

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore

Domenico Carcano
Mario D'Andria

LVI - aprile 2016, n° 04

04

20
16

| **estratto**

DALLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA
UN LIMITE ALLA PENETRAZIONE
DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO NEGLI
STATI NAZIONALI?

con osservazioni di **Nicola Canestrini**

ALTRE CORTI

| **253** DALLA CORTE COSTITUZIONALE
TEDESCA UN LIMITE ALLA PENETRAZIONE
DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO
NEGLI STATI NAZIONALI?

TRIBUNALE COSTITUZIONALE DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA - BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - 12 DICEMBRE 2015 - PRES. VOSSKUHLE (N. 2BVR 2735/14)

DIRITTO EUROPEO - Efficacia nell'ordinamento nazionale - Limiti e contro-limiti opposti dall'ordinamento costituzionale interno e dai principi fondamentali - Mandato di arresto europeo - Questione pregiudiziale - Diritto comunitario.

(CFR. L. 22 APRILE 2005, N. 69; DEC. QUADRO UE 2002/584/GAI E SUCC. MODIF.; L. N. 67/2014)

Con sentenza in data 15 dicembre 2015 la Corte costituzionale federale tedesca (Bundesverfassungsgericht) ha stabilito che la protezione dei diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione tedesca (Grundgesetz) prevale sull'applicazione della legislazione comunitaria. Si tratta del noto principio dei limiti e contro-limiti che considera alcune garanzie fondamentali riconosciute in Costituzione quali limiti invalicabili alla penetrazione di disposizioni "altre" nell'ordinamento interno, comprese le norme di diritto comunitario.

La questione era stata proposta dalla Corte di appello di Düsseldorf in un procedimento di consegna di persona ricercata sulla base di un mandato d'arresto europeo. Nel caso di specie il MAE era stato emesso dall'autorità giudiziaria italiana e la persona ricercata era un cittadino statunitense condannato a pena rilevante in Italia.

Secondo il Tribunale costituzionale tedesco, anche nel procedimento di consegna previsto dal mandato di arresto europeo come disciplinato dal diritto comunitario va salvaguardato il principio di colpevolezza (nulla poena sine culpa) derivato dal principio di inviolabilità della dignità della persona come sancito dall'art. 1 della Costituzione tedesca. Il principio di inviolabilità della dignità umana costituisce appunto principio fondamentale che integra un caso di limite invalicabile. La verifica spetta al giudice costituzionale quale ultimo garante dell'identità nazionale. La Corte costituzionale federale tedesca ha quindi accolto il ricorso individuale di un cittadino statunitense avverso un MAE esecutivo italiano emesso in seguito ad una condanna in contumacia a 30 anni di reclusione, demandando al giudice competente del merito

la verifica sulla possibilità per il condannato di potersi difendere anche mediante riapertura dell'istruttoria (1).

(1) La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco è reperibile al sito http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514.html; v. anche http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/12/rs20151215_2bvr273514.html. Una eccellente sintesi in inglese si trova al seguente sito: <http://free-group.eu/2016/01/26/bvg-protection-of-fundamental-rights-in-individual-cases-is-ensured-as-part-of-identity-review/>.

Si dà notizia di questa decisione perché ci sembra significativa di quello che si muove nel contesto del diritto comunitario, in particolare da parte di Alte Corti nazionali al fine di delimitare l'interdipendenza e le relazioni tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali; si veda al riguardo, ad esempio, la sentenza della nostra C. cost. n. 49/2015. Il tutto nel quadro di una ri(?)-definizione del futuro dell'Unione in un tempo in cui le esigenze politiche nazionali sembrano prevalere a scapito del disegno di un'Europa federale che, fino a pochi anni fa, sembrava approdo inevitabile (e ampiamente auspicato). Del resto lo stallo in cui si trova l'iniziativa tesa a istituire l'Ufficio del Pubblico Ministero europeo (EPPO) dimostra chiaramente l'impasse che si è determinato.

