

## LA TRIANGOLAZIONE DELLE GARANZIE PROCESSUALI FRA DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA, CEDU E SISTEMI NAZIONALI

di Marcello Daniele

**Abstract.** *Nel diritto dell'Unione Europea, le garanzie processuali assumono perlopiù la veste dei "principi", i quali devono essere tradotti in "regole" da parte della giurisprudenza. Come apprestarne un'implementazione capace di assicurare risultati prevedibili ex ante e, comunque, di bilanciare in modo equilibrato i valori in gioco? L'art. 53 della Carta di Nizza risponde al quesito postulando un'equivalenza fra gli standard di tutela dei diritti fondamentali previsti dall'Unione, dalla CEDU e dai sistemi nazionali. Una triangolazione che, però, non è agevole da svolgere, se si tiene conto delle antinomie che spesso gli standard in questione presentano. Nel presente lavoro si propongono alcune tecniche per realizzarla.*

SOMMARIO: 1. Un diritto proteiforme. – 2. L'irruzione della giurisprudenza sul terreno dei bilanciamenti legislativi. – 3. La triangolazione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali postulata dall'art. 53 della Carta di Nizza. – 4. Le tecniche di triangolazione non consentite dall'Unione. – 5. Le tecniche di triangolazione consentite. – 5.1. La soccombenza degli *standard* eurounitari in conflitto con la CEDU. – 5.2. La prevalenza degli *standard* eurounitari analoghi a quelli convenzionali in caso di precisione del diritto dell'Unione. – 5.3. La prevalenza degli *standard* eurounitari più garantistici degli *standard* nazionali. – 5.4. Il bilanciamento degli *standard* in base al principio di proporzionalità. – 6. Il dovere di motivare il distacco dai canoni nazionali di proporzione. – 6.1. Il buon esempio di *Lanigan*. – 6.2. Il cattivo esempio di *Taricco*. – 7. La triangolazione in sintesi.

### 1. Un diritto proteiforme.

Tradizionalmente configurate come fattispecie rigide nell'ordinamento italiano<sup>1</sup>, le garanzie processuali sono destinate a mutare veste nella misura in cui il loro contenuto viene sempre più modellato anche dal diritto dell'Unione Europea<sup>2</sup>. Questo è un diritto che, frutto del compromesso fra le scelte di politica criminale dei vari Stati, non presenta

---

<sup>1</sup> In ciò risiede l'essenza della legalità processuale di matrice statale, su cui v. già M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182 s. e, più di recente, D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3956 s.

<sup>2</sup> Sui mutamenti dei paradigmi tipici dei sistemi processuali nazionali determinati dal diritto dell'Unione v. più in generale L. LUPÁRIA, *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *questa Rivista*, 17 novembre 2014, p. 9 s.

la stessa precisione dei diritti nazionali<sup>3</sup>. Non conduce ad una vera e propria unificazione del diritto processuale penale in chiave federale<sup>4</sup>, costruendo un sistema completo di “regole” europee, ma perlopiù assume la conformazione dei “principi”<sup>5</sup>.

Lo dimostra anzitutto il fatto che, in rapporto alle materie individuate dall’art. 82 TFUE, esso postula solo un’*armonizzazione*. A questo fine si limita ad abbozzare mere porzioni di fattispecie, che devono a loro volta essere completate dai legislatori nazionali<sup>6</sup>.

Si aggiunga che il *mutuo riconoscimento* degli atti giuridici compiuti dalle autorità di ciascuno Stato<sup>7</sup>, in linea di massima, non opera in modo assoluto, ma è attenuato dal generale obbligo di rispettare i *diritti fondamentali*. La portata di questi ultimi, tuttavia, non viene meglio specificata<sup>8</sup>, né sono statuite sanzioni nel caso della loro violazione<sup>9</sup>. Le norme eurounitarie si limitano a nominarli<sup>10</sup>, o al più a rinviare alle generiche prescrizioni in materia rinvenibili nella Carta di Nizza, nella CEDU e nelle Costituzioni nazionali<sup>11</sup>.

Non che negli atti normativi dell’Unione manchino norme sufficientemente dettagliate da acquisire lo *status* di regole<sup>12</sup>. Anche queste ultime, però, vanno contemperate con il dovere di osservare i diritti fondamentali, acquisendo così una portata dai contorni più sfocati.

---

<sup>3</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l’impatto delle nuove direttive*, in questa Rivista, 4 febbraio 2015, p. 9; A. GAITO, *L’adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, p. 30.

<sup>4</sup> Muove qualche timido passo in questa direzione la controversa Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM(2013)534, tuttora oggetto di negoziati.

<sup>5</sup> Vale a dire, adottando la nota distinzione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 s., norme a struttura aperta, che si limitano a fissare obiettivi da perseguire e valori da preservare.

<sup>6</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro*, cit., p. 12 s.; M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell’Unione Europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 85 s.

<sup>7</sup> Previsto sempre dall’art. 82 TFUE.

<sup>8</sup> V. D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, in *German Law Journ.*, 2013, p. 1919 s.; N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, p. 141 s.

<sup>9</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at eu Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, p. 317 s.

<sup>10</sup> Si pensi al rispetto del “giusto processo” e dei “diritti della difesa”, richiesto in relazione alla valutazione delle prove dall’art. 14 § 7 della direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 sull’ordine europeo di indagine penale, nonché dall’art. 10 § 2 della recente direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sulla presunzione di innocenza.

<sup>11</sup> Le quali vengono richiamate attraverso il ponte dell’art. 6 TUE: si vedano ad esempio l’art. 1 § 3 della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato di arresto europeo, e gli artt. 1 § 4 e 11 § 1 lett. f della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale.

<sup>12</sup> Si pensi alle norme che delineano il contenuto del mandato di arresto europeo (art. 8 della decisione-quadro), oppure taluni motivi di rifiuto dell’esecuzione del medesimo (art. 3 s.).

## 2. L'irruzione della giurisprudenza sul terreno dei bilanciamenti legislativi.

La peculiare morfologia del diritto dell'Unione determina conseguenze di non poco conto riguardo alla divisione dei compiti e agli equilibri fra il potere legislativo e il potere giudiziario: non può che spettare alla giurisprudenza tradurre in prescrizioni più precise le norme eurounitarie, che diversamente risulterebbero inapplicabili. Devono essere i giudici, in particolare, ad individuare l'esatto contenuto dei diritti fondamentali richiamati dal diritto dell'Unione, bilanciandoli con i valori e gli interessi contrapposti.

Si profila in questo modo un sistema geneticamente mutato nei suoi tratti essenziali: non più edificato come una *piramide* con la legge parlamentare al vertice, ma strutturato a *rete*, nel quale le norme vengono enucleate caso per caso attraverso il dialogo fra le corti supreme nazionali e sovranazionali<sup>13</sup>. La giurisprudenza assume il compito non solo di interpretare, ma anche di creare il diritto<sup>14</sup>.

Ciò non significa che il nostro ordinamento abbia ufficialmente acquisito i connotati dei sistemi di *common law*. I giudici italiani sono tenuti *ex art. 101 comma 2 Cost.* a rispettare "soltanto la legge"<sup>15</sup>. E nessuna norma della CEDU o dell'Unione impone un obbligo di *stare decisis* al di là dell'osservanza dei dispositivi enunciati dai giudici di Strasburgo e di Lussemburgo in rapporto ai singoli casi<sup>16</sup>.

