Maastricht sono sostituite da un’articolata gamma di possibili fonti, tra cui spiccano le decisioni quadro previste dall’articolo 34 (b) TUE, che hanno lo scopo precipuo di riavvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri anche in materia penale.

Si ritornerà più avanti sulla natura giuridica e sugli effetti della decisione quadro che costituisce, tra l’altro, il *nomen iuris* dell’atto che ha dettato la disciplina relativa al mandato d’arresto europeo.

Terza novità assai rilevante prevista dal Trattato d’Amsterdam è rappresentata dalla possibilità, concessa per la prima volta alla Corte di giustizia, di poter esercitare la propria attività d’interpretazione anche nel campo della cooperazione *in materia penale*.

In questo quadro risalta la nuova competenza, funzionale ad alimentare il dialogo tra corti europee e corti nazionali anche in materie costituzionalmente sensibili come quelle oggetto dell’area di sicurezza, giustizia e libertà, che si sostanzia nella attribuzione alla Corte di giustizia, facoltativa da parte degli stati membri,¹³ del potere di pronunciarsi in via

¹¹ TUE, Articolo 3.

¹² TUE, Articolo 29.

¹³ Al momento ci risulta che soltanto 15 stati membri (Spagna, Ungheria, Austria, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Slovenia, Svezia) abbiano sottoscritto la dichiarazione, prevista dall’articolo 35 TUE, che attribuisce la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ciò vuol dire che i giudici degli altri 12 stati membri, anche volendo, non potrebbero investire la Corte di giustizia di una questione pregiudiziale vertente su tematiche oggetto del terzo pilastro. Per un’analisi più accurata sul punto, **M. FLETCHER**, *The European Court of Justice, Carving Itself an Influential Role in the EU’s Third Pillar*, 2007, consultabile su www.unc.edu/euce/eusa2007/papers/fletcher-m-08i.pdf; **T. TRIDIMAS**, “Knocking on Heaven’s Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure”, *Common Market Law Review*, 2003, pp. 9-50.

pregiudiziale sulla validità e l'interpretazione delle decisioni quadro adottate ai sensi dell'articolo 34 TUE.

E attraverso tale procedura che la normativa comunitaria in materia d'arresto europeo è stata portata "all'attenzione" della Corte di giustizia, come si vedrà in via più approfondita più avanti quando la nostra analisi verterà specificatamente sulla decisione, del maggio scorso, di "risposta" dei giudici comunitari al quesito pregiudiziale sollevato dalla *Cour d'Arbitrage* belga.

Se si volesse cercare un filo conduttore nel susseguirsi spesso disordinato delle misure di implementazione delle esigenze alla base del terzo pilastro, la costante che sembra potersi identificare è quella relativa all'emergere ed al consolidarsi di un *securitation ethos*.

Un tale *trend*, che ovviamente ha subito un'accelerazione esponenziale a seguito della svolta dell'11 settembre 2001,¹⁴ ha visto il progressivo emergere delle ragioni attinenti alla tutela della sicurezza intracomunitaria affermatasi, in un primo tempo, come esigenza funzionale alla migliore realizzazione delle quattro libertà fondamentali ed, in un secondo tempo, specialmente a partire dal Trattato di Maastricht, come *telos* autonomo dell'Unione europea che, una volta realizzato l'obiettivo della creazione del mercato unico, ha messo in agenda priorità di natura più spiccatamente politica relative, in una prospettiva esterna, al conseguimento di una credibilità sulla scena internazionale e, in una dimensione interna, alla realizzazione di uno spazio giuridico comune in cui alla mobilità di merci, capitali, persone e servizi si affiancasse la lotta alla criminalità organizzata mediante un passo avanti nella cooperazione tra le autorità giurisdizionali degli stati membri e del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed un passo indietro dei rapporti interstatuali di natura politica e di forte impronta intergovernativa.

¹⁴ J. WOUTERS, F. NAERTS, "Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures against Terrorism after 11 September", *Common Market Law Review*, 2004, pp. 909-935.

III. Disciplina e fini del mandato d'arresto europeo

Gli eventi dell'11 settembre hanno quindi drasticamente messo in luce l'esigenza di realizzare tali priorità nel più breve tempo possibile.

L'accelerazione è stata evidente: il Consiglio dell'Unione europea a meno di un anno dagli stessi eventi, e dopo anni in cui alle dichiarazioni della diplomazia europea¹⁵ non seguivano iniziative del legislatore comunitario, adottava, precipitosamente, sulla base dell'articolo 34 TUE, e dopo un assai limitato dibattito in seno tanto ai Parlamenti nazionali quanto a quello europeo,¹⁶ la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna fra gli stati membri, con l'intento dichiarato di sostituire, all'interno dello spazio giuridico comunitario, tutti i possibili strumenti in materia di estradizione.¹⁷

Ai sensi dell'articolo 1 dell'appena citato testo normativo il mandato d'arresto è una decisione giudiziaria emessa da uno stato membro in vista dell'arresto e della consegna, da parte di un altro stato membro, di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà.

Si tratta dunque di un meccanismo di cooperazione di carattere strettamente giudiziario, che non esclude la possibilità di avvalersi dell'assistenza, d'ordine esclusivamente pratico-amministrativo, prestata dagli organi esecutivi degli stati membri;¹⁸ ma che instaura, in sostanza, un regime di libera circolazione delle decisioni in materia penale, che si fonda su un sistema di *fiducia reciproca* tra gli ordinamenti degli stati membri.¹⁹

¹⁵ Cf le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, riunito a Tampere il 15-16 ottobre 1999, ove si legge che "il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazioni tra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli"; L. SALAZAR, "La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere", *Cassazione Penale*, 2000, pp. 1114-1131.

¹⁶ V. MITSILEGAS, "The Constitutional Implications", *o.c.*, p. 1283.

¹⁷ Vedi i considerando 1 e 11 della decisione quadro 2002/584. Per un'analisi accurata dei profili più innovativi e problematici della decisione quadro, S. ALEGRE e M. LEAF, "Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study, the European Arrest Warrant", *European Law Review*, 2004, pp. 200-217.

¹⁸ **Decisione quadro 2002/584**, Considerando 9 ed articolo 7.

¹⁹ **Decisione quadro 2002/584**, Considerandi 5, 6 e 10 ed articolo 1 § 2.

Traduzione giuridica di tale *mutual trust* è il principio del riconoscimento reciproco alla base -ai sensi dell'articolo 1 § 2 della decisione quadro- dell'obbligo per ciascun stato membro di dare esecuzione al mandato d'arresto emesso da altro stato dell'Unione europea.

E stato osservato come, “*given its adoption as a response to the 9/11 events, a striking feature of the European Arrest Warrant is that its scope is non limited to terrorist offences*”.²⁰

In effetti, il mandato d'arresto può essere emesso per qualsiasi condotta punita dalle leggi dello stato membro emittente -il mandato- con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi.

Lo stato d'esecuzione può subordinare la consegna alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato costituiscano reati anche ai sensi del suo ordinamento giuridico. Tale facoltà di applicare la regola della doppia incriminazione non opera però, ed è questo uno dei profili più innovativi ed allo stesso tempo più problematici della disciplina in esame, in riferimento ad un *numerus clausus* di trentadue reati elencati dall'articolo 2 § 2 della decisione quadro, per i quali è sufficiente che essi siano previsti dalla legislazione penale dello stato emittente il mandato d'arresto, a patto che gli stessi siano puniti con una pena detentiva di almeno tre anni di reclusione.²¹

Altra novità rilevante della disciplina, su cui si sono concentrati i *constitutional complaints* di molti stati membri, è l'ammissibilità dell'emissione di un mandato d'arresto anche nei confronti del cittadino dello stato membro d'esecuzione, a fronte della prassi generalmente riconosciuta, e da molte costituzioni di paesi dell'Unione europea espressamente codificata, per cui lo stato sovrano non consente l'estradizione del proprio cittadino.²²

²⁰ V. MITSILEGAS, “The Constitutional”, *o.c.*, p. 1284.

²¹ Su questo e sugli altri profili caratterizzanti la disciplina della decisione sul mandato d'arresto europeo vedi l'ampio ed argomentato saggio di C. TRACOGNA, “La tutela”, *o.c.*, p. 988.

²² M. PLACHTA, “(Non-) Extradition of Nationals: A Never Ending Story?”, *Emory International Law Review*, 1999, pp. 77-159.

Nella decisione quadro, al contrario, la possibilità, riconosciuta allo stato di esecuzione del mandato, di ostacolare la consegna di un cittadino o residente è relegata nell'angusto spazio riservato alle eccezioni, più specificatamente all' articolo 4 § 6, ove si prevede che "l'autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto se questo ultimo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno". In assenza di tale impegno, il regime vigente è evidentemente quello dell'obbligo di consegna gravante sullo stato membro d'esecuzione del mandato.

Ulteriore conferma di tale logica derogatoria alla base della possibilità per gli stati membri di escludere la consegna del proprio cittadino si trova in un'altra sezione della decisione quadro, e più precisamente all'articolo 5 che, specificando quali debbano essere le garanzie che lo stato emittente debba fornire in casi particolari, prevede espressamente delle garanzie aggiuntive nel caso in cui "la persona oggetto del mandato d'arresto ai fini di un'azione penale sia cittadino o residente nello stato membro di esecuzione".²³

E innegabile, come ha ricordato anche l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni alla decisione sul mandato d'arresto prima citata, che vi siano delle differenze sostanziali tra estradizione e mandato d'arresto europeo.

Con l'extradizione entrano in contatto due stati sovrani: il primo invoca la cooperazione dell'altro che decide, caso per caso, di prestarla o meno, in considerazione di motivi che trascendono il contesto strettamente giuridico, addentrandosi nell'ambito delle relazioni internazionali il cui principio di opportunità politica gioca un ruolo rilevante.²⁴

²³ Nel caso di specie le garanzie aggiuntive si concretizzano nel poter subordinare la consegna alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviaa nello stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà eventualmente irrogate nei suoi confronti dallo stato membro richiedente.

²⁴ Per un'accurata analisi della caratterizzazione dell'istituto della estradizione ad un livello tanto nazionale quanto internazionale, **M. PLACHTA**, "(Non-) Extradition of Nationals", *o.c.*, p. 77. L'Autore in particolare rileva come "*the justification of the rule of non extradition of nationals largely derives from a Jealousy guarded conception of national sovereignty, and it presupposes the existence of sharp contrasts in the administration of criminal justice between states, resulting in potentially unfair treatment*"; *ibid.*, at pp. 99-100.

Al contrario, il mandato d'arresto s'inserisce in uno scenario istituzionale ove l'assistenza viene chiesta e prestata nell'ambito di un sistema giuridico integrato a carattere sovra-nazionale, all'interno del quale gli stati, rinunciando parzialmente alla loro sovranità, trasferiscono le proprie competenze ad organi ad essi estranei dotati anche di poteri normativi.

Un tale meccanismo, aggiunge l'Avvocato generale, "tipico del primo pilastro dell'Unione, opera anche nell'ambito del terzo pilastro, che, pur avendo carattere intergovernativo, rivela una spiccata vocazione comunitaria, come ha dimostrato la sentenza *Pupino*, trasferendo all'ambito delle decisioni quadro talune categorie appartenenti al primo pilastro e alcuni parametri caratteristici delle direttive".²⁵

Nonostante tali differenziazioni sottolineate dalla dottrina più attenta²⁶ ed emergenti anche da alcune delle normative nazionali di recepimento della decisione quadro,²⁷ non può non rilevarsi come ambedue gli istituti servano al medesimo scopo di consegnare una persona accusata o condannata alle autorità di uno stato membro, affinché tale persona venga processata o scontata la condanna che le è stata inflitta.

Molti stati membri hanno voluto escludere che ciò possa avvenire per un proprio nazionale, tanto è vero che prima dell'adozione della decisione quadro, tredici degli (allora) venticinque stati membri prevedevano delle disposizioni costituzionali che proibivano²⁸ o, in ogni caso, limitavano²⁹ l'estradizione dei propri cittadini.

²⁵ Conclusioni Avvocato generale, § 44.

²⁶ **M. PLACHTA**, "European Arrest Warrant: Revolution in Extradition", *Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2003, pp. 178-194; **O. LAGODNY**, "Extradition without a Granting Procedure: The Concept of Surrender", in **T. BLEKXTOON e W. VAN BALLEGOOIJ**, *Handbook of the European Arrest Warrant*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 39-45, at p. 41

²⁷ Come sottolinea lo stesso Avvocato generale nelle conclusioni citate, il preambolo della legge spagnola del 14-3-2003 sul mandato d'arresto europeo e sulle modalità di consegna (BOE n. 65 del 17-3-2003, 10244) evidenzia come "il mandato d'arresto europeo introduca nella classica procedura di estradizione modifiche talmente sostanziali che possiamo affermare senza riserve che questo ultimo istituto è ormai scomparso dall'ambito delle relazioni tra gli stati membri dell'Unione europea in materia di cooperazione e giustizia".

²⁸ Nella versione pre-modifica dei rispettivi testi costituzionali l'esclusione dell'estradizione nei confronti dei cittadini era sancita dalle Costituzioni tedesca (articolo 16 § 2) austriaca (articolo 12 § 1), lettone (articolo 98), slovacca (articolo 23 § 4), polacca (articolo 55) slovena (articolo 47), finlandese (articolo 9 § 3), cipriota (articolo 11 § 2) ed, in termini meno perentori, da quella ceca (articolo 14 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali) e portoghese (articolo 33).

²⁹ Altri testi costituzionali prevedono come unica eccezione al divieto d'estradizione che sia diversamente disposto da un trattato internazionale (articolo 36 § 2 Cost. estone, articolo 26 § 1 Cost. italiana, articolo 13 Cost. lituana).

Non stupisce quindi che le innovazioni presenti nella normativa istitutiva del mandato d'arresto europeo abbiano comportato delle inevitabili "turbolenze costituzionali" al momento del loro recepimento³⁰ in diritto interno in molti stati dell'Unione europea.

Alcuni di essi hanno giocato d'anticipo, come Portogallo,³¹ Slovacchia,³² Lettonia³³ e Slovenia,³⁴ che hanno proceduto alla revisione del parametro costituzionale rilevante prima che le rispettive corti costituzionali fossero chiamate a pronunciarsi sulla presunta incostituzionalità della normativa di recepimento, come è invece successo in Polonia, Repubblica Ceca e Cipro, con le conseguenze che si vedranno subito.