La decisione tedesca, inoltre, è intessuta di precisi richiami alla legislazione e alla giurisprudenza di legittimità italiane.

Resta, ovviamente, aperta la questione se espressioni di principio quali il rispetto per la dignità umana (proclamato nell'art. 1 della Costituzione tedesca) possano diventare, attesa la generalità della formulazione, un grimaldello per scassinare l'altro fondamentale principio su cui si fondano i Trattati europei, della preminenza del diritto comunitario. Sembra così confermato il pericolo di un "cortocircuito costituzionale".

Nel caso di specie, è vero, il Tribunale costituzionale tedesco ha rimesso la valutazione circa l'eventuale mancato rispetto da parte italiana dei principi fondamentali (riconosciuti anche dalla CEDU); quindi sotto questo profilo la decisione può in principio essere accettata. Tuttavia ci si può chiedere fino a che punto il giudice nazionale può spingersi nella indicata valutazione. Si tratterebbe, infatti, di operare un'analisi a 360 gradi sull'ordinamento "altro" che non può prescindere da una complessiva valutazione. Ad esempio il nostro ordinamento contiene regole specifiche e assai garantiste sull'esame di persone imputate di reato connesso (art. 210 c.p.p.), che in altri ordinamenti vengono sentiti come testimoni, senza assi-

stenza di difensori; altri ordinamenti (Paesi Bassi, Ungheria, Austria) prevedono la testimonianza anonima e così via dicendo. Ebbene, ci si potrebbe chiedere se, in un caso inverso a quello in esame, sia consentito – e in che misura – da parte italiana rifiutare, invocando il nostro art. 111 Cost., la cooperazione prevista da norme comunitarie secondo regole precisate dalle stesse fonti europee e in un quadro di tendenziale omogeneità di ordinamenti quanto ai principi e diritti fondamentali della persona.

Seguono osservazioni di NICOLA CANESTRINI.

OSSERVAZIONI

La fattispecie: la condanna in contumacia viola la dignità dell'uomo?

Il ricorrente, cittadino statunitense, nel 1992 era stato condannato a 30 anni di reclusione in contumacia con sentenza della Corte di appello di Firenze per il reato di associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di sostanza stupefacente e per spaccio di cocaina.

Arrestato in seguito alla emissione di un MAE italiano nel 2014, il condannato avanti al giudice competente lamentava la mancata conoscenza del processo e della condanna e comunque la impossibilità di una difesa nel merito, asserendo non essergli garantito, alla luce della normativa processuale italiana applicabile, un ripristino integrale dell'assunzione probatoria anche nel caso fosse stato accordato il rimedio restitutorio; avverso la decisione favorevole alla consegna della Corte di appello di Düsseldorf veniva interposto ricorso individuale avanti la Corte costituzionale federale tedesca (*Verfassungsbeschwerde*), lamentando fra l'altro la violazione del principio fondamentale dell'ordinamento tedesco della dignità umana, come riconosciuto dall'art. 1/1 della Costituzione tedesca che recita: «La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla».

MAE esecutivo italiano su condanna contumaciale in contumacia e insufficienza dei rimedi restitutori

La Corte costituzionale tedesca, rilevando tra l'altro la mancata compilazione del MAE laddove viene richiesto di specificare il termine per richiedere «un nuovo processo o un ricorso in appello» (sezione *d*, n. 3.4 come emendata dalla decisione quadro 2009/299/GAI), accoglie la doglianza e rinvia per nuovo esame al giudice del merito, ritenendo in particolare insufficiente l'accertamento in precedenza compiuto secondo il quale «non si esclude che possa essere riaperta l'istruttoria» nel procedimento

penale dello stato emittente ai fini del rispetto del principio di colpevolezza.