Per quanto non formalmente vincolanti, tuttavia, i precedenti della Corte europea e della Corte di giustizia possiedono un innegabile valore orientativo, determinando una metamorfosi dello stesso concetto di "legalità"<sup>17</sup>. Al fine di evitare di incorrere in una violazione delle norme convenzionali o eurounitarie, sarebbe opportuno discostarsene solo qualora il caso da decidere presentasse significativi elementi di differenziazione (*distinguishing*), oppure fosse consentito invocare il margine di apprezzamento nazionale<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1182 s.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, *ivi*, 2012, p. 843 s.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, *ivi*, 2014, p. 1104 s.; C. SOTIS, *La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, *ivi*, 2012, p. 464 s.

<sup>14</sup> V. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 53 s.; R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1181 s.; M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali*, cit., 82 s.; V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in questa *Rivista*, 20 gennaio 2015, p. 2 s.

<sup>15</sup> Cfr. O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Dir. pen. proc., suppl.*, 2011, p. 37 s.

<sup>16</sup> Si veda, in rapporto al *case-law* di Strasburgo, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, p. 259 s. In senso contrario cfr. G. UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19 s.

<sup>17</sup> Sul passaggio dalla legalità intesa come "conformità al tipo legislativo" alla legalità "giurisdizionalizzata" v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, annali VI, Milano, 2013, p. 412 s.

<sup>18</sup> Il quale, in rapporto alle decisioni della Corte europea, potrebbe essere fruttuosamente richiamato qualora le norme nazionali, pur non risultando identiche, fossero "equivalenti" alle norme enucleate dai giudici di Strasburgo: cioè quando esse attuassero gli stessi valori ritenuti meritevoli di prevalere dalla Corte europea, ed al contempo offrissero una protezione del nucleo fondamentale dei valori soccombenti che, per quanto non del tutto coincidente con la tutela apprestata dalle norme convenzionali, risultasse comunque sufficiente. Sia consentito rinviare a M. DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento*

### 3. La triangolazione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali postulata dall'art. 53 della Carta di Nizza.

In un sistema così congegnato, come evitare che le scelte dei giudici risultino sbilanciate a favore delle esigenze repressive<sup>19</sup>, o comunque determinino disparità di trattamento o sconfinino nell'arbitrio?

La risposta al quesito offerta dall'Unione consiste nella previsione del c.d. principio di *equivalenza ex art. 53 CDFUE*<sup>20</sup>: i diritti fondamentali vanno preservati non solo nella configurazione che ricevono dalle norme eurounitarie, ma anche nelle declinazioni che li caratterizzano nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>, nel diritto internazionale e nei singoli ordinamenti statali<sup>22</sup>.

Ne discende che il contenuto dei diritti fondamentali e, di conseguenza, delle garanzie processuali non potrebbe essere ricostruito solo in base al diritto dell'Unione e ai precedenti della Corte di giustizia, ma deve essere oggetto di una *triangolazione*: le prescrizioni eurounitarie vanno coordinate con la CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte europea e con le norme nazionali. Ma è un'operazione tutt'altro che agevole, se si considera che, a causa delle diverse finalità perseguite, gli *standard* di attuazione dei diritti fondamentali a livello eurounitario, convenzionale e nazionale non sempre sono coincidenti fra loro.

Gli *standard* nazionali, in particolare, sono legati alle esperienze storiche e al *background* sociale, politico, culturale ed economico di ogni Stato, che ne riflette la maggiore o minore propensione a potenziare le garanzie.

La Corte europea, dal canto suo, tende ad adottare le modalità di protezione dei diritti che risultano maggiormente condivise fra gli Stati, modulando gli spazi per il margine di apprezzamento nazionale a seconda dell'entità del consenso raggiunto dallo *standard* di volta in volta rilevante<sup>23</sup>. Un'impostazione che ha come esito quello di

---

*nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1696 s. Più ambigualmente, Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49 ritiene non vincolanti le decisioni della Corte europea che non siano espressione di un orientamento "consolidato", fissando così un parametro agevolmente manipolabile dalla giurisprudenza interna.

<sup>19</sup> Sottolinea questo pericolo O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1404 s.

<sup>20</sup> Ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02), originariamente redatta a Nizza il 7 dicembre 2000.

<sup>21</sup> A cui l'Unione "aderisce" in base all'art. 6 § 2 TUE.

<sup>22</sup> Si vedano anche gli artt. 6 § 3 4 § 2 TUE, nonché l'art. 53 CEDU, in base al quale nessuna prescrizione convenzionale potrebbe "essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi" (come, per l'appunto, il diritto dell'Unione).

<sup>23</sup> Cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., annali*, vol. IV., Milano, 2011, p. 405 s.; G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1726 s.

appiattare la tutela verso il basso<sup>24</sup>, conducendo a livelli minimali che non sempre riescono ad assicurare un adeguato temperamento dei valori in gioco.

Ancora diverso l'approccio della Corte di giustizia, la quale, nell'intento di rafforzare l'azione dell'Unione e di uniformarne la politica criminale<sup>25</sup>, preserva i diritti fondamentali non come valori in sé considerati, ma sulla base della loro capacità di non ostacolare il raggiungimento delle finalità eurounitarie<sup>26</sup>. A questo fine i giudici di Lussemburgo ricorrono ampiamente all'interpretazione teleologica<sup>27</sup>, e adottano le soluzioni normative che meglio appaiono funzionali agli obiettivi di integrazione economica o di efficienza perseguiti dall'Unione<sup>28</sup>.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro quanto sia importante individuare un metodo capace di ovviare alle possibili incoerenze degli *standard*<sup>29</sup>, assicurando che la triangolazione delle garanzie processuali richiesta dall'art. 53 CDFUE produca risultati prevedibili *ex ante*<sup>30</sup> e ragionevoli.

#### 4. Le tecniche di triangolazione non consentite dall'Unione.

In linea teorica esistono diversi metodi per condurre la triangolazione di cui si discute.

Uno di essi è quello della *separazione delle competenze*, che richiederebbe di distinguere in modo netto il raggio di azione degli *standard* di tutela eurounitari e nazionali. Ma è una via che l'ambiguità delle prescrizioni rinvenibili nei trattati dell'Unione non consente di percorrere.

Si allude all'art. 51 CDFUE, nella parte in cui dispone che la Carta di Nizza si applica agli Stati "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Quest'ultima è

---

<sup>24</sup> Si veda D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals*, cit., p. 1928 s.

<sup>25</sup> Cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 3 s.

<sup>26</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed. riveduta, Milano, 2015, p. 80. V. anche S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, Oxford-Portland, 2013, p. 908 s.; A. GAITO, *L'adattamento del diritto*, cit., p. 34 s.

<sup>27</sup> Rilevando come sia necessario tenere conto non solo del "tenore letterale" del diritto dell'Unione, ma anche del "contesto" del medesimo e degli "obiettivi perseguiti": cfr. C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, C-216/14, § 29 s.