Anomalo il caso della Germania, ove l'aver modificato la Costituzione³⁵ poco tempo prima l'adozione della decisione quadro 2002/584, al fine di consentire, in determinati casi, l'estradizione, prima assolutamente esclusa,³⁶ di un proprio cittadino, non ha evitato

³⁰ L'Italia è stata l'ultimo dei Paesi europei a trasporre la decisione quadro attraverso l'adozione, il 22-4-2005, dopo un iter piuttosto tormentato; **F. IMPALÀ**, "The European Arrest Warrant in the Italian Legal System between Mutual Recognition and Mutual Fear within the European Area of Freedom, Security and Justice", *Utrecht Law Review*, 2005, pp. 56-78. Si segnala in particolare come da assai autorevole dottrina italiana erano state poste in evidenza, ancor prima della adozione della versione definitiva della decisione quadro, le possibili incompatibilità di quest'ultima con il principio costituzionale, tra gli altri, della tassatività della fattispecie penale; **V. CAIANELLO e G. VASSALI**, "Parere sulla proposta di decisione quadro sul mandato d'arresto europeo", *Cassazione penale*, 2002, pp. 462-467.

³¹ **Costituzione portoghese**, articolo 33 § 3, successivo alla revisione; "*the extradition of Portuguese citizens from Portuguese territory shall only be permissible where an international agreement has established reciprocal extradition arrangements, or in cases of terrorism or international organised crime, and on condition that the applicant state's legal system enshrines guarantees of a just and fair trial*".

³² L'articolo 23 § 4 prima della revisione del 2001 prevedeva il diritto del cittadino slovacco "a non lasciare la propria patria, a non essere espulso ed a non essere estradato in un altro stato". Con la revisione è stato eliminato il riferimento al diritto a non subire un'estradizione.

³³ Nel caso della Lettonia, come ha rilevato tra i primi Balbo, due leggi, promulgate la prima il 16 giugno 2004 e in vigore dal 30 giugno 2004 e la seconda il 17 giugno 2004 e in vigore dal 21 ottobre 2004, hanno introdotto gli emendamenti necessari ad attuare la modifica costituzionale dell'articolo 98 della Costituzione e le parti interessate del codice di procedura penale al fine di rendere esecutivo il mandato d'arresto europeo nei confronti dei cittadini lituani. Cf **P. BALBO**, "I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte all'interpretazione del mandato d'arresto europeo", www.giurcost.org/studi/balbo.html.

³⁴ **Costituzione slovena**, articolo 47, nella sua versione originaria, prevedeva un divieto assoluto di estradizione per i cittadini sloveni. Successivamente alla revisione, avvenuta con il *Constitutional Act 24-899/2003*, è stata aggiunta la nozione di consegna (*surrender*) come autonomo concetto costituzionale rispetto a quello di estradizione. Oggi l'articolo 47 della Costituzione slovena prevede testualmente che "nessun cittadino della Slovenia può essere estradato o consegnato -in esecuzione di un mandato d'arresto europeo-, a meno che la fonte dell'obbligo d'estradizione o di consegna sia un Trattato internazionale attraverso il quale la Slovenia abbia trasferito parte dei suoi poteri sovrani ad un'organizzazione internazionale".

³⁵ La Costituzione tedesca, nella sua formulazione originaria, proibiva nel modo più assoluto l'estradizione di un cittadino tedesco. La quarantasettesima revisione della legge fondamentale operata il 29-11-2000 ha aggiunto all'incondizionato divieto previsto dall'articolo 16 § 2 la disposizione per cui "deroghe al divieto sono ammesse in caso di estradizione ad uno stato membro dell'Unione europea o nei confronti di una Corte internazionale, a patto che siano rispettati i principi dello stato di diritto (*Rechtsstaatliche Grundsätze*)".

³⁶ L'articolo 16 della Carta fondamentale prima della revisione del 2000 era piuttosto univoco; "nessun cittadino tedesco può essere estradato all'estero".

l'intervento caducatorio del Tribunale federale di Karlsruhe³⁷ nei confronti della normativa di attuazione della decisione quadro.

IV. L'accelerazione di *Pupino*

Prima di soffermarsi sulle implicazioni interordinamentali emergenti dalle decisioni delle corti costituzionali anzidette, è d'uopo fare un riferimento all'accelerazione inaspettata che il processo d'integrazione europea nell'area di sicurezza, libertà e giustizia ha subito di recente a seguito del portato di una decisione della Corte di giustizia che, forzando non poco il dato testuale superprimario ed accorciando le distanze tra il primo ed il terzo pilastro dell'Unione europea, ha reso, se possibile, ancor più stridente l'attrito interordinamentale di livello costituzionale in occasione del recepimento negli stati membri della disciplina europea relativa al mandato d'arresto.

Si fa ovviamente riferimento al caso *Pupino*,³⁸ che ha avuto origine nella richiesta che un pubblico ministero italiano faceva al giudice per le indagini preliminari di raccogliere le deposizioni di otto bambini -testimoni e vittime del reato di abuso dei mezzi di disciplina e lesioni aggravate, per il quale la signora Pupino era indagata- attraverso un incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova non previsto dalle disposizioni del codice di procedura penale in ordine ai fatti quali quelli contestati all'indagata.

Il giudice dell'udienza preliminare, pur del parere che, essendo l'incidente probatorio uno strumento processuale di tipo eccezionale che non ammette applicazioni in ipotesi diverse da quelle previste dalla legge, la richiesta del pubblico ministero dovesse essere respinta, sottolineava come la limitazione all'applicazione della procedura dell'incidente probatorio speciale da parte del diritto italiano potesse violare le disposizioni della decisione quadro 2001/220 GAI del Consiglio relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, adottata ai sensi dell'articolo 34 del TUE -stessa base giuridica a fondamento della decisione sul mandato europeo- che prevede, allorché si tratti di vittima particolarmente vulnerabile, che

³⁷ Decisione 18-7-2005.

³⁸ C.G.C.E., Causa C-105/03, *Pupino*, 2005 ECR I-5285 su cui, tra la numerosa dottrina, V. **BAZZOCCHI**, "Il caso Pupino e il principio di interpretazione conforme delle decisioni quadro", *Quaderni Costituzionali*, 2005, pp. 884-887; P. **SALVATELLI**, "La Corte di giustizia e la comunitarizzazione del terzo pilastro", *Quaderni Costituzionali*, 2005, pp. 887-891; E. **SPAVENTA**, "Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effect of the Decision in Pupino", *European Constitutional Law Review*, 2007, pp. 5-24.

questa possa beneficiare di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla sua situazione (articoli 2 § 2 e 8 § 4 della decisione quadro).

A detta del giudice italiano che interpellava la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 35 § 1 TUE, tale trattamento sarebbe dovuto concretizzarsi nella deroga alla regola principale secondo la quale soltanto le testimonianze rese in fase dibattimentale possono acquisire efficacia probatoria, ed, in definitiva, nell'attribuzione al giudice, contrariamente a quanto espressamente previsto dalla normativa italiana, della possibilità di poter sempre escludere la testimonianza in pubblico quando ciò possa avere conseguenze negative per la vittima nella veste di testimone.

Se il contrasto tra la disciplina europea e quella italiana era evidente, non è meno esplicito l'articolo 34 b TUE nello statuire che la decisione quadro "non ha efficacia diretta".

A detta della Corte di giustizia, anche nell'ambito del terzo pilastro ed in riferimento alle decisioni quadro, sarebbe possibile enucleare, sulla base del disposto dell'articolo 1 TUE,³⁹ "essendo la formulazione dell'articolo 34 § 2 (b) TUE, strettamente ispirata a quella dell'articolo 249 § 3 CE", un obbligo in capo ai giudici nazionali di interpretare la normativa interna in modo conforme ai contenuti della disciplina europea, sulla falsariga di quanto la Corte di giustizia ha da tempo individuato nell'ambito del primo pilastro,⁴⁰ facendo leva sul principio di leale cooperazione tra Comunità e stati membri enunciato dall'articolo 10 CE.

A ben vedere non si tratta altro che di una coraggiosa applicazione analogica, da parte dei giudici europei, nell'ambito delle dinamiche intergovernative proprie del terzo pilastro, della giurisprudenza comunitaria del primo pilastro che ha previsto in capo ai giudici nazionali un obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alle direttive che non godono di effetto diretto.⁴¹

Il tutto con l'aggravante di un'espressa previsione del Trattato UE che nega alle decisioni quadro qualsiasi efficacia diretta.

³⁹ A norma del quale "il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini".

⁴⁰ C.G.C.E., Causa C-14/83, *Van Colson*, 1984, ECR, I-1891.

⁴¹ C.G.C.E., Causa C-106/89, *Marleasing*, 1990, ECR, I-4135.

I giudici di Lussemburgo aggiungevano anche, quasi a controbilanciare tale formidabile apertura, come “il principio d’interpretazione conforme non possa servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto nazionale” (§ 47).⁴²

Nonostante fosse abbastanza evidente il contrasto tra normativa europea e normativa nazionale, i giudici comunitari non erano del tutto convinti che nel caso di specie fosse impossibile un’interpretazione del diritto nazionale in conformità a quanto previsto dalla decisione quadro, e per questo richiedevano al giudice italiano di rinvio uno sforzo ermeneutico ulteriore per accertare la possibilità di una lettura della normativa italiana in accordo con quella europea.

E ovvio che una decisione del genere possa aver scatenato le critiche di chi ancora credeva che il pilastro intergovernativo sarebbe stato immune dalle mire attivistiche della Corte di giustizia, che in tal modo ha di molto riavvicinato la natura delle decisioni quadro a quella delle direttive e ha, di conseguenza, notevolmente ridotto il margine di discrezionalità in capo agli stati membri nella fase di recepimento della disciplina europea, il tutto mentre detti stati si accingevano, per l’appunto, a recepire la controversa disciplina relativa al mandato d’arresto che, come si è visto, si fonda sul principio di fiducia reciproca tra gli stessi stati nell’area della cooperazione giudiziaria in materia penale. E per l’appunto tale principio che non viene accolto appieno da alcune corti -costituzionali o supreme-⁴³ degli stati membri che, come il Tribunale di Karlsruhe e quello di Varsavia, dichiareranno la normativa interna attuativa della decisione quadro incostituzionale.

⁴² Le obiezioni a tale orientamento avanzate da parte dei Governi italiano, inglese e svedese intervenuti nella causa in oggetto si sostanziano nella considerazione secondo la quale, nell’ambito del Trattato UE mancherebbe una disposizione come quella prevista dall’articolo 10 del Trattato comunitario in tema di leale collaborazione tra stati membri e Comunità che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, è condizione necessaria ai fini della enucleazione del principio di interpretazione conforme della normativa nazionale alle disposizioni di diritto comunitario. Cf V. BAZZOCCHI, “Il caso Pupino”, o.c., p. 886.

⁴³ Può forse essere interessante ricordare come, nonostante la sua fama di giudice *euroscettico*, la *House of Lords* britannica abbia sin da principio accolto il portato di *Pupino* -citando tra l’altro espressamente nelle sue argomentazioni la pronuncia della Corte di giustizia- dichiarandolo cogente per tutti i giudici interni. In particolare nel caso assai recente *Dabas (appellant) v. High Court of Justice (madrid) (Respondent)* – UKHL, del 28-2-2007, Lord Bingham of Cornhill precisava che, in relazione alle modalità di recepimento di una decisione quadro “*a national authority may not seek to frustrate or impede achievement of the purpose of the decision, for that would impede the general duty of cooperation binding on member states under Article 10 of the EC Treaty*”. Alla luce di tali considerazioni, la Corte suprema inglese aggiungeva come, seppur il giudice nazionale non possa, come d’altronde la pronuncia chiarisce, arrivare ad interpretare *contra legem* il diritto nazionale; “*he must do as far as possible in the light of the wording and purpose of the framework decision in order to attain the result which it pursues and thus comply with Article 34 (2) (b) EU*”. È a supporto di tali affermazioni che, nel richiamato passaggio argomentativo, è espressamente citato il caso *Pupino* della Corte di giustizia.

Pur se la decisione polacca del 27 aprile 2005 anticipa di qualche mese quella tedesca del 18 luglio 2005, si è ritenuto opportuno avviare l'analisi giurisprudenziale da questa ultima, in quanto la pronuncia dei giudici polacchi sembra prestarsi ad un esame in parallelo con la decisione, che a parametri costituzionali simili giunge a conclusioni opposte, della Corte costituzionale ceca (decisione del 3 maggio 2006).

V. Il caso tedesco

Come si è accennato, poco prima dell'adozione della decisione quadro istitutiva del mandato d'arresto europeo, l'articolo 16 § 2 della Costituzione tedesca era stato "profeticamente" revisionato.

La nuova disposizione ammette che una deroga al divieto d'extradizione di un cittadino tedesco possa essere prevista per consentire la consegna di questo ultimo ad uno stato membro dell'Unione europea od ad una corte internazionale a condizione che i principi fondamentali alla base della *rule of law* siano rispettati.

Il fatto che non fosse ancora stata emanata nel 2003 la norma attuativa del nuovo disposto dell'articolo 16 § 2 della Costituzione tedesca e che quindi si fosse costretti ad applicare la versione antecedente di tale articolo che, come più volte sottolineato, vietava incondizionatamente l'extradizione del cittadino tedesco, era stato alla base del rifiuto che il Ministro della giustizia aveva apposto alla richiesta di estradizione in Spagna avanzata appunto nel 2003, dalle autorità di polizia spagnola nei confronti di un soggetto, di nazionalità siriana-tedesca, indagato dalle autorità spagnole per reati, perpetrati in territorio spagnolo, di associazione a gruppi terroristici.

All'indomani del recepimento della decisione quadro 2002/584 da parte dello stato tedesco attraverso l'*europaisches Hafibehlsgetetz* del 21 luglio 2004, le autorità giurisdizionali d'Amburgo accordavano la consegna dello stesso soggetto alle autorità spagnole sulla base della nuova normativa europea che, come anticipato, non esclude i cittadini di uno stato membro dall'applicazione della disciplina.

Dopo aver inutilmente impugnato tale decisione davanti alle corti nazionali competenti, il cittadino tedesco destinatario del mandato d'arresto ricorreva alla Corte costituzionale facendo valere la presunta violazione, *inter alia*, del disposto, più volte ricordato, dell'articolo 16 § 2 della Carta fondamentale.

In particolare il ricorrente sosteneva come l'atto interno di trasposizione della decisione quadro 2002/584 mancasse di legittimazione democratica, in quanto immetteva nell'ordinamento una normativa che prevedeva delle potenziali lesioni della libertà personale e del principio di certezza del diritto, come ad esempio la previsione di possibile deroghe al principio della doppia incriminazione, senza che i parlamenti nazionali fossero stati minimamente coinvolti nel processo di adozione della disciplina comunitaria.