Viene in particolare censurata la affermata compatibilità fra esecuzione di un mandato d'arresto europeo a seguito di condanna contumaciale ed il rispetto della dignità umana, che nel processo penale comprende il principio di colpevolezza e che presuppone che ogni sanzione penale possa essere irrogata solo se vengono provati reato e responsabilità personale: il giudice costituzionale tedesco rileva come la criticità consista essenzialmente nella mancanza di un rimedio restitutorio effettivo ed incondizionato, che consenta una difesa sia in fatto che in diritto, anche mediante una compiuta istruttoria dibattimentale.

La mancanza di istruttoria in un processo penale viola il principio di dignità umana

L'analisi della Corte costituzionale federale tedesca parte dalla presa d'atto che la normativa italiana, sopravvenuta dopo la riforma attuata con l. n. 67/2014 che consente la rescissione del giudicato in caso di ignoranza del processo celebrato *in absentia*, non è applicabile alle sentenze divenute irrevocabili prima dell'entrata in vigore della l. n. 67/2014, come specificato dalla sentenza n. 36848/2014 della Corte di cassazione a Sezioni unite prodotta dalla difesa del ricorrente.

Il giudice costituzionale rileva quindi che secondo la normativa nazionale italiana applicabile al caso concreto l'onere probatorio a carico del ricorrente della mancata conoscenza incolpevole del provvedimento derivante dall'eventuale applicazione ultrattiva dell'art. 603, comma 4, c.p.p., unitamente alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria se concedere o meno la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, sono ritenuti pacificamente dalla giurisprudenza anche tedesca un ostacolo alla consegna.

Il primato del diritto comunitario si infrange sui principi costituzionali che caratterizzano l'identità costituzionale di uno Stato membro

In punto di diritto, e con particolare riferimento al primato del diritto comunitario, la Corte costituzionale federale tedesca rileva come limitazioni di sovranità derivanti dalla normativa comunitaria come introdotte dalla legge nazionale di ratifica siano possibili solo a condizione che venga rispettato l'ordine costituzionale; in ogni caso non sarebbero possibili limitazioni di quei diritti inalienabili derivanti dai principi della Costituzione tedesca non soggetti a revisione o limitazione alcuna (c.d.

identità costituzionale o *Verfassungsidentität*), fra i quali appunto l'art. 1 in tema di inviolabilità della dignità della persona.

Secondo il ragionamento della Corte, sarebbe peraltro compatibile con il principio di leale collaborazione, richiamando *inter alia* i commi 2 e 3 dell'art. 4 del Trattato sull'Unione Europea che stabiliscono che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale ...» e «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Il limite della identità nazionale o identità costituzionale, sempre secondo la sentenza in commento, sarebbe non solo previsto nell'art 4 § 2 TUE, ma sarebbe anche riconosciuto dalla maggioranza delle carte costituzionali degli stati membri.

Il principio del mutuo riconoscimento non impedisce la verifica del rispetto di caratteristiche essenziali della dignità umana

Secondo il giudice costituzionale tedesco, la reciproca fiducia ed il correlato principio del mutuo riconoscimento impediscono che atti imposti dalla normativa comunitaria vengano giudicati con il metro della normativa costituzionale nazionale; infatti, la sentenza in commento ricorda come gli stati membri dell'Unione europea godano di una fiducia rafforzata, dato che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani (...). Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini»; del resto, tutti gli stati membri aderiscono al Consiglio d'Europa e sono quindi soggetti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essendo peraltro espressamente obbligati al rispetto della Carta dei diritti fondamentali anche nell'applicazione di diritto comunitario (art. 51).

Esclusa quindi la necessità, anche nell'ambito dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, di una verifica positiva del rispetto del principio *nulla poena sine culpa*, il giudice costituzionale rileva come il principio della fiducia reciproca venga invece compromesso quando vengano evidenziati, nel rispetto dell'onere di allegazione di parte, elementi fattuali (*tatsächliche Anhaltspunkte*)

ulteriori rispetto alla sola condanna in contumacia, dai quali desumere che in caso di consegna non verrebbero rispettati requisiti irrinunciabili per protezione della dignità umana.