<sup>28</sup> Ad esempio, C. giust. UE, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, § 34 s., e Id., 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00, § 46 s., hanno ritenuto, rispettivamente, la dignità umana e le libertà di espressione e di riunione prevalenti sugli obiettivi economici eurounitari solo perché le prime, pur interferendo con i secondi, non li avevano del tutto compromessi. Opposta per converso la decisione di C. giust. U.E., 9 dicembre 1997, *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, C-265/95, § 24 s., in un caso in cui l'esercizio della libertà di manifestazione aveva determinato seri ostacoli alla libertà di circolazione delle merci.

<sup>29</sup> Sottolinea tale esigenza C. SOTIS, *La mossa del cavallo*, cit., p. 468 s.

<sup>30</sup> Sull'importanza di salvaguardare il valore della prevedibilità anche nel contesto di un sistema improntato sulla legalità giurisprudenziale v. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1196.

un'espressione suscettibile di letture diverse. Letteralmente intesa, essa consentirebbe l'applicazione degli *standard* eurounitari solo in rapporto alle normative nazionali volte a recepire il diritto dell'Unione<sup>31</sup>. Tuttavia le Spiegazioni relative all'art. 51 CDFUE e la sentenza *Åkerberg Fransson* della Corte di giustizia ne hanno fornito un'interpretazione estensiva, rendendo la Carta operativa "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"<sup>32</sup>: vale a dire, ogni volta in cui fosse rinvenibile un collegamento fra una norma nazionale e gli obiettivi perseguiti dalle norme eurounitarie, a prescindere dal grado di specificità dei medesimi e dal livello di predeterminazione da parte dell'Unione delle azioni statali necessarie per realizzarli<sup>33</sup>.

In questo modo la Corte di giustizia ha finito con il conferire agli *standard* eurounitari di tutela dei diritti fondamentali un margine operativo dai confini impalpabili, rendendo impossibile una netta ripartizione delle competenze<sup>34</sup>.

Un diverso metodo di triangolazione è rappresentato dal *maximum standard*. Ne deriverebbe l'obbligo di impiegare le modalità di tutela suscettibili di condurre alla massima protezione dei diritti fondamentali, anche qualora si trattasse di *standard* unicamente nazionali.

È un approccio che trova un appiglio negli artt. 11 e 117 comma 1 della nostra Costituzione, i quali permettono unicamente che le norme eurounitarie e la CEDU "limitino" e "vincolino" la sovranità nazionale; non anche che esse esautorino completamente le prescrizioni costituzionali, specie laddove queste ultime prevedessero livelli superiori di tutela delle garanzie. Tanto è vero che la Corte costituzionale ha teorizzato la facoltà di opporre i c.d. contro-limiti nei confronti delle norme

---

<sup>31</sup> V. C. giust. UE, 13 luglio 1989, *Wachauf*, C-5/88; Id., 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE*, C-260/89. In senso analogo cfr. anche Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, nella quale si legge che il presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è "che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto".

<sup>32</sup> Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 20 s.

<sup>33</sup> Anche qualora l'azione degli Stati non fosse interamente determinata dal diritto dell'Unione – precisa il § 29 di *Åkerberg Fransson* – gli Stati potrebbero attuare i propri *standard* di protezione dei diritti fondamentali solo alla condizione che ciò non compromettesse "il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". Cfr. B. VAN BOCKEL-P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, p. 874 s. V. pure le precisazioni operate da C. giust. UE, 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13, § 24 s., che tuttavia non sembra riuscire nell'intento di offrire un criterio di competenza più preciso: cfr. F. FONTANELLI, *The Implementation of European Law under Art. 51 of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journ. Eur. Law*, 2014, p. 241 s.

<sup>34</sup> Evidente il conflitto con il principio di sussidiarietà previsto dall'art. 6 § 1 TUE. Cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.



dell'Unione<sup>35</sup>, ed ha altresì configurato le prescrizioni convenzionali come parametri di costituzionalità della legge di tipo interposto<sup>36</sup>.

I termini del discorso mutano se si rivolge lo sguardo ai trattati dell'Unione. Il *maximum standard* non ne risulta precluso; anzi, possiede un supporto proprio nel principio di equivalenza<sup>37</sup>, il quale, inteso in modo rigoroso, vieterebbe all'Unione di adottare *standard* di tutela più bassi di quelli previsti dalla CEDU e dalle Costituzioni nazionali<sup>38</sup>.

Al contempo, tuttavia, il *maximum standard* non appare del tutto in linea con quelle norme dei trattati che delineano una differenza di rango fra le prescrizioni convenzionali e quelle nazionali. L'art. 52 § 3 CDFUE precisa che il significato e la portata dei diritti previsti dalla Carta di Nizza sono da ritenersi uguali a quelli statuiti dalla CEDU<sup>39</sup>, ponendo una clausola di automatica soccombenza delle prescrizioni eurounitarie rispetto a quelle convenzionali<sup>40</sup>. Allo stesso modo l'art. 6 § 2 TUE prevede l'obbligo dell'Unione di aderire alla CEDU, riconoscendo implicitamente la superiorità di quest'ultima fonte. L'art. 52 § 4 CDFUE, al contrario, si limita a richiedere che i diritti fondamentali previsti dalla Carta vengano solo interpretati "in armonia" con le "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati nazionali, e il § 6 aggiunge che è sufficiente "tenere conto" delle "legislazioni e prassi nazionali".

Il *maximum standard* non è pienamente riconosciuto dall'Unione perché, se fosse adottato integralmente, rischierebbe di porre in pericolo il raggiungimento degli

---

<sup>35</sup> Ossia i "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e i "diritti inalienabili della persona". Cfr. Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183, e 5 giugno 1984, n. 170.

<sup>36</sup> Cioè superiori alla legge ordinaria, ma inferiori alla Costituzione. V. Corte cost., 22 luglio 2007, n. 348 e 349.

<sup>37</sup> L'art. 52 § 3 CDFUE aggiunge come non sarebbe vietato all'Unione predisporre una protezione dei diritti fondamentali più estesa di quella assicurata dalla CEDU.

<sup>38</sup> Il principio di equivalenza ex art. 53 CEDU ha, in particolare, consentito a Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317 di ipotizzare l'esistenza del principio di c.d. "massima espansione delle garanzie". La Corte ha tuttavia affermato come esso ricomprenderebbe "il necessario bilanciamento" "con altre norme costituzionali che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela", configurandolo così come leva per modulare la portata dei diritti fondamentali autonomamente dalle indicazioni della Corte europea e, dunque, come mero *escamotage* per monopolizzare il potere di bilanciamento: cfr. [F. VIGANÒ, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo. Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista, in questa Rivista](#), 14 luglio 2014, p. 17 s.

<sup>39</sup> L'art. 351 TFUE prescrive più in generale che le disposizioni dei trattati eurounitari non potrebbero avere come effetto quello pregiudicare i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse tra uno o più Stati membri e uno o più Stati terzi (come è, per l'appunto, il caso della CEDU).

<sup>40</sup> Cfr. E.A. ALKEMA-R. VAN DER HULLE-R. VAN DER HULLE, *Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Hum. Rights Law Journ.*, 2015, p. 18 s. V. anche S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 465 s.; E. AMODIO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, p. 19. È una clausola che, come vedremo *infra*, § 5.1, in alcune occasioni la Corte di giustizia ha ritenuto di ignorare.

obiettivi eurounitari<sup>41</sup>. La Corte di giustizia ne è consapevole. Non a caso ha affermato che, ai fini dell'adesione dell'Unione alla CEDU, l'equivalenza fra gli *standard* di tutela dovrebbe essere limitata a quanto necessario per evitare di compromettere "il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"<sup>42</sup>.