Il Governo federale interveniva affermando come il ricorso fosse da considerarsi infondato, non fosse altro che per il carattere obbligatorio e vincolante delle decisioni assunte sulla base del Trattato dell'Unione europea che, ed il punto colpisce non poco se evidenziato dal Governo tedesco, “devono avere la precedenza incondizionata nei confronti del diritto nazionale, principi costituzionali compresi”. Convinzione di tale prevalenza incondizionata che emerge chiaramente allorché lo stesso Governo sottolineava, da una parte, come la decisione quadro innovasse rispetto alla disciplina della estradizione regolata dall'articolo 16 § 2 della Costituzione, per il fatto di prevedere, senza particolari limitazioni, la consegna anche dei cittadini degli stati membri, e, dall'altra, argomentava come tale innovazione rendesse inapplicabile l'articolo 16 § 2 nelle vesti di parametro di costituzionalità della decisione quadro e del suo atto di recepimento.

In secondo luogo, il Governo federale sottolineava come, in caso di dubbio interpretativo, fosse sempre possibile per il Tribunale federale fare ricorso allo strumento, che fino ad ora si è sempre guardato bene di utilizzare, del rinvio pregiudiziale.

I giudici costituzionali tedeschi⁴⁴ sono di tutto altro avviso, ritenendo perfettamente applicabile il parametro costituzionale previsto dall'articolo 16 § 2 alla normativa nazionale di

⁴⁴ Per un avvincente commento alla decisione in questione, **F. PALERMO**, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato d'arresto europeo”, *Quaderni Costituzionali*, 2005, pp. 897-902; **C. TOMUSCHAT**, “Inconsistencies: The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant”, *European Constitutional Law Review*, 2006, pp. 209-226; **J.P. PIERINI**, “Il mandato d'arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: ‘Schiaffo’ all'Europa o cura negligente dei diritti del nazionale da

recepimento che viene dichiarata incostituzionale in quanto il legislatore tedesco, a detta dei giudici di Karlsruhe, “non si è conformato al disposto previsto dalla stessa disposizione a norma della quale l’extradizione di un cittadino tedesco è ammissibile soltanto a patto che siano rispettati i principi alla base della *rule of law*”.

L’esordio del *reasoning* è dedicato alla *ratio* storica del parametro costituzionale in esame.

A detta della Corte, “il diritto ad essere giudicato nel proprio paese d’origine, inscindibilmente connesso alle disposizioni a tutela della cittadinanza, è fondato, tra l’altro, sulla tragica esperienza della recente storia tedesca in cui, dopo il colpo di stato del 1933, la dittatura nazional-socialista ha cominciato ad escludere dalla tutela accordata ai cittadini tedeschi, con provvedimento formalmente in accordo con la normativa vigente, tutti i cittadini di religione od origine ebraica”.

La revisione del 2000 dell’articolo 16 § 2, e la conseguente ammissione dell’extradizione di un cittadino tedesco, aggiunge il Tribunale federale, “si è resa necessaria per adeguare l’ordinamento interno, da un lato, alle recenti evoluzioni del processo di integrazione del terzo pilastro dell’Unione europea e, dall’altro, alle esigenze di conformità alle richieste provenienti dalla Corte internazionale delle Nazioni Unite”.

Nonostante tali aperture i giudici tedeschi sottolineano a chiare lettere come in nessun modo le dinamiche intergovernative alla base del terzo pilastro dell’Unione europea possano essere fatte rientrare nel metodo comunitario caratterizzante il primo pilastro, ricordando come l’esplicita previsione nel Trattato UE dell’assenza di effetto diretto in capo alle decisioni sia dovuta al fatto che “gli stati membri in questo modo hanno voluto escludere la possibilità che la Corte di giustizia potesse anche per queste fonti enucleare la dottrina dell’effetto diretto che ha caratterizzato l’interpretazione delle direttive comunitarie”.

A rafforzare il concetto i giudici costituzionali aggiungono come, nonostante l’avanzato stato di integrazione, “l’Unione europea costituisca pur sempre un sistema

parte del legislatore?”, *Cassazione penale*, 2006, pp. 237-242; J. WOELK, “Parlare a nuora perché suocera intenda: Il BVerfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione del mandato d’arresto europeo”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. 160-168; S. MOLDERS, “Case Note: The European Arrest Warrant in the German Federal Constitutional Court”, *German Law Journal*, 2006, pp. 45-58.

giuridico parziale che è ancora da farsi rientrare nel settore del diritto pubblico internazionale”.

Corollario di tale affermazione è l’esigenza costituzionale, fatta direttamente discendere dall’articolo 16 § 2 della Legge fondamentale, che sia condotta una scrupolosa analisi caso per caso al fine di accertarsi che il cittadino estradato non si veda riconoscere una garanzia minore dei propri diritti fondamentali rispetto a quella che si vedrebbe attribuito in Germania, fatto salvo l’inevitabile peggioramento della sua situazione dovuto alle difficoltà linguistiche ed alla mancata conoscenza del sistema penale nel paese di destinazione.

In altre parole, come gli stessi giudici sottolineano, il fatto che l’Unione europea sia vincolata al rispetto dei diritti fondamentali dall’articolo 6 TUE “non giustifica il convincimento che le strutture costituzionali alla base del principio della *rule of law* nei differenti stati membri debbano coincidere e che, di conseguenza, un’analisi caso per caso del livello di garanzia apprestato dal singolo paese emittente sia superflua”.

Ciò che sembra contraddistinguere l’intero apparato argomentativo della decisione è quel senso di malcelata sfiducia nei confronti della tutela del soggetto indagato apprestata dai sistemi penali degli altri stati membri, ragione per cui si imputa al legislatore tedesco di aver violato il principio di proporzionalità nel recepimento della decisione quadro per non aver preferito, tra le varie opzioni di attuazione possibile, quella che limitasse meno il diritto del cittadino tedesco di essere giudicato e di scontare la condanna nella sua patria, non valorizzando in questo modo in misura adeguata lo speciale legame che i cittadini tedeschi hanno nei confronti del proprio ordinamento interno.

In particolare, il legislatore tedesco non avrebbe sfruttato al massimo le possibilità che la stessa decisione quadro concedeva ai singoli stati di rifiutarsi di eseguire il mandato d’arresto laddove esso riguardasse reati “che dalla legge dello stato membro d’esecuzione siano considerati commessi in tutto od in parte nel suo territorio od in un luogo assimilato al suo territorio oppure che siano stati commessi al di fuori del territorio dello stato emittente, se la legge dello stato membro d’esecuzione non consente l’azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio”.⁴⁵

⁴⁵ **Decisione 2002/584**, articolo 4 § 7.

In tali circostanze emerge, a detta dei giudici tedeschi, un significativo *domestic connecting factor* e la conseguente esigenza che “la fiducia che i cittadini tedeschi hanno nutrito nei confronti del proprio ordinamento sia tutelata” (§§ 86-87).

Sotto un altro profilo emerge piuttosto distintamente dalla lettura della pronuncia come, dietro il tentativo di identificare una responsabilità del legislatore tedesco nell’opera di trasposizione, effettivo obiettivo del tribunale federale sia stato quello di porre un freno alla temuta accelerazione, a seguito dell’adozione della decisione quadro sul mandato d’arresto, del processo di integrazione europea del terzo pilastro che, a detta dello stesso tribunale, “non può andare oltre, alla luce del suo carattere prettamente intergovernativo, le dinamiche istituzionali caratterizzanti un sistema di diritto pubblico internazionale”.

A questo proposito i giudici di Karlsruhe aggiungono come, sotto il profilo della tutela del principio di sussidiarietà,⁴⁶ “la cooperazione penale istituita nell’ambito del terzo pilastro sulla base di un *limitato* riconoscimento reciproco degli atti giudiziari, non solo non deve tendere ad un’armonizzazione della disciplina penale dei singoli stati membri, ma è anzi un modo per difendere l’identità nazionale e la statualità nell’ambito di uno spazio giuridico europeo sempre più uniforme” (§ 77).

E stato giustamente fatto notare⁴⁷ come la parola chiave di questo cruciale passaggio argomentativo sia l’aggettivo “limitato”, con cui il Tribunale costituzionale tedesco ha posto, per l’appunto, un limite all’“ottimismo” dei giudici comunitari che, in occasione della prima pronuncia⁴⁸ in cui affrontavano di petto la questione relativa al livello di integrazione esistente nel terzo pilastro, dichiaravano espressamente come “il principio del *ne bis in idem* implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l’applicazione del

⁴⁶ Principio di sussidiarietà che, come notato da Francesco Palermo, nel caso di specie i giudici costituzionali considerano rispettato, disinnescando così una bomba pericolosa “in quanto il mancato riconoscimento del carattere sussidiario e dunque necessario di una disciplina europea sul mandato d’arresto l’avrebbe affossata per sempre. Invece secondo i giudici la partecipazione della Germania alla cooperazione giudiziaria europea consente di meglio affrontare le esigenze di giustizia in un contesto integrato, ed è quindi non solo possibile ma anche auspicabile”. Cf F. PALERMO, “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato d’arresto europeo”, *o.c.*, p. 899.

⁴⁷ J. KOMAREK, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of the ‘Contra-punctual Principles’”, *Common Market Law Review*, 2007, pp. 9-40, at p. 24.

⁴⁸ C.G.C.E., Cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge*, 2003, ECR, I-2003, 1345.

diritto penale vigente negli altri stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse” (§ 33).

Qualsiasi tentativo d'emulazione del metodo comunitario in un settore così costituzionalmente sensibile e per definizione parte (rimanente) di quel nucleo duro di sovranità ancora in capo agli stati membri, è questo il messaggio inequivocabile proveniente da Karlsruhe, non sarebbe stato tollerato dai giudici di *Solange*.

Una replica neanche tanto velata, seppure la pronuncia della Corte di giustizia del 16 giugno 2005 non venga mai espressamente citata dalla maggioranza del collegio⁴⁹ all'accelerazione per le vie del terzo pilastro tentata da *Pupino* trenta giorni prima.

VI. Il caso polacco e quello ceco a confronto

Per comprendere appieno le implicazioni interordinamentali che il recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo ha generato in Polonia e Repubblica Ceca e le conseguenti reazioni giurisprudenziali delle Corti costituzionali di Varsavia e Brno, non può non farsi riferimento, facendo un passo indietro, al processo costituente che ha portato all'approvazione della Costituzione ceca del 1992 e polacca del 1997, entrambe caratterizzate da una presenza di clausole volte a proteggere la ritrovata sovranità dopo decenni di assoggettamento di fatto al regime sovietico e che differenziano, come accade nei documenti costituzionali della maggior parte dei paesi dell'Europa centro-orientale, il profilo interno di tale sovranità da quello esterno, che coincide con l'indipendenza dello stato da poteri esterni.⁵⁰

⁴⁹ E invece il giudice Gebhardt a imbastire la sua *dissenting opinion* sul portato innovativo della decisione *Pupino* sostenendo come la decisione della corte contrastasse con la pronuncia della Corte europea di giustizia del 16 giugno 2005, nella quale si evidenzia che il principio di leale cooperazione da parte degli stati membri nell'area della cooperazione politica e giudiziaria in materia penale vada applicato anche con riferimento alle decisioni quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro. Cf P. BALBO, "I sistemi", *o.c.*; C. TOMUSCHAT, "Inconsistencies", *o.c.*, p. 222.

⁵⁰ Vedi, per quanto concerne i riferimenti all'indipendenza, **Costituzione ceca**, preambolo; **Costituzione polacca**, articoli 26 e 130. Sul versante dell'enfatizzazione del carattere sovrano dello stato vedi invece **Costituzione ceca**, articolo 1; **Costituzione polacca**, preambolo e articoli 104 § 2 e 126 § 2. Cf anche sul punto, E. STEIN, "International Law in Internal Law", *American Journal of International Law*, 1994, pp. 427-450.

A ciò si aggiunga l'approccio minimalista, che ha caratterizzato in generale tutti i paesi dell'Europa centro-orientale, in riferimento alle modifiche costituzionali prodromiche l'ingresso nell'Unione europea.

Pur se da certa parte della dottrina, a questo riguardo, si è voluto distinguere la posizione della Repubblica Ceca da quella della Polonia, qualificando ampio il livello di adeguamento costituzionale della prima e medio quello della seconda,⁵¹ in entrambi i paesi, anche a causa della contrarietà di gran parte dell'opinione pubblica all'allora imminente adesione all'Unione europea, le modifiche dei parametri costituzionali rilevanti sono state, almeno per quanto riguarda il delicato problema del rapporto tra primato del diritto comunitario e la supremazia della Costituzione, le minime possibili da parte dei legislatori costituzionali che, in questo modo, hanno passato alle "rispettive" corti costituzionali l'ingrato fardello di risolvere gli inevitabili conflitti interpretativi che la vaghezza dei parametri superprimari rilevanti non poteva non alimentare.⁵²

Prova ne è il fiorire di pronunce, negli anni immediatamente successivi all'adesione all'UE dei paesi dell'Europa centro-orientale, da parte delle rispettive corti costituzionali in tema di rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno.⁵³

A voler provare a fare una sintesi degli orientamenti emergenti, sembra potersi sostenere come, contrariamente alle previsioni più pessimistiche,⁵⁴ ci giungano dalle corti

⁵¹ Cf. **A. ALBI**, *EU Enlargement and the Constitutions of the Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁵² Per quanto riguarda la Repubblica ceca, è stata introdotta, nella revisione del 2001, all'articolo 10 a una clausola di apertura, indifferenziata e generica, alle organizzazioni internazionali, senza fare emergere in alcun modo il carattere peculiare dell'ordinamento comunitario né tantomeno precisare come il carattere supremo riconosciuto alla Costituzione si possa combinare con la dottrina del primato del diritto comunitario su tutto il diritto interno, enucleata ormai qualche decennio fa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e che, come tutto il resto dell'*acquis* comunitario, tutti i Paesi dell'Europa centro-orientale si sono impegnati a recepire al momento della stipula, nel 2003, del Trattato di Adesione di Atene. Per certi versi analogo discorso va fatto per la Costituzione polacca del 1997, la più recente tra quelle dei Paesi dell'Europa centro-orientale, e per questo *ab origine* già inclusiva delle clausole europee. In particolare l'articolo 91 § 3 fa, a differenza dell'approccio internazionalistico caratterizzante la Costituzione ceca, espresso riferimento all'ordinamento comunitario ed in particolare al diritto europeo derivato, specificando come esso goda di un'efficacia diretta ed abbia la prevalenza sulla legislazione ordinaria nazionale. Anche in questo caso però nulla si dice esplicitamente sul rapporto tra la costituzione ed il diritto comunitario, specialmente primario.