In tal caso, e nonostante il riaffermato principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale anche di derivazione costituzionale, il giudice ha l'obbligo di verificare la situazione di diritto e di fatto nello stato emittente il mandato di arresto.

In caso venisse infatti accertato il mancato raggiungimento dello *standard* minimo di tutela di tali principi fondamentali, la normativa comunitaria deve necessariamente cedere all'applicazione dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, e la consegna non potrà essere eseguita.

Bundesverfassungsgericht: doverosa la verifica del rispetto della "identità costituzionale" (Verfassungsidentität) anche in caso di applicazione di normativa comunitaria; la dottrina dell'acte clair

La sentenza in commento si sofferma specificatamente sulla sentenza c.d. Melloni (C. giust. UE, Grande sezione, del 26 febbraio 2013, Stefano Melloni contro Ministero Fiscal, causa C-399/11), rilevando peraltro come il principio della fiducia reciproca non imponga neppure nella esecuzione del mandato di arresto europeo obblighi incondizionati di consegna.

Rileva il giudice costituzionale come in particolare il diritto di un nuovo processo, comprensivo del diritto di "difendersi provando", sia richiesto dallo stesso diritto dell'Unione, anche attraverso il richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali.

Rinviano per la compiuta ricognizione del ragionamento alla sentenza integrale, il giudice costituzionale ricorda non solo i limiti alla consegna previsto dalla stessa decisione quadro sul MAE e dall'ordinamento nazionale, ma anche che il considerando 11 della decisione quadro 2009/299/GAI stabilisce che il «nuovo processo o ricorso in appello è volto a garantire i diritti della difesa ed è caratterizzato dai seguenti elementi: l'interessato ha il diritto di essere presente, il merito della causa, comprese le nuove prove, è riesaminato e il procedimento può condurre alla riforma della decisione originaria».

Viene quindi espressamente rilevato come il diritto ad una impugnazione effettiva sia principio fondamentale del diritto dell'Unione (C. giust. UE, sentenza del 15 maggio 1986, Johnston, C-222/84) e come l'art. 6 CE-

DU, applicabile in virtù e nei limiti di cui all'art. 52 § 3 della Carta dei diritti fondamentali, contenga uno *standard* minimo di tutela in grado di limitare l'applicazione dello stesso diritto dell'Unione.

Ricorda la sentenza in analisi che secondo la CEDU non può darsi corso alla estradizione anche nel caso di rischio di una negazione eclatante ad un processo equo («*risks suffering a flagrant denial of a fair trial*»; C. eur. dir. uomo, Grande Camera, Soering c. Regno Unito, sentenza 7 luglio 1989, n. 14038/88, § 113). Dall'art. 6 CEDU discende anche il dovere di verificare se il condannato ha avuto conoscenza del procedimento a suo carico (C. eur. dir. uomo, Somogyi c. Italia, sentenza 18 maggio 2004, n. 67972/01, § 72), garantendo la medesima norma anche il diritto al contraddittorio, comprensivo del diritto alla prova (C. eur. dir. uomo, Mantovanelli c. Francia, sentenza 18 marzo 1997, n. 21497/93, § 33 e Lietzow c. Germania, sentenza 13 febbraio 2001, n. 24479/94, §

44; sulla declinazione di tali diritti nel processo contumacia la sentenza rinvia a Colozza c. Italia, sentenza 12 febbraio 1985, n. 9024/80, § 29 f.; Medenica c. Svizzera, sentenza 14 giugno 2001, n. 20491/92, § 55).

La sentenza annotata esclude di conseguenza la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, essendo la applicazione corretta del diritto comunitario talmente evidente che non rimane spazio per un ragionevole dubbio (dottrina dell'*acte claire*), non sussistendo nel caso in esame alcun ostacolo derivante dal diritto comunitario alla verifica della tutela dei diritti del ricorrente, con particolare riferimento alla impossibilità di una difesa effettiva secondo il diritto processuale italiano.

di

Nicola Canestrini

Avvocato