## 5. Le tecniche di triangolazione consentite.

Le tecniche di triangolazione che il diritto dell'Unione consente di adottare sono di tipo più elastico rispetto a quelle appena considerate. Se ne possono focalizzare almeno quattro.

### 5.1. La soccombenza degli standard eurounitari in conflitto con la CEDU.

È consentito in primo luogo individuare un criterio di soccombenza degli *standard* eurounitari: come si è già detto, l'art. 52 § 3 CDFUE prevede che questi ultimi devono sempre cedere di fronte alle modalità di protezione apprestate dalla CEDU che risultino più garantistiche. Similmente le *Spiegazioni* relative alla Carte di Nizza<sup>43</sup> – delle quali è necessario "tener conto" in base all'art. 6 § 1 TUE – statuiscono che i diritti sanciti dalla Carta devono avere lo stesso "significato" e "portata" dei corrispondenti diritti previsti dalla CEDU.

Ciò spiega la condivisibile posizione di allineamento che la Corte di giustizia usualmente adotta nei confronti del *case-law* di Strasburgo<sup>44</sup>. Un atteggiamento favorito anche dall'appiattimento verso il basso degli *standard* convenzionali, nonché dalla simmetrica deferenza che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha finora mostrato nei confronti della Corte di giustizia<sup>45</sup>.

Un'apprezzabile applicazione di tale criterio di soccombenza è rinvenibile nella sentenza *Digital Rights Ireland*<sup>46</sup>, relativa alla direttiva sui dati di traffico del 2006<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Si veda D. RITLENG, *The Contribution of the Court of Justice to the Structuring of the European Space of Fundamental Rights*, in *New Journ. Eur. Crim. Law Rev.*, 2014, p. 520.

<sup>42</sup> Così il *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 187 s.

<sup>43</sup> 2007/C 303/02.

<sup>44</sup> Cfr. C. giust. UE, 9 novembre 2010, *Volker e Markus Schecke*, C-92/09 e C-93/09, § 51 s.; Id., 28 marzo 2000, *Dieter Krombach*, C-7/98, § 25 s. In dottrina v. F. CHERUBINI, *The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in the View of the Accession*, in *German Law Rev.*, 2015, p. 1377 s.

<sup>45</sup> Cfr. Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, § 149 s.

<sup>46</sup> V. C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 e C-594/12, § 26 s. Nello stesso senso v. Id., 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems*, C-362/14, § 91 s., in rapporto alla direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla decisione 2000/520/CE della Commissione del 26 luglio 2000, in un caso di trasferimento negli Stati Uniti da parte di *Facebook Ireland Ltd* dei dati personali dei propri utenti e della conservazione dei medesimi su alcuni *server* ubicati in quel paese.

<sup>47</sup> Ovvero la direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006.



Quest'ultima consentiva la conservazione di una massa illimitata di dati attinenti alla vita privata delle persone per un tempo irragionevole, senza richiedere l'accertamento che la medesima fosse realmente indispensabile per la lotta alla criminalità. La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione del diritto alla riservatezza, invocando la necessità di assicurare modalità di tutela analoghe a quelle apprestate dalla Corte europea<sup>48</sup>.

Tuttavia in alcune occasioni, quando il rispetto degli *standard* convenzionali avrebbe potuto pregiudicare gli obiettivi perseguiti dall'Unione, purtroppo la Corte di giustizia non ha esitato a distaccarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo. Nello stesso *Parere 2/13*, del resto, si paventa che l'adesione alla CEDU intacchi l'autonomia dell'ordinamento eurounitario e le competenze dei giudici di Lussemburgo, arrivando ad imporre alle istituzioni dell'Unione un'"interpretazione determinata" delle norme UE<sup>49</sup>.

Questa sembra essere la *ratio decidendi* della criticabile sentenza *Radu*, con cui la Corte ha statuito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale non potrebbe essere rifiutata per la sola ragione che il ricercato non fosse stato preventivamente sentito dall'autorità di emissione<sup>50</sup>. La previa audizione del ricercato – ha osservato la Corte – eliminerebbe l'effetto sorpresa dell'arresto e favorirebbe la fuga, vanificando l'obiettivo della rapida consegna. Sarebbero sufficienti a garantire il rispetto dell'equità processuale e del diritto di difesa e alla libertà personale gli articoli 14 e 19 della decisione-quadro del 2002, i quali prevedono l'audizione del ricercato da parte dell'autorità di esecuzione in seguito all'arresto.

Si deve replicare che tale audizione integra una garanzia incompleta. L'autorità di esecuzione non ha l'opportunità di riscontrare la presenza dei requisiti fattuali che giustificano l'emissione del mandato, e non può di conseguenza determinare il reale valore del contributo conoscitivo del ricercato. Lo si evince dalla precisa regola stabilita dall'art. 8 § 1 lett. c della decisione-quadro, ai sensi della quale i mandati devono limitarsi ad indicare l'"esistenza" di un provvedimento di arresto emesso dall'autorità giudiziaria interessata alla consegna di una persona<sup>51</sup>, senza contenere un accertamento motivato dei fatti che permettono la privazione della libertà. Ma una disciplina così modulata risulta incapace di assicurare l'effettivo controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'arresto postulato dall'*habeas corpus ex art. 5 CEDU*<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Cioè le modalità enucleate da Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 66 s.

<sup>49</sup> *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 183 s.

<sup>50</sup> V. C. giust. UE, 29 gennaio 2013, *Ciprian Vasile Radu*, C-396/11, § 38 s.

<sup>51</sup> Un'indicazione ritenuta sufficiente da Cass., Sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, nonostante che l'art. 17 della legge 22 aprile 2005, n. 69 (la quale ha recepito la decisione-quadro nel nostro sistema) preveda che la Corte di appello dovrebbe disporre la consegna del ricercato "se sussistono gravi indizi di colpevolezza".

<sup>52</sup> Cfr. Corte EDU, 3 ottobre 2006, *McKay c. Regno Unito*, § 35 s. nonché, in rapporto all'estradizione, Id., 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, § 44. s., e 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, § 118 s.

## 5.2. La prevalenza degli standard eurounitari analoghi a quelli convenzionali in caso di precisione del diritto dell'Unione.

Una seconda tecnica di triangolazione è rinvenibile nella sentenza *Melloni*, relativa alla consegna da parte della Spagna all'Italia di una persona condannata in contumacia<sup>53</sup>.

In questo caso la Corte di giustizia ha considerato compatibile con il diritto di difesa e all'equo processo l'art. 4 *bis* della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo<sup>54</sup>, ai sensi del quale l'autorità di esecuzione non potrebbe rifiutare la consegna quando il ricercato, pur condannato in contumacia, avesse conferito un mandato ad un difensore da cui fosse stato rappresentato nel corso del giudizio. La Corte non ha, per converso, ritenuto di applicare il più garantistico *standard* previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna avrebbe potuto essere disposta solo laddove al condannato *in absentia* fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione<sup>55</sup>.