⁵³ Oltre alle decisioni qui esaminate del Tribunale costituzionale di Varsavia e Brno. Per la Polonia, **Tribunale costituzionale polacco**, K 18/04, *Judgment on Poland's Membership in the European Union (Accession Treaty Case)*, 11.05.2005, *Procedural Decision no. 176/11/A/2006 on the Excise Duty Tax*, 19-2-2006; per la Repubblica Ceca, **Tribunale costituzionale ceco**, *Pl. ÚS 50/04*, 08-03-2006; per l'Estonia, **Constitutional Review Chamber of the Estonian Supreme Court**, *Opinion on the Interpretation of the Estonian Constitution*, no 3-4-1-3-06, 11.05.2006, General Assembly of the Estonian Supreme Court, *Case no. 3-4-1-1-05*, 19-4-2005; per l'Ungheria, **Corte costituzionale ungherese**, decisione 17/2004 (V.25) AB.

dell'est, nonostante *reasonings* a volte caratterizzati da toni aspri e certamente non *euro-friendly*,⁵⁵ segnali per lo più incoraggianti circa l'alimentazione di quel dialogo giudiziale multilivello così essenziale al mantenimento del delicato equilibrio alla base del virtuoso circuito di mutua alimentazione tra il livello nazionale e quello sopranazionale.

Per quanto riguarda specificatamente la questione relativa alla asserita illegittimità costituzionale della normativa interna di recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, a pronunciarsi direttamente sono state, come detto, le Corti costituzionali di Varsavia e Brno.

La normativa di recepimento nei due ordinamenti non presentava differenze di rilievo. Anche i parametri costituzionali rilevanti, relativi al divieto d'extradizione di un proprio nazionale, erano assai simili.

Lapidaria la Costituzione polacca; ai sensi dell'articolo 55, "l'extradizione di un cittadino polacco è vietata".

L'articolo 14 § 4 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali, che contiene il catalogo di diritti e libertà tutelati costituzionalmente in Repubblica Ceca, prevede, più in generale, che "nessun cittadino ceco può essere forzato a lasciar la madre patria".

Ciò che è stata sicuramente differente nei due ordinamenti è l'intensità del dibattito relativo all'opportunità di modificare le due disposizioni sopra indicate in vista dell'allora imminente adesione all'Unione europea.

Se in Repubblica Ceca, l'argomento non ha mai rappresentato una questione prioritaria, in Polonia, al contrario, parte della dottrina aveva suggerito una revisione

⁵⁴ **Z. KUHN**, "The Application of European Union Law in the New Member States: Several Early Predictions", *German Law Journal*, 2005, pp. 563-582, at p. 566.

⁵⁵ Come ad esempio quello alla base della decisione polacca sul Trattato d'adesione dell'11-05-2005 k. 18/04 e quella della Corte costituzionale ungherese (17/2004). Sulla prima vedi **O. POLLICINO**, "Dall'Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario", *Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 819-852; sulla seconda **K. KOWALIK-BANCZYK**, "Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law", *German Law Journal*, 2005, pp. 1355-1366, at p. 1360; **A. LAZOWSKI**, "The Polish Constitution, the European Constitutional Treaty and the Principle of Supremacy", in **A. ALBI e J. ZILLER**, *The European Constitution and National Constitutions: Ratification and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 171-181, at p. 178.

dell'articolo 55 della Costituzione, evidenziando come un divieto assoluto di estradizione dei propri nazionali potesse potenzialmente costituire un ostacolo al processo di integrazione europea nell'ambito del terzo pilastro che, in occasione dell'entrata in vigore del Trattato d'Amsterdam, aveva subito, come accennato, una repentina accelerazione. Altra parte della dottrina aveva suggerito che il conflitto potesse in ogni caso essere risolto in sede interpretativa.

Alla fine si decise per la seconda opzione, trattandosi di una disposizione, come quella dell'articolo 55 della Costituzione, dall'alto valore simbolico, alla base di quei valori di appartenenza e identità profondamente radicati nella visione di un *demos* a vocazione etnocentrica, con rigurgiti anche nazionalistici,⁵⁶ qual è quella dominante in Europa centro orientale.

Fatte tali precisazioni potrebbe essere ora interessante ripercorrere in parallelo i *reasonings* delle Corti costituzionali di Varsavia e di Brno attraverso cui quest'ultime, a parametro costituzionale simile ed oggetto di giudizio praticamente equivalente, hanno raggiunto due esiti interpretativi antitetici, nel primo caso annullando la normativa interna, nel secondo non ravvedendovi alcuna illegittimità costituzionale.

I giudici polacchi⁵⁷ partivano dal presupposto per cui la nozione di consegna (*surrender*) rilevante ai sensi del mandato d'arresto europeo potesse essere considerata come una forma di estradizione che, come anticipato, è espressamente proibita dall'articolo 55 § I della Costituzione se operante nei confronti di un cittadino polacco.

In altre parole, a detta della Corte di Varsavia, il significato costituzionale d'extradizione avrebbe una portata così ampia da includere anche l'operazione della consegna (*surrender*) di un cittadino polacco, necessaria per attivare la procedura del mandato d'arresto europeo che, come anticipato, ha, almeno nelle intenzioni della decisione quadro, invece come obiettivo principale quello di sostituirsi, all'interno dello spazio giuridico europeo, alle

⁵⁶ Cf A. SAJO, "Protecting Nation States and National Minorities: A Modest Case for Nationalism in Eastern Europe", *University of Chicago Law School Roundtable*, 1993, pp. 53-74.

⁵⁷ Una delle prime analisi della decisione in commento è di S. SILEONI, "La Corte costituzionale polacca, il mandato arresto europeo e la sentenza sul trattato d'Adesione all'UE", *Quaderni Costituzionali*, 2005, pp. 894-897.

dinamiche intergovernative e necessariamente bilaterali caratterizzanti la procedura di estradizione.

Una volta riavvicinati fino a farli rientrare nella stessa nozione costituzionale i due concetti di consegna ed estradizione, il secondo passaggio argomentativo della Corte costituzionale polacca è stato quello di sottolineare come la previsione da parte della decisione quadro dell'ammissibilità della consegna di un proprio nazionale mortificasse la *ratio* ultima del divieto previsto dall'articolo 55 della Costituzione polacca, ossia quella di garantire al cittadino polacco il diritto ad essere giudicato da una corte penale del proprio paese.

L'adesione della Polonia all'Unione europea, a detta dei giudici di Varsavia, ha cambiato decisamente le cose. In particolare, l'ingresso non solo giustifica ma rende necessaria una revisione dell'articolo 55 della Costituzione in modo da conformare il dettato costituzionale alla disciplina comunitaria. Revisione che però, aggiungono i giudici costituzionali, non può avvenire in virtù di una interpretazione dinamica e manipolatrice del parametro costituzionale rilevante, ma richiede un intervento *ad hoc* del legislatore.

La pronuncia *Pupino*, che valorizza, come si è visto, l'obbligo di interpretazione conforme della disciplina interna, da parte del giudice nazionale, a quanto previsto dalle decisioni quadro adottate ai sensi dell'articolo 34 (b) TUE, non era stata ancora adottata dalla Corte di giustizia. Le conclusioni ad essa preliminari dell'Avvocato generale Kokott, alle quali la stessa pronuncia si è rifatta nella sua impostazione argomentativa, erano però già state pubblicate.⁵⁸

I giudici costituzionali polacchi, pur non facendone espresso riferimento, prendono in esame la possibilità di un obbligo d'interpretazione conforme escludendo che esso possa trovare applicazione nel caso di specie in quanto, la stessa Corte di giustizia, a detta del Tribunale di Varsavia, avrebbe limitato la portata di tale obbligo, nel caso di un possibile peggioramento della situazione giuridica di un individuo, specialmente nel campo della responsabilità penale.⁵⁹

⁵⁸ Conclusioni Avvocato generale Kokott per la causa C.G.C.E., Causa C-105/03, *Pupino*, 2005, ECR, I-5285.

⁵⁹ Tribunale costituzionale Polacco, sent. cit., Part III, § 3.4.

Com'è stato però recentemente fatto notare,⁶⁰ i giudici polacchi non hanno fatto alcun riferimento a decisioni specifiche della giurisprudenza comunitaria a supporto di tale affermazione di principio. La pronuncia rilevante a questo riguardo cui i giudici polacchi avrebbero dovuto rinviare, il caso *Arcaro* del 1996,⁶¹ se è vero che al § 42 enuncia il principio ai sensi del quale “l’obbligo del giudice nazionale di far riferimento al contenuto della direttiva nell’interpretare le norme rilevanti del suo diritto nazionale incontra un limite qualora tale interpretazione comporti che ad un singolo venga opposto un obbligo previsto da una direttiva non trasposta ovvero, a maggior ragione, qualora abbia l’effetto di determinare o aggravare, in forza della direttiva e in mancanza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni”, non è invero del tutto applicabile alla tematica del mandato d’arresto, in quanto quest’ultima pertiene al profilo procedurale della consegna di un individuo su cui grava una richiesta di mandato d’arresto da parte dello stato di fronte al quale esso è responsabile penalmente. Tale responsabilità rimane del tutto inalterata, non viene cioè né aggravata né attenuata a secondo che la richiesta di mandato d’arresto sia accolta o meno.

D'altronde, a detta degli stessi giudici costituzionali, se è vero che l’obbligo gravante in capo all’ordinamento interno di recepire la normativa secondaria dell’Unione europea ha il suo fondamento nell’articolo 9 della Costituzione, non può ammettersi, *sic et simpliciter*, una presunzione di conformità della normativa interna di recepimento alle norme costituzionali.

A parametro costituzionale invariato, non è difficile per i giudici polacchi argomentare come le disposizioni interne attuative della decisione quadro, consentendo che un cittadino polacco possa essere giudicato da una corte penale straniera, arrechino una *deminutio* alle garanzie apprestate dalla Costituzione al cittadino polacco e per questo non possono che essere dichiarate incostituzionali.

Nonostante l’acclarata incostituzionalità della disciplina oggetto di giudizio, la Corte di Varsavia rileva come un mero annullamento della normativa si sarebbe scontrata con il portato dell’articolo 9 della Costituzione polacca a norma del quale “la Polonia deve rispettare il diritto internazionale per essa vincolante”, nel cui ambito di applicazione i giudici fanno rientrare anche gli obblighi nascenti in capo all’ordinamento polacco successivamente

⁶⁰ J. KOMAREK, “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant”, *o.c.*, p. 16.

⁶¹ C.G.C.E., Causa C-168/95, *Arcaro*, 1996, ECR, I-4705, § 42.

all'adesione all'Unione europea. Ai fini dell'adempimento di tale obbligo i giudici costituzionali non escludono, accanto alla modifica della normativa interna di recepimento della decisione quadro, anche l'ipotesi della revisione costituzionale dell'articolo 55 della Costituzione, in modo che sia espressamente prevista la possibilità, in deroga al generale divieto di estradizione dei propri cittadini, di poter consentire la loro consegna ad altri stati membri dell'Unione europea in esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

Nel frattempo la Corte, in attesa dell'intervento del legislatore costituzionale, avvalendosi del disposto dell'articolo 190 § 3 della Costituzione, congelava gli effetti dell'annullamento della normativa impugnata, che continuava quindi ad essere provvisoriamente vigente, concedendo al legislatore un periodo non superiore a diciotto mesi, per la modifica della normativa impugnata, od, in alternativa per la revisione della Costituzione in senso conforme a quanto previsto nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.⁶²

I giudici costituzionali cechi, poco più di un anno dopo, impostano il loro *reasoning* su basi argomentative assai differenti.

Questi, infatti, dopo aver ricordato la loro decisione in cui, appena due mesi prima (8 marzo 2006), avevano operato un espresso *revirement* della propria giurisprudenza alla luce della interpretazione differente che richiedeva l'applicazione del principio di uguaglianza così come interpretato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee,⁶³ affrontano lo spinoso problema del livello di vincolatività, e del conseguente margine di discrezionalità in capo al legislatore, da attribuire alle decisioni quadro adottate norma dell'articolo 34 UE in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale.

Dando un ulteriore prova d'apertura alle ragioni del diritto comunitario e, prima ancora, di conoscenza approfondita di questo ultimo, i giudici cechi fanno ampio riferimento alla pronuncia *Pupino*, più volte richiamata, della Corte di giustizia, il cui portato, a dire il

⁶² E stata questa ultima la via seguita dal legislatore polacco. Gli emendamenti all'articolo 55 sono stati apportati entro il limite temporale previsto dalla decisione e, a partire dal 7 novembre 2006, la Polonia acconsente alla esecuzione di un mandato d'arresto europeo nei confronti di un proprio cittadino alle due condizioni, che sembrano per altro non essere del tutto conformi al dettato della normativa europea, che il fatto di reato sia compiuto fuori dal territorio polacco e che esso sia comunque previsto dalla legge penale polacca come fattispecie criminosa.

⁶³ O POLLICINO, "Dall'Est", *o.c.*, p. 819.

vero, interpretano in via piuttosto riduttiva, sottolineando come l'obbligo che da tale giurisprudenza si fa discendere in capo ai giudici nazionali di interpretare, *as far as possibile*, il diritto interno in conformità al dettato delle decisioni quadro adottate ai sensi del III pilastro, lascerebbe impregiudicata la questione, che da molta parte della dottrina⁶⁴ è stata invece considerata inestricabilmente connessa all'obbligo di interpretazione conforme, relativa all'eventuale applicazione al medesimo atto normativo del principio di primazia del diritto comunitario su (tutto) il diritto interno.

La Corte di Brno, prendendo atto del dubbio interpretativo riguardo la natura e la portata della decisione quadro, prende seriamente in esame la possibilità, dimostrando ancora una volta⁶⁵ la disponibilità al dialogo con il supremo organo giurisdizionale comunitario, di proporre un rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, per poi scartare tale ipotesi prendendo atto del fatto che la *Cour d'arbitrage* belga, come anticipato,⁶⁶ aveva già interpellato la Corte di giustizia sulla stessa questione.