I giudici di Lussemburgo hanno così privilegiato l'obiettivo eurounitario della rapida consegna dei condannati al prezzo della rinuncia al più alto livello di protezione dei diritti fondamentali previsto dall'ordinamento di esecuzione. L'argomento principale a favore di questa conclusione è costituito dalla precisione delle prescrizioni rinvenibili nell'art. 4 *bis*: vere e proprie regole tali da riflettere "un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*" a seguito del consenso raggiunto dagli Stati a proposito della portata da attribuire ai diritti fondamentali in gioco<sup>56</sup>.

È un criterio di prevalenza degli *standard* eurounitari che possiede una sua logica. È chiaro che il livello di tassatività del diritto dell'Unione è un indice evidente, sia pure indiretto, della volontà degli Stati di rinunciare agli *standard* nazionali di tutela dei diritti. Esso, nondimeno, va applicato con il massimo rigore. Per poter derogare agli *standard* nazionali, le norme eurounitarie dovrebbero delineare fattispecie chiuse del tipo di quelle rinvenibili nelle legislazioni interne, non suscettibili di concedere spazi di discrezionalità ai giudici chiamati ad applicarle. L'art. 4 *bis* della decisione-quadro soddisfa tale requisito proprio perché elenca in modo *tassativo* le ipotesi in cui non sarebbe consentito rifiutare l'esecuzione del MAE in caso di condanna *in absentia*.

Non si deve al contempo trascurare che, per quanto precise fossero, le norme eurounitarie non potrebbero mai entrare in conflitto con la CEDU. Diversamente ne risulterebbe trasgredito il dovere di adeguamento agli *standard* convenzionali statuito dall'art. 52 § 3 CDFUE<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> V. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, § 35 s.

<sup>54</sup> Introdotto dall'art. 2 della decisione-quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009.

<sup>55</sup> In questo senso le sentenze del *Tribunal Constitucional* spagnolo del 5 giugno 2006 (177/2006) e del 28 settembre 2009 (199/2009).

<sup>56</sup> V. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 62. Che questa sia la peculiarità del caso *Melloni* è rimarcato da J.A.E. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in ID., *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, p. 254 s.

<sup>57</sup> Si veda *supra*, § 5.1.

È proprio sotto il profilo del rispetto di questa ulteriore condizione che la sentenza *Melloni* appare meno convincente. A parere della Corte di giustizia, la nomina di un difensore di fiducia integrerebbe una rinuncia implicita del contumace al diritto a partecipare al processo tollerabile dalla CEDU<sup>58</sup>. Dalla giurisprudenza di Strasburgo, però, emerge un tendenziale sfavore nei confronti delle norme che – proprio come quelle delineate dall’art. 4 *bis* della decisione-quadro – impongano meccanismi presuntivi, esonerando i giudici nazionali da un’indagine sulla effettiva conoscenza del procedimento da parte dell’interessato e, soprattutto, sulla volontarietà della rinuncia al diritto alla presenza<sup>59</sup>.

### 5.3. La prevalenza degli standard eurounitari più garantistici degli standard nazionali.

In terzo luogo gli *standard* eurounitari di tutela dei diritti fondamentali, se compatibili con gli *standard* convenzionali, devono prevalere sui meno garantistici *standard* nazionali. È un’evenienza destinata a divenire più frequente con l’entrata in vigore delle direttive volte ad armonizzare le legislazioni nazionali in merito ai diritti delle persone sottoposte a procedimento penale; le quali, per quanto continuino ad essere ispirate ad una concezione del processo sbilanciata a favore dell’efficienza<sup>60</sup>, nondimeno potrebbero esercitare una forza trainante verso il rafforzamento delle garanzie negli specifici settori dove gli ordinamenti statali continuano a registrare *deficit* di tutela<sup>61</sup>.

Ci si riferisce anzitutto al diritto alla traduzione degli atti processuali<sup>62</sup>, che ha trovato una significativa implementazione nella sentenza *Covaci* della Corte di giustizia<sup>63</sup>.

È un diritto che, se presenta un contenuto ben definito, possiede un ambito applicativo indeterminato: spetta al legislatore individuare in merito a quali atti procedurali esso è destinato ad operare. Nel caso in questione, il legislatore tedesco non lo aveva espressamente previsto in rapporto all’opposizione proponibile dal condannato nei confronti del decreto penale.

*Covaci* ne ha esteso la portata fornendone una modulazione flessibile. È vero che – hanno rilevato i giudici di Lussemburgo – pretendere che gli Stati “si facciano carico

---

<sup>58</sup> Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 50.

<sup>59</sup> Cfr. Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 84 s. e, più di recente, Id., 6 ottobre 2015, *Coniac c. Romania*, § 49 s.

<sup>60</sup> Si veda O. MAZZA, *Presunzione d’innocenza*, cit., p. 1404 s. In quest’ottica ne rileva le carenze sotto il profilo della tutela del diritto di difesa e del contraddittorio S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell’Unione europea*, in *questa Rivista*, 22 settembre 2015, p. 4 s.

<sup>61</sup> Cfr. V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 477 s.; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 91.

<sup>62</sup> Disciplinato dalla direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010.

<sup>63</sup> Cfr. C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, cit., § 25 s.

sistematicamente della traduzione di tutti i ricorsi proposti dalle persone interessate avverso un provvedimento giudiziario emesso nei loro confronti eccederebbe gli obiettivi” perseguiti dall’Unione<sup>64</sup>. Al contempo l’art. 3 § 1 e 3 della direttiva del 2010 prevede una clausola di chiusura, estendendo il diritto alla traduzione a tutti i “documenti” che appaiano “fondamentali” per garantire che gli indagati “siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l’equità del procedimento”. Se ne deve ricavare – ha concluso la Corte di giustizia – la facoltà di allargare lo spettro del diritto in base ad una valutazione caso per caso.

In questo modo la Corte ha statuito uno *standard* eurounitario superiore a quello nazionale, tale da richiedere un adeguamento anche da parte del sistema italiano. Il nostro art. 143 c.p.p., pur non contemplando esplicitamente il diritto alla traduzione in relazione agli atti provenienti dall’imputato, prevede al comma 3 la traduzione gratuita degli atti ritenuti “essenziali” per consentire al medesimo di “conoscere le accuse a suo carico”. Per conformarsi alla sentenza *Covaci*, tale prescrizione potrebbe essere letta estensivamente, come se prescrivesse la traduzione gratuita anche degli atti ritenuti essenziali per permettere la piena esplicazione del diritto di difesa e dell’equità processuale. Tra questi è suscettibile di rientrare pure l’opposizione al decreto penale, la quale rappresenta il solo mezzo fruibile dall’interessato per esercitare le prerogative che derivano dal principio del contraddittorio<sup>65</sup>.

Simile l’approdo della sentenza *Covaci*<sup>66</sup> in rapporto alla portata del diritto all’informazione sull’accusa<sup>67</sup>. Nel caso in esame il decreto penale era stato notificato ai domiciliatari dell’indagato<sup>68</sup>, evento dal quale avevano iniziato a decorrere i termini per la presentazione dell’opposizione secondo quanto previsto dalla legislazione tedesca.

La Corte ha osservato come tale notifica avesse rappresentato la prima occasione per l’indagato di conoscere l’accusa a proprio carico. Ma l’art. 6 § 1 della direttiva del 2012 stabilisce che le informazioni sull’accusa, pur non soggette a forme particolari, dovrebbero essere in grado di assicurare “l’equità del procedimento e l’esercizio effettivo dei diritti della difesa”. I giudici di Lussemburgo ne hanno ricavato la necessità di verificare se la sola notifica ai domiciliatari avesse condotto ad una conoscenza effettiva dell’accusa, permettendo all’indagato di fruire *in toto* del termine per l’impugnazione.

---

<sup>64</sup> Analoga la posizione della Corte europea, la quale ha in più occasioni affermato come il diritto alla traduzione non arrivi a ricomprendere tutte le prove documentali e gli atti contenuti nel fascicolo processuale. V. Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 74.

<sup>65</sup> In alternativa il medesimo risultato sarebbe conseguibile attraverso l’interpretazione conforme dell’art. 242 c.p.p., il quale prevede testualmente la traduzione dei soli “documenti” redatti in lingua diversa dall’italiano (e non degli “atti” del procedimento come l’opposizione al decreto penale): così [M. GIALUZ, Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell’imputato, in questa Rivista](#), 11 novembre 2015, p. 8.

<sup>66</sup> C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, cit., § 52 s.

<sup>67</sup> Regolato dalla direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012.

<sup>68</sup> Più precisamente, tre impiegati della competente corte distrettuale, a cui l’indagato aveva rilasciato una procura con cui li aveva autorizzati a ricevere gli atti giudiziari a lui indirizzati.

È uno *standard* destinato a prevalere sulle norme nazionali che si accontentino di mere presunzioni formali. Un esito a cui non potrebbe sottrarsi il nostro art. 169 c.p.p.<sup>69</sup>, nella parte in cui consente la notifica al difensore qualora l'indagato straniero non avesse eletto domicilio in Italia<sup>70</sup>.

#### 5.4. Il bilanciamento degli standard in base al principio di proporzionalità.

La situazione più problematica è data dalla presenza di norme eurounitarie che, pur parificabili a quelle convenzionali, risultano meno garantistiche di quelle nazionali, e non appaiono sufficientemente precise da poter prevalere in base al criterio enunciato dalla sentenza *Melloni*.

In tali evenienze sarebbe irrealistico pretendere l'integrale conservazione dei connotati degli ordinamenti nazionali<sup>71</sup>. Il pericolo, però, è che la Corte di giustizia svuoti le garanzie processuali nazionali limitandosi ad invocare la formula stereotipata della tutela del "primato, dell'unità e dell'effettività" del diritto dell'Unione. Quale metodo di bilanciamento adottare per ottenere il giusto equilibrio fra questi due estremi?

Non potendo impiegare i classici canoni ermeneutici di tipo deduttivo, imperniati sulle preferenze assiologiche fatte proprie dalle fattispecie legislative nazionali, diviene indispensabile un altro approccio: il bilanciamento va condotto sulla base della capacità delle regole giuridiche di volta in volta applicate di raggiungere gli scopi perseguiti minimizzando il pregiudizio per gli interessi in conflitto<sup>72</sup>.

Esiste un principio chiaramente riconosciuto dall'Unione che legittima questa impostazione: il *principio di proporzionalità*<sup>73</sup> ex art. 52 § 1 CDFUE, ai sensi del quale le limitazioni dei diritti fondamentali, oltre a rispettare il requisito formale della previsione da parte della legge, devono (a) rispondere "effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui", (b) risultare strettamente "necessarie" e (c) rispettare il "contenuto essenziale" dei diritti sacrificati, in modo che il pregiudizio per i medesimi non risulti eccessivo<sup>74</sup>.

La Corte di giustizia non ignora il principio di proporzionalità<sup>75</sup>, il cui impiego non solo è opportuno, ma è giuridicamente imposto dalla Carta. Non sempre, però, i giudici di Lussemburgo ne hanno tratto le dovute conseguenze.

<sup>69</sup> V. M. GIALUZ, *Dalla Corte di giustizia*, cit., p. 9 s.

<sup>70</sup> Una prescrizione ritenuta sufficiente a garantire il diritto di difesa da Corte cost., 23 aprile 1993, n. 225.

<sup>71</sup> Si veda S. RUGGERI, *Procedimento penale*, cit., p. 39 s.

<sup>72</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1191 s.; C. SOTIS, *La mossa del cavallo*, cit., p. 468 s.

<sup>73</sup> Su cui v., fra i molti, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, p. 143 s.; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157 s.; nella letteratura straniera, T.I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden-Boston, 2015.

<sup>74</sup> Si tratta del triplice *test* in cui, tradizionalmente, il principio in questione si snoda. Si rinvia alla ricostruzione di T.I. HARBO, *The Function of Proportionality*, cit., p. 23 s.

<sup>75</sup> Cfr. in particolare C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cit., § 46 s., la quale precisa come ne discenda che gli atti delle istituzioni dell'Unione devono essere "idonei a realizzare gli obiettivi legittimi

Si tratta, più in generale, un principio controverso. Gli si obietta come esso rischi di indebolire i diritti fondamentali. Sottoposti al controllo di proporzionalità, questi ultimi perderebbero il loro *status* di superiorità, venendo posti sullo stesso piano di interessi di natura collettiva quali, nel caso del processo penale, l'efficiente repressione dei reati e il risparmio delle risorse.

Si aggiunge che il principio di proporzionalità è imperniato su valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, avendo la pretesa di misurare le differenze fra l'importanza di beni in realtà non suscettibili di un'esatta quantificazione. Il suo impiego, in questa visione, servirebbe unicamente a fornire una patina di oggettività a scelte di valore che dovrebbero spettare unicamente agli organi legislativi<sup>76</sup>.

Sono critiche che ne colgono i limiti, e consigliano di maneggiarlo con la massima cautela, ma non appaiono sufficienti a suggerirne l'abbandono. A fronte di diritti fondamentali dal contenuto indeterminato come quelli riconosciuti dalle norme eurounitarie, in quale altro modo si potrebbero temperare i valori in gioco?

Pur consentendo di restringere la portata dei diritti fondamentali, il principio di proporzionalità offre dei criteri razionali per evitare che i medesimi siano oggetto di una compressione ingiustificata, comparandoli con i valori confliggenti tramite scale di preferenza non numeriche<sup>77</sup>. Ciò non significa che esso sia in grado di portare a risultati inconfutabili. Nondimeno ha il pregio di conferire la più solida piattaforma assiologica possibile a ciascun bilanciamento, scandendone i momenti costitutivi e rendendo più agevolmente controllabili le valutazioni che ne stanno a fondamento<sup>78</sup>.

## 6. Il dovere di motivare il distacco dai canoni nazionali di proporzione.

Per operare al meglio, il controllo di proporzionalità impone una serie di indagini non suscettibile di essere compiuta in astratto, ma che comporta un'attenta

---

perseguiti dalla normativa di cui trattasi" e non devono superare i "limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi", tenendo conto di fattori quali "il settore interessato, la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima".

<sup>76</sup> Per le critiche in questione si vedano, fra i molti e con varie sfumature, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012, p. 183 s.; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 s.; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Can. Jour. Law Jur.*, 2010, p. 179 s.

<sup>77</sup> Per un'analisi filosofica della questione v. G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 349 s.