I giudici cechi, ponendosi il problema se sospendere il giudizio di costituzionalità in attesa della "risposta" della Corte di giustizia o adottare comunque una pronuncia sul punto, si decidono per questa seconda ipotesi sforzandosi, e questo è il profilo ermeneutico più rilevante ai nostri fini, di ricercare, tra le varie interpretazioni possibili del parametro costituzionale rilevante, costituito, come anticipato, dall'articolo 14 § 4 della Carta ceca dei diritti fondamentali, quella che fosse in grado di non scontrarsi con i principi del diritto comunitario e con il portato della legislazione derivata del diritto europeo.

In particolare i giudici evidenziano come l'enunciato linguistico significante della disposizione in esame, a norma del quale, lo si ricorda, nessun cittadino ceco può essere costretto a lasciare la patria, senza il supporto di uno sforzo interpretativo non chiarisca

⁶⁴ **D. PIQUANI**, *Supremacy of European Law Revisited: New Developments in the Context of the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, VII conferenza mondiale dell'associazione internazionale di diritto costituzionale, Atene, 11-15 giugno 2007; **C.W. HERRMANN**, *Much Ado about Pluto? The Unity of the Legal Order of the European Union revisited*, EUI Working Paper, No 2007/05, cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/6974/1/RSCAS_2007_05.pdf.

⁶⁵ L'aveva già fatto a più riprese nella decisione PI US 50/04, 8-3-2006; cf **O. POLLICINO**, "Dall'Est", *o.c.*, p. 819.

⁶⁶ Rinvio pregiudiziale della *Cour d'arbitrage*, 29 ottobre 2005, causa C-303/05, definita con la sentenza della Corte di giustizia, successiva a quella ceca che si commenta, del 3 maggio 2007; **C.G.C.E.**, Causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, 2007, ECR, I-3633.

appieno⁶⁷ se vi sia un divieto costituzionalmente sancito che un cittadino ceco sia consegnato, per un determinato periodo di tempo, ad uno stato membro dell'Unione europea, in esecuzione di un mandato d'arresto.

Due sono, a detta della Corte ceca, le interpretazioni possibili.

La prima, quella letterale, se è vero che potrebbe fare rientrare tale divieto all'interno dell'ambito d'applicazione del disposto costituzionale, avrebbe almeno due inconvenienti.

Innanzitutto non terrebbe conto dell'"impeto storico" alla base dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali in generale, e dell'articolo 14 § 4 in particolare. La Corte infatti sottolinea come un'interpretazione storica della parametro in oggetto chiarisca che, nel momento in cui i redattori della Carta, tra la fine del 1990 e l'inizio del 1991, formulavano il divieto che il cittadino ceco fosse in qualsiasi modo costretto a lasciare la patria, lungi dall'averne in mente gli effetti derivanti dall'applicazione dell'istituto dell'extradizione, avevano chiara memoria "dell'esperienza recente dei crimini del comunismo" ed, in particolare, della "*demolition operation*" con cui il regime comunista aveva costretto con l'uso della forza ad abbandonare il paese tutti coloro che potevano costituire un ostacolo alle istanze egemoniche del regime stesso.

In secondo luogo un'interpretazione del genere comporterebbe una violazione del principio, per la prima volta enucleato così compiutamente dai giudici costituzionali, secondo cui tutte le fonti di diritto interno, compresa la Costituzione, debbano essere interpretate, per quanto possibile, alla luce e in accordo con le risultanze dell'evoluzione del processo di integrazione europea.

Obbligo d'interpretazione conforme del disposto costituzionale alla luce del diritto europeo che i giudici costituzionali ricavano dal combinato disposto dell'articolo 1 § 2 della Costituzione, aggiunto in vista dell'adesione all'Unione europea, in forza del quale "la Repubblica Ceca ha l'obbligo di rispettare gli obblighi provenienti dal diritto internazionale"

⁶⁷ Come invece faceva, a detta dei giudici cechi, il portato del corrispondente **Costituzione slovacca**, articolo 23 § 4, che prima della revisione costituzionale del 2001, espressamente prevedeva il divieto assoluto di estradizione per il cittadino slovacco.

con l'articolo 10 del Trattato CE che, com'è noto, enuncia il principio di leale cooperazione tra Comunità europea e stati membri.

Sulla base di tale preorientamento assiologico, i giudici cechi procedono ad individuare, guidati da un approccio interpretativo a forte connotazione teleologica, quella che può essere l'interpretazione del parametro costituzionale rilevante in grado di garantire la conformità non solo dell'atto di recepimento interno, ma della stessa decisione quadro 2002/584 alla Costituzione polacca.

Non stupisce che la Corte sia riuscita a trovare per quasi tutte le disposizioni più problematiche della decisione quadro un appiglio costituzionale.

Si pensi, ad esempio, all'omissione legislativa che aveva fatto decidere i giudici costituzionali tedeschi per l'illegittimità della normativa interna di attuazione di detta decisione, vale a dire il mancato recepimento in diritto interno della possibilità che la stessa decisione quadro concede, all'articolo 4 § 7, di valorizzare il *domestic connecting factor* per consentire un rifiuto legittimo, da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione,⁶⁸ alla richiesta di mandato d'arresto europeo.

A dire il vero, neanche il legislatore ceco aveva tenuto conto della disposizione in oggetto nell'operazione di recepimento. Tale circostanza, però, a detta dei giudici costituzionali, è superabile attraverso un'applicazione (estrema) del principio d'interpretazione conforme, arguendo come, nonostante l'omissione legislativa, l'ordinamento ceco non possa permettersi di deludere la fiducia dei propri cittadini nei confronti del sistema interno di giustizia penale, il che porta gli stessi giudici a concludere, sfiorando il confine che porta ad un'interpretazione *contra legem* della normativa rilevante, che per tutti i casi di condotte criminose del cittadino ceco che si siano consumate all'interno del territorio nazionale si continuerà ad applicare la normativa penale interna. In altre parole è assai probabile che in tali circostanze le autorità giurisdizionali ceche opporranno un rifiuto ad un'eventuale richiesta d'esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

⁶⁸ Si ricorda quanto già sottolineato in apertura vale a dire che, ai sensi dell'articolo 4 § 7 l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutarsi di eseguire il mandato d'arresto europeo se lo stesso mandato riguarda reati "che dalla legge dello stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto od in parte nel suo territorio od in un luogo assimilato al suo territorio oppure che sono stati commessi al di fuori del territorio dello stato emittente, se la legge dello stato membro di esecuzione non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio".

Si desume agevolmente da quanto detto come, in tale sforzo esegetico d'interpretazione conforme, il Tribunale costituzionale ceco, alla ricerca del *telos* del disposto dell'articolo 14 § 3 della Costituzione più in linea con i contenuti della normativa europea, abbia di fatto forzato non poco il dato testuale tanto della stessa disposizione costituzionale, quanto della normativa oggetto di giudizio, fondandosi sull'assunto per cui, ove il parametro di costituzionalità fosse stato letto nel senso di proibire la consegna di un cittadino ceco ad un'autorità giurisdizionale di un altro stato membro ai fini della sua sottoponibilità ad un giudizio penale per un crimine commesso in quello stato, sarebbe venuto meno il presupposto principe alla base dell'intera decisione in esame, che è stato tra l'altro duramente criticato in una delle due opinioni dissenzienti, vale a dire l'equivalenza del livello di protezione dei diritti fondamentali offerta negli stati membri dell'Unione europea che si riflette anche in una sostanziale convergenza tra le varie discipline nazionali di diritto penale sostanziale e processuale. Il che non poteva che portare, quale ulteriore conseguenza, alla accettazione da parte dei giudici cechi del principio, rifiutato invece dai colleghi tedeschi, di *mutual trust* nei sistemi penali degli altri ordinamenti degli stati membri, peraltro con un espresso riferimento nella pronuncia in esame alle decisioni della Corte di giustizia *Gözütok* e *Brügge*, il cui portato, come si è visto, è stato invece messo in discussione dall'approccio "sospettoso" dei giudici di Karlsruhe.

VII. L'attesa decisione della Corte di giustizia sul mandato d'arresto europeo

Anche per l'eco significativa delle decisioni esaminate delle corti costituzionali tedesca, polacca e ceca, l'attesa della decisione della Corte di giustizia, interpellata, a norma dell'articolo 35 TUE, dalla *Cour d'arbitrage* belga circa la validità della decisione quadro 2002/584 sul mandato d'arresto europeo era diventata quasi spasmodica.⁶⁹

Come ha sottolineato l'Avvocato generale nelle sue conclusioni,⁷⁰ il giudice di rinvio nutrivà dubbi sulla compatibilità della decisione quadro con il Trattato UE in merito a due aspetti, l'uno formale l'altro sostanziale.

⁶⁹ C.G.C.E., Causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, 2007, ECR, I-3633.

⁷⁰ Conclusioni Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer, C.G.C.E., Causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, 2007, ECR, I-3633.

Con riguardo al primo aspetto il giudice nazionale metteva in discussione il fondamento normativo utilizzato dal Consiglio per adottare tale decisione, interrogandosi sull'idoneità dello strumento prescelto. In particolare, a detta del giudice di rinvio, la decisione quadro sarebbe stata invalida in quanto la disciplina del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere adottata con una convenzione e non con una decisione quadro. Nel caso in questione, infatti, si sarebbe fuori l'area materiale che può essere regolata, a norma dell'articolo 34 § 2 (b), con una decisione quadro, ossia quella del riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri.

Con riguardo al secondo aspetto, quello sostanziale, il giudice nazionale si domandava se la disciplina assai innovativa contenuta nella decisione quadro relativa alla possibilità, operante in determinate circostanze, di poter procedere all'esecuzione del mandato d'arresto europeo anche nel caso in cui i fatti non costituiscano un reato nello stato d'esecuzione del mandato fosse compatibile con i principi di uguaglianza e di legalità in materia penale, e quindi con l'articolo 6 § 2 TUE.

Più specificatamente, a detta del giudice di rinvio, il principio di uguaglianza sarebbe stato violato in quanto la disciplina europea per una serie di trentadue fattispecie di reato, previste dall'articolo 2 § 2 della decisione quadro, avrebbe disatteso senza un'obiettiva e ragionevole giustificazione il requisito della doppia incriminazione, mentre lo stesso requisito verrebbe mantenuto per gli altri reati.

Il principio di legalità sarebbe invece stato leso a causa della mancata chiarezza e precisione nella configurazione delle fattispecie di reato previste dalla decisione quadro, per cui, a detta della *Cour d'arbitrage*, lo stato membro che si trovasse a decidere sull'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, non disporrebbe di informazioni sufficienti per accertare se i reati per cui viene perseguito il ricercato, e per i quali gli è stata inflitta una pena, rientrino effettivamente in una delle categorie identificate dalla decisione quadro.

L'Avvocato generale nelle sue conclusioni, già richiamate in precedenza, non aveva dubbi sul carattere fondamentale del quesito che, a suo dire, si inseriva, anche alla luce delle pronunce giurisdizionali di Polonia, Germania, Cipro e Repubblica Ceca, "in un dibattito di notevole importanza che riguarda possibili punti di collisione tra le costituzioni nazionali ed il diritto europeo; dibattito al quale la Corte di giustizia deve partecipare, svolgendo il ruolo da

protagonista che le spetta, allo scopo di collocare l'interpretazione dei valori e dei principi ispiratori del suo ordinamento entro parametri analoghi a quelli che reggono le strutture nazionali" (§ 8).⁷¹

In tanti, alla prima lettura della decisione sono rimasti delusi: la Corte di giustizia non avrebbe interpretato il ruolo da protagonista che l'Avvocato generale la invitava ad assumere. Non vi è dubbio che i giudici di Lussemburgo si siano tenuti ben lontano da allettanti protagonismi, ma non vi è neanche dubbio che, vista l'alta tensione costituzionale che aveva preceduto la decisione, niente fosse più auspicabile che un profilo basso nell'occasione per la Corte europea che, attraverso *reasoning* sobrio, stringato e finanche, a tratti, apodittico, arriva alla conclusione che non sarebbe emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della decisione quadro.

Il primo dubbio, relativo alla inidoneità dello decisione quadro a disciplinare la materia dell'arresto europeo, è risolto dai giudici comunitari sottolineando come le disposizioni del Trattato UE non possano essere interpretate nel senso di autorizzare l'adozione di una decisione quadro esclusivamente nei settori di cui all'articolo 31 § 1 (e) TUE.⁷²

E vero, aggiunge la Corte, che il mandato d'arresto avrebbe potuto essere disciplinato con una convenzione ai sensi dell'articolo 34 § 2 (d) ma "tuttavia rientra nella discrezionalità del Consiglio di privilegiare lo strumento giuridico della decisione quadro quando, come in questa fattispecie, siano presenti le condizioni per l'adozione di tale atto".

In riferimento alla presunta violazione del principio di legalità nella elencazione delle trentadue fattispecie di reati per i quali, a norma dell'articolo 2 § 2 della decisione quadro, viene abbandonata la regola della doppia incriminazione, i giudici comunitari osservano come la decisione quadro non sia volta ad armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi e le pene di cui sono corredate⁷³ e, di conseguenza, anche se gli stati

⁷¹ Dello stesso avviso e tra l'altro espressamente richiamato dalle conclusioni dell'Avvocato generale è **ALONSO GARCIA**, *Justicia constitucional y Union Europea*, Madrid, Civitas, 2005.

⁷² Ossia in relazione alla progressiva adozione di misure per la fissazione degli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo ed il traffico illecito di stupefacenti.

⁷³ Ai sensi dell'articolo 2 § 2 della decisione quadro, i reati elencati in tale disposizione "se (nello) stato membro (emittente) il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà è pari o superiore a tre anni",

membri, in occasione della attuazione della decisione quadro, dovessero riprendere letteralmente tale elencazione, la definizione stessa di tali reati e “le pene applicabili sarebbero quelle risultanti dal diritto dello stato emittente”.

A questo proposito i giudici comunitari non perdono l’occasione di sottolineare come il principio di legalità, così come quello di non discriminazione, rientri tra i parametri superprimari per l’accertamento della validità di un atto di diritto comunitario derivato non solo attraverso la consueta “metamorfosi” dei principi costituzionali degli stati membri in tradizioni costituzionali comuni prima e principi generali del diritto comunitario dopo, ma anche in forza dell’espresso riconoscimento della fundamentalità di tali diritti operato dagli articoli 49, 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali, che per la terza volta è espressamente richiamata in una pronuncia dai giudici di Lussemburgo (§ 46).⁷⁴

In riferimento al terzo profilo di presunta problematicità della disciplina del mandato d’arresto, vale a dire quello relativo alla presunta violazione del principio di non discriminazione e di uguaglianza, a causa della asserita ingiustificatezza della differenziazione prevista tra i reati elencati dall’ articolo 2 § 2, per i quali, come si è detto, è assente il requisito della doppia incriminazione e tutti gli altri reati, ove la consegna è invece subordinata alla condizione che i fatti per i quali il mandato d’arresto è stato spiccato costituiscano un reato ai sensi dello stato membro di esecuzione, la Corte di giustizia ricopre, per un solo passaggio argomentativo, quel ruolo di protagonista invocato dall’Avvocato generale nelle conclusioni richiamate.