<sup>78</sup> Cfr., anche per maggiori approfondimenti, M. KLATT-M. MEISTER, *Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2012, p. 696 s.; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the critics*, *ivi*, p. 719 s.; J. MATHEWS-A. STONE SWEET, *All things in proportion? American rights review and the problem of balancing*, in *Em. Law Journ.*, 2011, p. 105 s.; L.B. TREMBLAY, *An egalitarian defense of proportionality-based balancing*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2014, p. 871 s. Per la dottrina italiana v. G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Rag. pratica*, 2014, p. 543 s. Sia consentito rinviare pure a M. DANIELE, *Testimony Through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, p. 194 s.



considerazione delle peculiarità di ciascun caso concreto<sup>79</sup>. Mutando il *background* storico di riferimento, i bilanciamenti fra i medesimi valori potrebbero originare conclusioni diverse. Indispensabile al riguardo una rigorosa motivazione, capace di identificare e di isolare gli elementi fattuali che hanno orientato le valutazioni e, soprattutto, che hanno condotto a preferire talune modalità di tutela dei diritti fondamentali a scapito di altre.

Una condizione indispensabile a questo fine è che ciascun giudice sia in grado di accedere a tutti i dati conoscitivi necessari. Tale esigenza, meno problematica quando vengono in gioco le norme dell'Unione dotate di una rilevanza meramente interna, diventa più difficile da soddisfare nel contesto della cooperazione giudiziaria. Qui vi è l'ostacolo del mutuo riconoscimento, il quale possiede un difetto di fondo anche nella versione attenuata con cui tende a presentarsi nella legislazione eurounitaria: quello di ridurre al minimo la trasmissione degli apporti informativi fra le autorità giudiziarie dei diversi Stati, ostacolando una compiuta ricostruzione del contesto fattuale che contraddistingue il singolo caso concreto<sup>80</sup>.

Si pensi al già menzionato art. 8 § 1 lett. c della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, che richiede la sola indicazione dell'esistenza di un provvedimento di arresto emesso nei confronti del ricercato. Tale prescrizione – in conflitto con l'art. 5 CEDU<sup>81</sup> – non consente all'autorità di esecuzione di comprendere le ragioni storiche che rendono strettamente necessaria la privazione della libertà.

Lo stesso vale per l'art. 9 § 2 della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, secondo cui l'autorità di esecuzione deve attenersi alle "formalità" e "procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione", salvo che queste risultino in contrasto con i "principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione". L'ambiguità di tale ultimo riferimento assicura all'autorità di esecuzione, indipendentemente dalle peculiarità del caso, un certo margine per adottare modalità di raccolta delle prove che, anche se conformi al proprio diritto, potrebbero integrare *standard* di tutela inferiori a quelli contemplati dal sistema dello Stato di emissione. Basti menzionare l'attuazione del diritto al confronto tramite l'esame incrociato dei testimoni, rinvenibile nel sistema italiano ma non in altri ordinamenti; nonché i divergenti livelli di garanzia previsti dai vari sistemi quanto all'impiego dei mezzi di ricerca della prova che interferiscono con il diritto alla riservatezza (come le perquisizioni personali, le intercettazioni di comunicazioni e le indagini informatiche)<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1194, il quale auspica esiti che, "non insensibili alle circostanze del caso", producano "in concreto una decisione giusta più che garantire un'astratta corrispondenza a modelli normativi".

<sup>80</sup> Del resto nel *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 191-192, i giudici di Lussemburgo sono arrivati ad affermare che il mutuo riconoscimento imporrebbe agli Stati di ritenere, "tranne in circostanze eccezionali", che tutti gli altri Stati rispettino i diritti fondamentali, tendenzialmente precludendo ogni indagine al riguardo. Si vedano le critiche di V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship*, cit., p. 471 s.

<sup>81</sup> Si veda *supra*, § 5.1.

<sup>82</sup> Sia permesso rinviare a [M. DANIELE, \*La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale\*](#), in *questa Rivista*, 20 novembre 2014, p. 13 s. V. anche [R. DEL COCO, \*Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice\*](#), *ivi*, 21 dicembre 2015, p. 18 s.

Si tratta di lacune informative che rendono necessaria un'interpretazione correttiva. Anche in mancanza di un'esplicita indicazione in tal senso, tutte le norme eurounitarie dovrebbero essere lette come se imponessero l'obbligo di motivare la decisione di adottare garanzie processuali inferiori a quelle previste dagli ordinamenti degli Stati coinvolti alla luce del triplice *test* imposto dal principio di proporzionalità, mettendo a disposizione delle competenti autorità giudiziarie gli elementi conoscitivi necessari a questo proposito.

### 6.1. Il buon esempio di Lanigan.

Sulla base di queste considerazioni appare meritevole di apprezzamento la recente sentenza *Lanigan*, relativa ad una persona privata della libertà personale senza che venisse emessa la decisione definitiva di esecuzione del mandato di arresto disposto nei suoi confronti per un periodo di tempo superiore al termine massimo di novanta giorni previsto dall'art. 17 della decisione-quadro del 2002<sup>83</sup>.

La Corte di giustizia ha anzitutto chiarito come – mancando in tale evenienza un esplicito motivo di rifiuto – la scadenza del termine in questione non inibirebbe l'esecuzione del mandato. Più delicata la questione se, una volta decorso il termine, sarebbe consentito mantenere lo *status custodiae*, specie laddove quest'ultimo si fosse già protratto per un tempo rilevante. In situazioni del genere, l'incondizionata messa in libertà del ricercato per la sola scadenza dei termini – come ad esempio previsto dal sistema italiano<sup>84</sup> – rischierebbe di compromettere gli obiettivi dell'Unione. Al contempo l'adozione del criterio opposto – ossia l'automatica prosecuzione della custodia a prescindere dal rispetto dei termini – si tradurrebbe in una compressione eccessiva del diritto alla libertà personale.

Opportunamente la Corte non ha adottato né l'una né l'altra soluzione ma, ispirandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'extradizione (art. 5 § 1 lett. f CEDU)<sup>85</sup>, e in perfetta aderenza alla logica della proporzionalità, ha imposto un dovere di valutazione caso per caso. L'autorità di esecuzione – si legge in *Lanigan* – potrebbe mantenere la custodia solo qualora il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto fosse stato condotto con "sufficiente diligenza" e, pertanto, la durata della detenzione non fosse risultata irragionevole. A questo fine si dovrebbe tenere conto della gravità del reato, dell'eventuale inerzia delle autorità nazionali e del contributo del ricercato alla durata della custodia, nonché dell'esistenza di un pericolo di fuga<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Cfr. C. giust. UE, 16 luglio 2015, *Francis Lanigan*, C-237/15, § 26 s.

<sup>84</sup> Si allude all'art. 21 della l. n. 69 del 2005, ai sensi del quale "la persona ricercata è posta immediatamente in libertà" se la decisione sull'esecuzione del mandato non interviene nei termini previsti. V. sul punto Cass., sez. VI, 4 novembre 2014, n. 46165.

<sup>85</sup> V. Corte EDU, 24 marzo 2015, *Gallardo Sanchez c. Italia*, § 40.

<sup>86</sup> Una diagnosi di irragionevolezza parrebbe formulabile nel caso in questione, se si considera la durata straordinariamente lunga della detenzione (ben due anni), e il pregiudizio per l'obiettivo di rapidità

## 6.2. Il cattivo esempio di Taricco.

Non giustifica in modo adeguato il distacco dagli *standard* nazionali, per converso, la sentenza *Taricco*, riguardante la previsione *ex artt.* 160 e 161 c.p. di termini massimi di prescrizione pur in presenza di atti interruttivi della medesima<sup>87</sup>.