La stessa corte, infatti, per motivare la *ratio* della differenziazione richiamata fa espresso riferimento a quel *mutual trust* tra gli stati membri che è la base assiologica di riferimento per qualsiasi iniziativa nel terzo pilastro -e che era stata invece, come si ricorderà, apertamente messa in discussione nella decisione del Tribunale federale tedesco- affermando come in riferimento all’elencazione di cui all’articolo 2 § 2; “il Consiglio ha ritenuto, in base al principio del mutuo riconoscimento e considerato *l’elevato grado di fiducia e di solidarietà* tra gli stati membri [...] che le categorie di reati di cui trattasi rientrassero tra quelle che

danno luogo a consegna in base al mandato d’arresto europeo indipendentemente dal fatto che il fatto di reato sia costitutivo di una fattispecie penale tanto nello stato membro emittente che in quello di esecuzione.

⁷⁴ Gli altri tre riferimenti espressi alla Carta dei diritti fondamentali di Nizza sono stati operati, rispettivamente: C.G.C.E., Causa C-438/05, *Viking*, 2007; C.G.C.E., Causa C-341/05, *Laval*, 2007; C.G.C.E., Causa C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, 2008.

arrecano all'ordine ed alla sicurezza pubblica un pregiudizio tale da giustificare la rinuncia all'obbligo di controllo della doppia incriminazione”.

VIII. Approcci giurisprudenziali comparati: Un doppio profilo d'indagine

Volendo tirare le fila conclusive degli assestamenti costituzionali provocati dalle turbolenze interordinamentali innescate dalla saga del mandato d'arresto europeo, probabilmente non ancora giunta al suo atto finale,⁷⁵ debbono analizzarsi distintamente almeno due versanti che hanno risentito di tali assestamenti: il primo è quello prettamente comunitario, il secondo è quello interordinamentale all'incrocio tra la dimensione europea e quella costituzionale degli stati membri.

Sul versante comunitario uno dei problemi più immediati che si pone oggi è quello relativo alla possibilità di estendere il requisito del primato del diritto comunitario del primo pilastro anche alle norme di diritto derivato del terzo pilastro ed, in particolare, alle decisioni quadro che, come si è avuto modo di notare, a norma dell' articolo 34 (b) TUE, non hanno un effetto diretto.

Ma è plausibile che detta assenza d'efficacia diretta impedisca alle corti nazionali di dare la prevalenza a tali atti in caso di conflitto degli stessi con una normativa nazionale, anche successiva?

⁷⁵ Nel più ampio quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale sembra affiancarsi alle dinamiche conflittuali interordinamentali di direzione verticale tra stati membri e sistema comunitario una competizione di natura orizzontale, tutta interna al sistema europeo, tra il primo ed il terzo pilastro dell'Unione. Tale competizione vede contrapposti la Commissione al Consiglio in ordine alla identificazione della più appropriata base giuridica per adottare normative volte al riavvicinamento dei sistemi penali degli stati membri in relazione ad aree di competenza, come ambiente e trasporti, tipicamente comunitarie. A questo proposito si possono citare le decisioni della Corte di giustizia del 13-9-2005 e del 23-10-2007 che hanno annullato due decisioni quadro adottate ai sensi dell'articolo 14 § 2 (n) TUE in quanto la base giuridica più adeguata per regolare la disciplina ivi prevista, a detta della Corte di giustizia, era da rintracciare all'interno delle competenze attribuite al I pilastro comunitario. Sul punto appare assai significativo quanto la Corte ha avuto modo di chiarire nella seconda delle pronunce menzionate, allorché ha specificato come “se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (in tal senso, sentenze **C.G.C.E.**, Causa C-203/80, *Casati*, 1981, *ECR*, I-2595, § 27; **C.G.C.E.**, Causa C-226/97, *Lemmens*, 1998 *ECR* I-3711, § 19), resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito”.

In effetti non si vede perché effetto diretto e primato del diritto comunitario dovrebbero costituire un binomio inscindibile.

Il fatto che l'elaborazione del primo principio da parte dei giudici comunitari abbia anticipato non solo cronologicamente,⁷⁶ ma anche concettualmente, l'identificazione, l'anno successivo,⁷⁷ del secondo non sembra una ragione sufficiente, così come non lo è mai stato per gli atti di diritto derivato del primo pilastro, per poter argomentare che soltanto una norma comunitaria avente un effetto diretto possa godere dell'attribuito del primato che la stessa giurisprudenza di Lussemburgo ha riconosciuto a tutto il diritto comunitario, con o senza effetto diretto,⁷⁸ ed indipendentemente da quale sia il pilastro⁷⁹ rilevante.

Della stessa opinione chi ha fatto recentemente notare:

*“To the extent that a national measure is inconsistent with the EC law, it cannot be allowed to apply over EC law. But if we take inconsistency seriously, there is no need for identifying whether a provision confers rights on individuals. The only thing that matters is that EC Law, and by extension EU law, puts forward an identifiable result which cannot be thwarted by incompatible national measures”.*⁸⁰

Conferme di quanto sostenuto possono anche aversi muovendosi da una dimensione esclusivamente comunitaria ad un'altra interordinamentale in cui, di fronte alle corti costituzionali degli stati membri, il sistema giuridico europeo si trova a confrontarsi con quello costituzionale degli stessi stati.

⁷⁶ C.G.C.E., Causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, 1963, ECR, I-1.

⁷⁷ C.G.C.E., Causa C-6/64, *Costa/ENEL*, 1964, ECR, I-1141.

⁷⁸ A sostegno di quanto sostenuto si consideri il *reasoning* della Corte di giustizia nella sentenza C.G.C.E., Causa C-6/90, *Franovich*, 1991, ECR, I-5357. Nella prima parte la Corte esclude che alla direttiva oggetto di giudizio possa essere riconosciuto effetto diretto (§§ 1-26), per poi, nella seconda, ammettere l'obbligo in capo allo stato membro inadempiente di risarcimento del danno, fondando il medesimo obbligo sulla giurisprudenza relativa al primato del diritto comunitario; C.G.C.E., Causa C-6/64, *Costa/ENEL*, 1964, ECR, I-1141; C.G.C.E., Causa C-106/77, *Simmenthal*, 1978, ECR, I- 629).

⁷⁹ L'articolo I-6 dell'ormai defunto Trattato costituzionale di Roma prevedeva generalmente che il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione dovesse prevalere su quello degli stati membri. Le circostanze che tale disposizione sia stata “affondata” insieme a tutto il trattato dai referendum francese ed olandese e che nella bozza del Trattato di Lisbona la stessa disposizione non sia stata riproposta non sarebbero in grado di far venire meno rilevanza ed attualità a quanto previsto dall'ex articolo I-6 se ci si ricordasse che la dichiarazione sull'articolo I-6 annessa al Trattato costituzionale sottolineava come tale disposizione non facesse altro che riflettere il portato della giurisprudenza rilevante sul punto del Tribunale di primo grado e della Corte di giustizia.

⁸⁰ K. LENAERTS, T. CORTHAUT, “Of Birds and Hedges: The Role of primacy in invoking norms of EU law”, *European Law Review*, 2006, pp. 287-315.

Si considerino in particolare le decisioni della Corte costituzionale ceca e di quella polacca sul mandato d'arresto prima esaminate, ove, a ben vedere, si hanno due espressioni differenti della medesima accettazione, al di là delle riserve di stile, del primato del diritto del diritto europeo del terzo pilastro, non direttamente efficace, rispetto a tutto il diritto interno, Costituzione compresa.

Nel primo caso, quello ceco, la tecnica decisoria per rendere operativo il primato è stato il ricorso, come si è visto, all'interpretazione conforme, accompagnata da una manipolazione dell'enunciato linguistico significante rilevante, l'articolo 14 § 4, in modo che lo stesso fosse in grado di dare copertura costituzionale ad un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di un cittadino ceco.

Nel secondo caso, invece, il giudice costituzionale polacco, "costretto" da un parametro costituzionale che non lasciava spazio né ad equivoci né a tentativi d'interpretazione creatrice, ha assicurato il primato del diritto comunitario chiedendo al legislatore di modificare la Costituzione in modo da adeguare il parametro rilevante -che non sembra eccessivo far rientrare nel nucleo dei principi fondamentali del sistema costituzionale- a quanto richiesto dalla disciplina comunitaria.

Ovviamente, se la regola del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno può essere teorizzata guardando esclusivamente alla dimensione comunitaria, il suo concretizzarsi nella dimensione interordinamentale dipende dall'accettazione che di essa fanno le singole corti costituzionali ed, in ultima analisi, dalla apertura di quest'ultime alle ragioni del diritto comunitario.

Se abbiamo visto che le due corti dell'est nelle decisioni esaminate hanno dimostrato, con modalità ed intensità diverse, una disponibilità di fondo a tale apertura, lo stesso non sembra potersi concludere guardando al portato finale ed al *reasoning* della decisione della Corte costituzionale tedesca sul mandato d'arresto europeo.

Riguardo al portato finale i giudici di Karlsruhe, pur avendo a disposizione un parametro costituzionale rilevante che, vista la sua apertura alla dimensione sovranazionale ed internazionale, avrebbe sicuramente consentito un approccio salvifico della normativa interna attuativa della decisione quadro, hanno annullato tale normativa identificando, cosa che è stata

assai criticata, un rapporto di regola/eccezione tra il primo ed il secondo periodo dell'articolo 16 § 2 della Costituzione tedesca.⁸¹

Un tale approccio caducatorio incondizionato non può non rappresentare un'espressione di una ferma convinzione, da parte dei giudici tedeschi di non considerare il diritto comunitario -né tanto meno nello specifico il diritto europeo del terzo pilastro- in grado di poter prevalere in alcun modo sul proprio dettato costituzionale interno.

Un tale esito non dovrebbe stupire più di tanto: il Tribunale costituzionale tedesco è in buona compagnia, in Europa, quanto alla riserva dei controlimiti, al cui coro hanno preso parte recentemente anche, seppur con tonalità differenti, le corti costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale.⁸²

Ciò che invece colpisce, comparandolo a quanto è emerso dall'analisi degli approcci interpretativi dei giudici polacchi e cechi nelle decisioni esaminate, è invece il *reasoning* attraverso cui i giudici tedeschi sono pervenuti all'annullamento della normativa oggetto di giudizio.

Innanzitutto, il Tribunale federale ha relegato il portato del secondo alinea dell'articolo 16 § 2 introdotto a seguito della revisione del 2000 e che, come si è visto, prevede la possibilità, a determinate condizioni, di poter eseguire l'extradizione nei confronti di un cittadino tedesco, nello spazio angusto riservato alle eccezioni della regola, in questo caso, rappresentata dalla enunciazione della "*freedom of extradition*", ai sensi del primo alinea dell'articolo 16 § 2, garantita a tutti i cittadini tedeschi.

⁸¹ Lo si ricorda, la recente revisione costituzionale dell'articolo 16 § 2 ha aggiunto al divieto di estradizione nei confronti del cittadino tedesco la possibilità di derogarvi in casi di estradizione ad uno stato membro dell'Unione europea o nei confronti di una Corte internazionale, a patto che siano rispettati i principi dello stato di diritto (*Rechtsstaatliche Grundsätze*).

⁸² Sulle tensioni interordinamentali in tema di diritti fondamentali che oggi sembrano caratterizzare il quadro sovranazionale, **A. TIZZANO**, "La Corte di giustizia delle Comunità europee ed i diritti nazionali", *Diritto dell'Unione europea*, 2005, 839-852. Cf anche il comunicato stampa sulla relazione che il Giudice della Corte di giustizia Antonio Tizzano ha tenuto il 27-5-2006 presso la Bocconi di Milano su i *Recenti sviluppi della giustizia europea*, consultabile su www.idc.unibocconi.it/index.php?vedi=107&tbn=announcement. Sul ruolo che la Corte di giustizia potrebbe giocare nell'attenuare tali tensioni, **C. PINELLI**, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, relazione tenuta presso la facoltà di giurisprudenza della LUISS il 9-11-2007, di prossima pubblicazione in *Politica del diritto*.

Com'è recentemente stato notato,⁸³ la clausola prevista dal secondo alinea dell'articolo 16 § 2 è invece significativamente differente dalle altre clausole derogatorie presenti nella Legge fondamentale tedesca. Mentre, infatti, queste ultime assolvono esclusivamente una funzione autorizzatoria di tassative restrizioni di diritti fondamentali, la prima è in grado di rappresentare uno strumento per la realizzazione degli obiettivi previsti dalla clausola europea dell'articolo 23 § 1 della Costituzione.⁸⁴

Il nesso assiologico che lega l'alinea aggiunto all'articolo 16 § 2 nel 2001 all'apertura condizionata alla dimensione sovranazionale codificata, nella Legge Fondamentale, nel 1993, al primo comma dell'articolo 23 è, per l'appunto, il grande assente nel *reasoning* dei giudici tedeschi che hanno invece preferito concentrarsi su un altro nesso, quello intercorrente tra “i tedeschi ed il loro ordinamento interno” (§ 67) e sull'esigenza “di preservare identità nazionale e la statualità nell'ambito dello spazio giuridico europeo” (§ 77).

Riferimento ai valori dell'identità e statualità che caratterizza l'intero impianto argomentativo della pronuncia e che serve a comporre una nozione monolitica ed omogenea di *demos* fortemente intrisa di elementi identitari, ed a tratti etnocentrici, non nuova peraltro ai giudici di Karlsruhe,⁸⁵ in cui il *distrust* nei confronti del livello di protezione dei diritti dell'individuo apprestato dai sistemi penali degli altri ordinamenti dell'Unione europea si combina alla ferma convinzione che il diritto ad una tutela nei confronti di quanti, tra detti ordinamenti, non possano garantire in modo adeguato le situazioni giuridiche dell'indagato, sia una prerogativa esclusiva del cittadino tedesco.

La distanza con i valori alla base dell'istituzione, da parte dell'Unione europea, del mandato d'arresto non poteva forse essere maggiore.

⁸³ C. TOMUSCHAT, “Inconsistencies”, *o.c.*, p. 212.

⁸⁴ Ai sensi del quale “per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello stato di diritto e democratico nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal *Bundesrat*, trasferire diritti di sovranità. 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”.

⁸⁵ Si sta pensando alla decisione del 12-10-1993, *Maastricht Urteil*, della Corte federale tedesca su cui v. per tutti J.H.H. WEILER, “Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the Maastricht German Decision”, *European Law Journal*, 1995, pp. 219-259.

In primo luogo, in riferimento alla sfiducia, in quanto, come si è visto, tanto la decisione quadro quanto la lettura che di essa ne ha fatto la Corte di giustizia hanno identificato proprio nell'esigenza di una fiducia reciproca e finanche di una solidarietà tra stati membri la base assiologica fondamentale per proseguire lungo il percorso della cooperazione europea in materia penale.

In secondo luogo, per quanto riguarda l'esclusività della protezione offerta al cittadino tedesco, l'impostazione della disciplina sovranazionale, fondata su un concetto di cittadinanza aperto e pluralistico, è nel senso di apprestare maggiori garanzie a chi, a prescindere dalla nazionalità, abbia un legame privilegiato con lo stato di esecuzione del mandato d'arresto europeo, come è testimoniato dal già richiamato articolo 5 della decisione quadro che, specificando quali debbano essere le garanzie che lo stato emittente debba fornire in casi particolari, prevede espressamente delle garanzie aggiuntive nel caso in cui "la persona oggetto del mandato d'arresto ai fini di un'azione penale sia cittadino o residente nello stato membro di esecuzione",⁸⁶ nonché dall'articolo 4 § 6 della stessa decisione.⁸⁷

IX. Modelli di risoluzione dei conflitti interordinamentali a confronto e considerazioni conclusive

Volendo quindi ricondurre a sistema le differenze tra l'approccio dei giudici costituzionali tedeschi, polacchi e cechi, sembra potersi sostenere come le tre decisioni esaminate siano espressione di tre differenti possibilità di confrontarsi delle corti nazionali, specie costituzionali, con la delicata questione d'ordine interordinamentale relativa al rapporto tra diritto comunitario e diritto costituzionale degli stati membri.

⁸⁶ Nel caso di specie le garanzie aggiuntive si concretizzano nel poter subordinare la consegna alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello stato membro emittente. Può non essere superfluo notare come l'apertura ad un concetto di cittadinanza aperto e pluralistico sembra essere condiviso anche da alcuni ordinamenti dell'Europa centro-orientale, a dispetto delle forti componenti etnocentriche ed identitarie che, come si è detto, influenzano non poco l'*idem sentire* nell'Europa dell'est. Basti pensare, a conferma di quanto sostenuto, all'articolo 411 § 6 (e) del codice penale ceco così come modificato a seguito del recepimento della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ove, tra le varie ipotesi in cui è ammessa possibilità per le corti nazionali di rifiutare la richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo, è inclusa, insieme ad altre condizioni, quella per cui il soggetto indagato "sia un cittadino ceco od *un residente* in Repubblica ceca".

⁸⁷ Ove si prevede, come già richiamato in precedenza, che «l'autorità giudiziaria d'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto se questo ultimo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà, *qualora la persona ricercata dimori nello stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda*, se tale stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno».

Con la loro decisione sul mandato d'arresto europeo i giudici tedeschi si confermano essere i campioni dell'approccio definito da Mattias Kumm di “*democratic statism*”, ossia “*a normative conception of a political order establishing a link between three concepts: statehood, sovereignty and democratic self-government*”.⁸⁸

In effetti statualità e sovranità⁸⁹ costituiscono il *leit motiv* alla base dell'intero apparato argomentativo della decisione.

Ed una decisione fondata su tali capisaldi non poteva non avere come esito scontato la bocciatura non solo della normativa interna attuativa della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, ma anche, più in generale, come è emerso dall'analisi della pronuncia in esame, di qualsiasi progetto di “comunitarizzare” quel settore europeo che riflette in misura maggiore sovranità e statualità degli stati membri, ovvero la cooperazione in materia penale prevista dal terzo pilastro dell'Unione.

In questa visione statocentrica del processo d'integrazione comunitaria, la Costituzione non può non rappresentare la normativa suprema da cui tutte le altre fonti derivano la loro validità: anche i Trattati e le altre fonti comunitarie, attraverso, in particolare, la codificazione della giurisprudenza *Solange* all'articolo 23 della Legge fondamentale.⁹⁰

La focalizzazione sul concetto di *Staatvolk* in cui emergono *objective ethnic factors*⁹¹ come base di legittimazione della supremazia della Costituzione non può non avere, peraltro, delle ulteriori ripercussioni, oltre che sull'asse Germania-UE, anche nell'ambito della dimensione orizzontale che connette i differenti stati membri dell'Unione europea.

⁸⁸ **M. KUMM**, “Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 1999, pp. 351-386, at p. 366.

⁸⁹ Per un recente contributo sul ruolo cangiante che la nozione di sovranità è in grado di assumere nello scenario europeo caratterizzato da un crescente innalzamento del conflitto interordinamentale, **A. JAKAB**, “Neutralising the Sovereignty Question”, *European Constitutional Law Review*, 2006, pp. 375-397.

⁹⁰ Assai critico nei confronti della decisione del Tribunale federale tedesco è anche Julio Baquero Cruz, laddove evidenzia come “*the German Constitutional court saw the case through the exclusive prism of German Constitution, misinterpreting the framework decision*”; **J. BAQUERO CRUZ**, *The Legacy of the Maastricht Urteil Decision and the Pluralist Movement*, EUI Working Paper, No 2007/13.

⁹¹ Il giudice Kirchhof, a detta di molti la “mente” dietro la decisione Maastricht del Tribunale costituzionale federale del 1993, fa rientrare tra tali fattori un linguaggio comune, una cultura condivisa, comuni radici storiche; cf **M. KUMM**, “Who Is the Final Arbiter”, *o.c.*, p. 367.

La più evidente di queste si concretizza in quel senso di mal celata sfiducia che permea l'intera pronuncia nei confronti nel livello di protezione dei diritti fondamentali del processo penale apprestata da altri ordinamenti. Unica garanzia per il cittadino tedesco è quella di essere, per quanto è possibile, giudicato, e del caso condannato, da Corti di Casa.

La Corte costituzionale polacca, a ben vedere, ha fatto quello che il comunitarista più integralista si augura che possa avvenire in caso di contrasto ineludibile tra una normativa comunitaria ed una norma costituzionale. La decisione quadro si scontra con il dettato della Costituzione di uno stato membro? Bene, si suggerisce come opzione praticabile quella della revisione della Costituzione e nell'attesa la decisione di annullamento della normativa interna attuativa della decisione stessa non spiega i suoi effetti.

Diritto comunitario 1, diritto costituzionale 0 e *game over*.

Non a caso la dottrina polacca non ha mancato di notare come la richiesta al legislatore costituzionale di revisionare la costituzione e la contestuale sospensione degli effetti della decisione di annullamento della disciplina interna attuativa della decisione quadro fino al momento della entrata in vigore di detta revisione sia una dimostrazione del fatto che:

*“The Constitutional Tribunal in fact recognized the supremacy of EU law. [...] It thus accepted that the constitution itself was no longer an absolute framework for control – if it hinders the correct implementation of EU law, it should be changed. [...] It seemed that in this judgment the Tribunal went further than the existing practice – it implicitly accepted the supremacy of EU law over constitutional norms”.*⁹²

Ad uno sguardo più attento, i due approcci adesso considerati, quello tedesco e quello polacco, pur così lontani nella identificazione della fonte suprema di riferimento, nel primo caso la Costituzione, nel secondo la normativa comunitaria, hanno qualcosa in comune: il fatto, per l'appunto, di preoccuparsi di identificare una fonte suprema.

In altre parole tutta la partita in entrambe le decisioni si gioca sul campo della teoria delle fonti, delimitato dalla individuazione di rapporti gerarchici predefiniti ed immutabili tra

⁹² K. KOWALIK-BANCZYK, “Should We Polish It Up?”, *o.c.*, p. 1360.

gli atti normativi in gioco. Una tale visione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto costituzionale è allo stesso tempo statica e poco incline al confronto.

Statica perché si fonda su rapporti di forza delineati una volta per tutti, che guidano l'interprete nella risoluzione del conflitto rilevante.

Poco incline al confronto perché tende a risolvere i conflitti guardando esclusivamente al proprio *constitutional landscape*.

Non è un caso che nelle decisioni polacche e tedesche: non si citi giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia, non si faccia riferimento a decisioni che altre corti costituzionali in Europa hanno adottato tentando di risolvere conflitti analoghi, non si sia neanche preso in considerazione la possibilità di dialogare con la Corte di giustizia utilizzando la procedura del rinvio pregiudiziale.⁹³

Tutti e tre tali elementi invece sono presenti nella decisione della Corte ceca e costituiscono indizi precisi e concordanti per poter provare che i giudici di Brno abbiano deciso di giocare la partita relativa alla risoluzione dei conflitti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario non sul campo, prescelto invece dai colleghi di Karlsruhe e Varsavia, della teoria delle fonti ma su quello diverso della teoria dell'interpretazione.⁹⁴ Campo di gioco caratterizzato, da un punto di vista sostanziale, da un accoglimento dell'idea di *constitutional pluralism* come parametro guida per la risoluzione dei conflitti interordinamentali e, da un punto di vista metodologico-procedurale, dall'applicazione di una teoria comunicativa e dialogica del diritto intercostituzionale.

⁹³ A dire il vero la Corte costituzionale di Varsavia non avrebbe in ogni caso potuto servirsi della procedura pregiudiziale prevista dall'articolo 35 UE, in quanto il governo non esattamente *euro-friendly* dei gemelli Kaczynski non aveva, ovviamente, operato la dichiarazione di attribuzione (facoltativa) di tale competenza alla Corte di giustizia prevista dal medesimo articolo del Trattato di Maastricht. L'atteso cambio di rotta promesso dal leader di Piattaforma Civica Donald Tusk vincitore delle ultime elezioni politiche polacche dello scorso ottobre si fa ancora attendere.

⁹⁴ L'elaborazione più compiuta di tale tesi si deve, in Italia, ad Antonio Ruggeri. Tra gli svariati scritti che affrontano questo tema, **A. RUGGERI**, "Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte Internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione", *Ragion Pratica*, 2002, pp. 63-80; "Tradizioni costituzionali comuni e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, pp. 102-120. Una tale impostazione, assiologicamente orientata, sembra condividere le stesse basi ricostruttive delle tesi di McCormick e del nutrito gruppo degli assertori, nell'ambito delle dinamiche interordinamentali relative al processo di integrazione europea, della regola del *constitutional pluralism*; cf **N. McCORMICK**, "Beyond the Sovereign State", *Modern Law Review*, 1993, pp. 1-18; *Questioning Sovereignty, Law State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999; **M.P. MADURO**, "Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action", in **N. WALKER**, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, pp. 501-537.

Sotto il primo profilo, quello sostanziale, la Corte ceca pur non rinunciando, in alcuni passaggi, a impostare il proprio *reasoning* secondo lo stile classico del trasferimento limitato di sovranità all'ordinamento sovranazionale e dell'applicazione della teoria dei contro-limiti (§ 53), ha tentato di fare convergere verso una base comune assiologicamente caratterizzata, senza gerarchizzazioni di sistema, da una parte la *ratio* ultima della normativa europea sul mandato d'arresto e, dall'altra, gli interessi costituzionalmente protetti dal parametro superprimario rilevante per concludere come il fatto che, in determinati casi, la decisione quadro non applichi la regola della doppia incriminazione, non viola il principio costituzionale di legalità delle legge penali in quanto l'assenza di detta regola non inficia tale principio "*in relationship among the Member states of the EU, which have a sufficient level of value approximation and mutual confidence that they are all states as having democratic regimes that adhere to the rule of law and are bound by the application to observe this principle*".⁹⁵

L'accertamento della conformità a Costituzione della normativa interna recettiva della disciplina europea non è quindi condotta né sulla base di un'applicazione rigida della regola monolitica del primato del diritto comunitario su tutto il diritto interno, né alla luce del principio di supremazia incondizionata della Costituzione su qualsiasi altra fonte giuridica, ma avendo come criterio guida l'identificazione della soluzione migliore per realizzare "*the ideals underlying legal practice in the European Union and its member states*".⁹⁶

Sotto il secondo profilo, quello di metodo, la Corte ceca inserisce le proprie argomentazioni all'interno di un quadro più ampio rispetto a quanto sembra permettergli una interpretazione letterale del parametro costituzionale rilevante e, attraverso le sue citazioni testuali della giurisprudenza comunitaria e costituzionale comparata e la disponibilità ad un dialogo con la Corte di giustizia per mezzo del rinvio pregiudiziale, dà prova, rifiutando approcci ermeneutici di autoreferenziale "arroganza costituzionale", di voler prendere parte a quel progetto di *cooperative constitutionalism* che sembra rappresentare, tra le possibili ipotesi di risoluzione dei conflitti interordinamentali tra sistema comunitario e sistemi

⁹⁵ M. KUMM, "The jurisprudence of Constitutional conflict: constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty", *European Law Journal*, 2005, pp. 262-307, at p. 286.

⁹⁶ *Ibid.*

costituzionali degli stati membri, non forse la più facile da realizzare ma molto probabilmente la sola che possa assicurare un'armonia tra diversi.⁹⁷

Progetto, quello del *cooperativism constitutionalism*, al quale non vi è dubbio che abbia aderito da tempo la *Cour d'arbitrage* belga, dimostrando un'effettiva volontà di interazione con la Corte di giustizia, attraverso il ricorso, nel caso che si è commentato, al meccanismo istituzionale di dialogo rappresentato dalla procedura di rinvio pregiudiziale, ad oggi utilizzato da troppe poche corti costituzionali degli stati membri.⁹⁸ Dialogo che, come dimostrato dalla vicenda del mandato d'arresto europeo, può avere anche toni accesi, se la corte costituzionale di rinvio, come ha fatto la *Cour d'arbitrage*, mette in discussione la validità di una normativa comunitaria, ma che in ogni caso, e forse specialmente nel caso in cui ci siano divergenze di opinioni tra corte nazionale e corte europea, alimenta quel circuito di mutua alimentazione tra il livello interno e quello sovranazionale, su un piano prima culturale che giuridico, essenziale per la creazione di un effettivo spazio giuridico comune europeo.