*Taricco* ha conferito ai giudici italiani la possibilità di disapplicare i termini in questione sulla base dell'art. 325 § 1 e 2 TFUE, il quale prevede l'obbligo di reprimere gli illeciti che ledono gli interessi finanziari eurounitari mediante misure "dissuasive" e "tali da permettere una protezione efficace". A questo fine – ha precisato la Corte di giustizia – spetterebbe alla giurisprudenza verificare se la normativa nazionale impedisca di "infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell'Unione"<sup>88</sup>.

Si è exceptio che la sentenza *Taricco*, concedendo alla giurisprudenza il potere di determinare la durata dei termini di prescrizione, si troverebbe in contrasto con il principio di legalità e con il divieto di retroattività della legge penale<sup>89</sup>. Di qui la sollecitazione alla Corte costituzionale affinché attivi il contro-limite rinvenibile nell'art. 25 comma 2 Cost.<sup>90</sup>.

Tuttavia la Corte di giustizia, analogamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>91</sup> e a differenza della nostra Corte costituzionale<sup>92</sup>, conferisce alle norme sulla prescrizione una natura strettamente processuale. La riduzione dei termini di prescrizione previsti al momento della commissione del fatto – hanno affermato i giudici europei – non determinerebbe una variazione *ex post* delle condotte penalmente rilevanti e delle conseguenti sanzioni da irrogare<sup>93</sup>.

---

perseguito dalla stessa decisione-quadro sul mandato di arresto europeo che ne è conseguito: v. L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 522 s.

<sup>87</sup> Cfr. C. giust. UE, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco*, C-105/14, § 34 s.

<sup>88</sup> Nonchè accertare se il diritto nazionale preveda per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari del singolo Stato termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi a rilevanza eurounitaria.

<sup>89</sup> Cfr. O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1554 s.; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 49 s.

<sup>90</sup> Si veda App. Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, con commento di [F. VIGANÒ, Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'](#), in *questa Rivista*, 21 settembre 2015, la quale ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130 (con cui è stata ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del TFUE) nella parte in cui impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 § 1 e 2 TFUE nell'interpretazione fornita dalla sentenza *Taricco*.

<sup>91</sup> Cfr. Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, § 149 s.

<sup>92</sup> V. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 324.

<sup>93</sup> Cfr. C. giust. UE, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco*, cit., 54 s. Nello stesso senso [F. VIGANÒ, Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia](#), in *questa Rivista*, 14 settembre 2015, p. 9 s.

Anche accogliendo questo assunto, le conclusioni della Corte di giustizia comunque non sarebbero condivisibili. Il principio di legalità investe non solo le norme sostanziali, ma pure le norme processuali<sup>94</sup>, come si evince dall'art. 111 comma 1 Cost.<sup>95</sup> e pure dal *case-law* di Strasburgo<sup>96</sup>. Esso non esclude che le norme processuali trovino le loro fonti al di fuori della legislazione nazionale, ed in particolare nel diritto dell'Unione. Ma dovrebbe trattarsi di norme sufficientemente precise da consentire agli accusati di riporre un ragionevole affidamento sul loro esito applicativo.

Così come interpretato dalla sentenza *Taricco*, l'art. 325 TFUE non sembra rispondere a questa caratteristica, per la ragione che postula un allungamento dei termini di prescrizione basato su un accertamento giurisprudenziale del tutto evanescente. A quali condizioni la durata della prescrizione determinerebbe sanzioni non "effettive" e "dissuasive" in un "numero considerevole di casi"? Le risposte al quesito potrebbero essere le più diverse, tutto dipendendo dai criteri di valutazione ritenuti preferibili<sup>97</sup>.

Ciò non significa che la disciplina italiana della prescrizione sia da considerare assolutamente impermeabile alle indicazioni che discendono dall'art. 325 TFUE. Ma il principio di proporzionalità ne consentirebbe la disapplicazione solo a condizione che l'accertamento da parte del giudice sull'efficacia della repressione degli illeciti finanziari fosse meglio circostanziato.

A questo fine esso dovrebbe essere arricchito perlomeno da un'ulteriore valutazione: la verifica del rispetto del diritto alla ragionevole durata del processo, in rapporto al quale la prescrizione svolge una funzione servente<sup>98</sup>. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha da tempo focalizzato il criterio impiegabile per diagnosticarne le violazioni: il grado di complessità del procedimento, da considerare non isolatamente ma in rapporto alla condotta tanto dell'accusato quanto delle autorità giudiziarie<sup>99</sup>. Ne deriva che, in line di massima, l'allungamento dei termini di prescrizione ad opera del giudice in forza dell'art. 325 TFUE potrebbe essere consentito nelle ipotesi in cui la lunghezza del procedimento risultasse addebitabile a specifici comportamenti ostruzionistici della difesa concretamente accertati. Non invece quando la medesima fosse ricollegabile all'inerzia delle autorità giudiziarie o all'esercizio delle prerogative difensive che la legge conferisce all'accusato.

---

<sup>94</sup> Cfr. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 371 s.

<sup>95</sup> Il quale richiede che anche il processo sia "regolato dalla legge".

<sup>96</sup> Così sempre Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme*, cit., § 102 s.

<sup>97</sup> Si vedano O. MAZZA, *Il sasso nello stagno*, cit., p. 1553 s.; S. MARCOLINI, *La prescrizione*, cit., p. 370 s.

<sup>98</sup> Cfr. O. MAZZA, *Il sasso nello stagno*, cit., p. 1560 s.; G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 9 s.

<sup>99</sup> Cfr. Corte EDU, 11 giugno 2015, *Tychko c. Russia*, § 65 s.

## 7. La triangolazione in sintesi.

Ripercorriamo sinteticamente le conclusioni raggiunte nel presente lavoro. Il principio di equivalenza previsto dagli artt. 53 CDFUE e 53 CEDU impone una triangolazione delle modalità di tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie processuali previste a livello eurounitario, convenzionale e nazionale. Al riguardo il diritto dell'Unione legittima l'impiego di almeno quattro tecniche operative:

I) gli *standard* convenzionali devono sempre prevalere sugli *standard* eurounitari e, ovviamente, nazionali (art. 52 § 3 CDFUE);

II) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali e sufficientemente precisi da integrare vere e proprie fattispecie devono prevalere sugli *standard* nazionali;

III) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali devono prevalere sugli *standard* nazionali meno garantistici;

IV) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali, ma inferiori agli *standard* nazionali, potrebbero prevalere su questi ultimi solo alle condizioni imposte dal principio di proporzionalità *ex art.* 52 § 1 CDFUE.

L'ultimo di questi criteri esige, in particolare, che i giudici chiamati ad applicare il diritto dell'Unione motivino le loro valutazioni, in modo da chiarire le ragioni per cui, nel singolo caso concreto, gli obiettivi eurounitari non sarebbero raggiunti al prezzo di una inutile o, comunque, sproporzionata violazione dei diritti fondamentali. Solo dimostrando di conferire il giusto peso alle garanzie processuali il sistema dell'Unione otterrà la credibilità necessaria per fronteggiare le sfide sempre più insidiose lanciate dalla criminalità transnazionale.