Concludendo sul punto non può non osservarsi come i timori di molte corti costituzionali di perdere il “diritto all'ultima parola”, alla base del mancato utilizzo del canale di comunicazione “istituzionale” con i giudici comunitari fornito dallo strumento previsto dall'articolo 234 TCE, si rivelino, ad un'analisi più attenta, eccessivi tanto nel merito, sotto un profilo tecnico, quanto nel metodo, alle luce di una riflessione di carattere più generale relativa alle forme di interazione multi-livello tra le corti in Europa nel nuovo millennio.

In relazione al primo profilo, come testimonia il *reasoning* della decisione della Corte suprema danese *Colson and Others v. Rasmussen*⁹⁹, ove si condiziona l'eventuale disapplicazione da parte dei giudici danesi di un atto comunitario adottato in violazione del sistema costituzionale interno alla preliminare richiesta di numi alla Corte di giustizia, via articolo 234 TCE, circa la validità ed l'interpretazione dell'atto comunitario in questione, non

⁹⁷ V. ONIDA, “Armonia tra diversi’ e problemi aperti: La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e comunitario”, *Quaderni costituzionali*, 2002, pp. 549-557.

⁹⁸ Oltre alla *Cour d'arbitrage*, soltanto la **Corte costituzionale austriaca**, *VfGH*, 10 marzo 1999, B 2251/97, B 2594/97, e quella Lituana (sent. 8 maggio 2007), si sono servite della procedura prevista dall'articolo 234 TCE e 35 TUE.

⁹⁹ **Tribunale costituzionale danese**, 6 maggio 1998, *Carlsen*.

è vero, com'è stato opportunamente notato,¹⁰⁰ che, attivando la procedura pregiudiziale, le corti costituzionali si spoglierebbero di ogni potere, in quanto la definitiva soluzione della questione, applicando il metodo utilizzato dalla Corte suprema danese, rimarrebbe comunque in capo alle corti stesse che potrebbero sempre, nel caso in cui l'opinione dei giudici di Lussemburgo non fosse convincente, applicare *in concreto* la teoria dei contro-limiti, invalidando *in parte de qua* la norma del Trattato su cui si fonda l'atto comunitario lesivo.

Per quanto riguarda il secondo profilo, quello di metodo, sembra potersi sostenere, confortati da dottrina autorevole,¹⁰¹ come, a monte, la stessa preoccupazione dei giudici costituzionali di riservarsi “il diritto all'ultima parola” sia espressione di un approccio metodologico non del tutto corretto, in quanto espressione della ricerca, nelle interazioni giudiziali, di un “potere ultimo” e della “competenza delle competenze”, concetti che si riferiscono ad un'epoca, quella della ricerca a tutti i costi di unità finalizzata alla conquista di un centro esclusivo, destinata a lasciare il passo ad una rete molto più complessa di relazioni tra corti, perché “multicentrica”, alimentata dal principio di leale collaborazione tra giudici costituzionali e giudice comunitario e refrattaria, per definizione, a qualsiasi gerarchizzazione di sorta. Tutto ciò sembra averlo compreso, finalmente la Corte costituzionale italiana che, si è decisa, assai recentemente a servirsi, nell'ambito di un giudizio in via principale della procedura pregiudiziale prevista dall'articolo 234 TCE.¹⁰²

Una seconda considerazione è relativa alla circostanza per cui, in tempi di *judicial globalisation*¹⁰³ e di *European Community of Courts*¹⁰⁴ sembra emergere una crescente

¹⁰⁰ S.P. PANUNZIO, “I diritti fondamentali e le Corti in Europa”, in S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, ESI, 2005, pp. 1-104, at p. 25.

¹⁰¹ G. MORBIDELLI, “Corti costituzionali e corti europee: La tutela dei diritti dal punto di vista della corte di Lussemburgo”, *Diritto processuale amministrativo*, 2006, pp. 285-349, at p. 341.

¹⁰² Corte costituzionale, No 102/2008, 15-4-2008

¹⁰³ C. L'HEUREUX-DUBE, “The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation”, *Harvard Law Review*, 2001, pp. 2049-2073; A.M. SLAUGHTER, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191-219; *A new World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004; S. CHOUDHRY, “Globalisation in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 1999, pp. 821-892; A. McCRUDDEN, “A Common Law of Human Rights: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, pp. 499-532; A. STONE SWEET, *On Law, Politics and Judicialisation*, Oxford, Oxford University Press, 2002; *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000; E. ORUCU, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, British Institute of European and Comparative Law, 2003.

¹⁰⁴ G.F. FERRARI, *Corti nazionali e corti europee*, 2006, Napoli, ESI; G. MARTINICO, “Il dialogo fra le Corti nell'arena del Gattopardo: L'Europa fra novità costituzionale e nostalgie di comportamento”, in S. STAIANO, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali, alla ricerca del nucleo duro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 891-932; F. LICHERE, L. POTVIN SOLIS e A. RAYANOUARD, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux: Incantation ou réalité*, Bruxelles,

divaricazione, nell'ambito delle relazioni interordinamentali tra i diversi livelli di governo, tra il grado di apertura alle ragioni del diritto sovranazionale offerto dal parametro costituzionale rilevante e il livello di accettazione del processo di penetrazione del diritto comunitario nel diritto interno che invece risulta dalle pronunce dei giudici costituzionali in materia.

Provando ad essere meno oscuri, si applichi tale considerazione di principio alla vicenda del mandato d'arresto europeo.

A volersi soffermare soltanto sul piano statico dei parametri costituzionalmente rilevanti, si è avuto più volte modo di sottolineare come, ad una valutazione *ex ante*, la disciplina europea sul mandato d'arresto, ed in particolare l'obbligo da parte dello stato di esecuzione, salvo ipotesi tassativamente previste, di consegna di un proprio cittadino allo stato membro richiedente, sembrava avere più possibilità di non scontrarsi con la disposizione della Legge fondamentale tedesca in tema di estradizione rispetto alle *chances* di conformità con la disciplina corrispondente prevista dalla Carta ceca dei diritti fondamentali.

Ancora, più in generale, restando pur sempre sul piano del parametro costituzionale rilevante, guardando al complesso delle disposizioni costituzionali che identificano il livello d'apertura di un ordinamento rispetto alle esperienze sovranazionali ed internazionali, non c'è dubbio che, alla luce di quanto si è detto in precedenza, il carattere "sovranista" delle costituzioni dei paesi dell'Est, e di Polonia e Repubblica ceca in particolare, lasciassero molto meno spazio a "slanci" europeistici da parte delle rispettive corti costituzionali rispetto a quanto teoricamente consentito al tribunale costituzionale tedesco dalle disposizioni rilevanti della Legge fondamentale che, non si caratterizza, anche alla luce del contesto storico in cui ha preso forma, per una vocazione particolarmente sovranista. Si aggiunga poi che la clausola europea introdotta in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht nel 1993 ha reso ancor

Bruylant, 2004; **G. ZAGREBELSKY**, "Corti europee e corti nazionali", in **S.P. PANUNZIO**, *I costituzionalisti e l'Europa: Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 529-539; **S.P. PANUNZIO**, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, ESI, 2005; **P. FALZEA**, **A. SPADARO** e **L. VENTURA**, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, Giappichelli, 2003; **V. ONIDA**, "La tutela dei diritti davanti alla Costituzionale ed il Rapporto con le Corti sopranazionali", in **P. BILANCIA** e **E. DE MARCO**, *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti e momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 105-107; **A. BARBERA**, "Le tre corti e la tutela multilivello dei diritti", in **P. BILANCIA** e **E. DE MARCO**, *La tutela multilivello, o.c.*, pp. 89-98; **V. ZAGREBELSKY**, "I giudici nazionali, La Convenzione e la Corte europea dei diritti umani", in *ibid.*, pp. 99-104; **R. ALONSO GARCIA**, "Il giudice nazionale come giudice europeo", *Quaderni costituzionali*, 2005, pp. 111-134.

più incline la Costituzione tedesca ad adeguamenti provenienti dall'esperienza internazionale ed europea.

Nonostante sul piano statico della caratterizzazione del parametro costituzionale rilevante, quindi, l'ordinamento tedesco partisse avvantaggiato rispetto ai sistemi giuridici dell'Europa centro-orientale, e di Repubblica ceca e Polonia in particolare, riguardo al raggiungimento di posizioni di allineamento con le risultanze del processo di integrazione comunitaria, lo "scatto" delle Corti costituzionali di Brno e Varsavia, che si è commentato nelle pagine precedenti, non solo ha annullato tale vantaggio originario, ma ha addirittura permesso che le giurisprudenze costituzionali polacca e ceca, almeno per quanto riguarda la vicenda del mandato d'arresto europeo, nonostante un parametro superprimario che "remava" contro, mostrassero un'accettazione delle (non soggezione alle) ragioni del diritto comunitario ben maggiore di quanto sia emerso dalla decisione più volte menzionata del Tribunale federale tedesco.

In altre parole sembra che si vadano affermando in questa nuova stagione del costituzionalismo europeo rotte non battute in tema di tecniche argomentative e d'interazione giudiziale tra corti nazionali e corti europee che seguono sentieri inconsueti, "fuori pista" rispetto ai percorsi tracciati dalle opzioni interpretative suggerite dai parametri costituzionali rilevanti.

Un'ultima considerazione. Se alcune corti costituzionali per un verso, lo si è visto, sembrano percorrere strade parzialmente diverse rispetto alle opzioni assunte dai rispettivi legislatori costituzionali che hanno forgiato i parametri superprimari di riferimento, non può negarsi come le stesse corti richiedano, sempre più frequentemente, una maggiore collaborazione tanto da parte del legislatore ordinario, nella fase di recepimento della normativa comunitaria, quanto da parte dello stesso legislatore costituzionale, nella fase di adeguamento del sistema interno al portato dell'esperienza sovranazionale.

Se si esclude, infatti, il caso della Corte di Brno che, facendo ricorso (estremo) al metodo dell'interpretazione conforme, è riuscita ad essere autosufficiente chiudendo il cerchio all'interno dell'esclusivo ambito dell'interpretazione costituzionale, tanto i giudici polacchi quanto quelli tedeschi hanno invece posto un ponte verso la dimensione legislativa, tanto a livello costituzionale *ex post*, quanto a livello ordinario *ex ante*. I primi, infatti, hanno

espressamente richiesto al legislatore costituzionale di modificare, entro un periodo non superiore a diciotto mesi, il parametro costituzionale di riferimento in modo da far sì che potesse rientrare nel suo ambito di applicazione la parte più discussa della normativa comunitaria.

I secondi, invece, si sono rivolti in via principale non tanto al legislatore costituzionale, quanto al legislatore ordinario, “punendolo” attraverso l’annullamento della normativa ordinaria di recepimento della decisione quadro, per non aver utilizzato tutte le possibilità che la stessa decisione offriva per valorizzare il “*domestic factor*” che collega il cittadino tedesco alla sua casa.

Quale tendenza più generale può tentare di captarsi dall’osservazione di tali dinamiche questa volta orizzontali che coinvolgono il giudiziario ed il legislatore degli stati membri?

Forse che è finito il tempo in cui era possibile immaginare un avanzamento del processo d’integrazione comunitaria soltanto attraverso l’attivismo dei giudici nazionali e comunitari, inversamente proporzionale all’inerzia del legislatore, sia esso nazionale - ordinario o costituzionale- od europeo.

Gli stessi giudici, infatti, ben consapevoli non soltanto delle difficoltà di successo, ma anche dell’opportunità -e perché no, non democraticità- di un avanzamento del progetto europeo trainato esclusivamente da un governo delle corti, richiedono sempre più spesso una discesa in campo dei legislatori nella nuova stagione del costituzionalismo cooperativo in Europa.

Ma scendere in campo a volte per il legislatore non è sufficiente. Come dimostra infatti la saga del mandato d’arresto europeo, le corti costituzionali degli stati membri sembrano sempre più attente non solo all’*an* dell’intervento legislativo nelle materie di rilevanza comunitaria, ma anche al *quomodo* dell’intervento stesso che, come il caso tedesco fa emergere chiaramente, non può tradursi in una mera e passiva “ritrasmissione telegrafica” della normativa europea nell’ordinamento nazionale.

In attesa di tale salto qualitativo, intanto a livello comunitario, due anni e mezzo dopo il *knock out* costituzionale dei referendum francese e olandese, il processo di riforma dei

trattati europei, seppur nella sua macchinosa e pachidermica formazione intergovernativa, ha ripreso a muoversi ed il 13 dicembre scorso è stato firmato dai ventisette stati membri a Lisbona il nuovo Trattato di riforma.¹⁰⁵

Per quanto riguarda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia le novità non sono di poco conto. Sono infatti state recepite tutte le innovazioni già contenute nel naufragato Trattato costituzionale di Roma, a cominciare dalla soppressione della struttura a pilastri e dall'estensione dell'applicabilità nell'area della cooperazione giudiziaria in materia penale degli strumenti normativi contemplati dal primo pilastro in sostituzione delle decisioni quadro e delle convenzioni attualmente previste.

Il vantaggio più rilevante di tale innovazione è quello relativo ad una probabile maggiore effettività del principio di tutela giurisdizionale, non solo perchè la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia sarà obbligatoria e non più facoltativa per gli stati membri, ma anche perchè la Commissione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale disporrà della possibilità, al momento negata, di attivare una procedura di infrazione nei confronti degli stati membri in caso di mancata o cattiva trasposizione, per esempio, di una decisione quadro.¹⁰⁶

Questa la bella notizia. La cattiva è non solo che al Regno Unito non si applicheranno le nuove regole relative alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia ed al ruolo della Commissione di guardiania dei trattati nell'area della cooperazione giudiziale in materia penale, ma anche che tali regole non saranno applicabili a tutti gli altri stati membri immediatamente, a partire dall'auspicata entrata in vigore del Trattato, prevista per il 1 gennaio 2009,¹⁰⁷ ma soltanto molto dopo, a partire da gennaio 2014.

¹⁰⁵ **J. ZILLER**, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007. Il Trattato, a patto che sia ratificato in tutti gli stati membri (soltanto l'Irlanda dovrebbe prevederne l'approvazione tramite *referendum*) entrerà in vigore a partire dal 1 gennaio 2009.

¹⁰⁶ **J. ZILLER**, *Il nuovo Trattato, o.c.*, at p. 60.

¹⁰⁷ A causa del no degli irlandesi al Trattato di Lisbona espresso in occasione del referendum tenutosi il 12 giugno 2008, è di fatto sfumata la possibilità che questo ultimo possa effettivamente entrare in vigore il 1 gennaio 2009.