

Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?

Nota a OLG Stuttgart, Beschl. v. 25.2.2010 – 1 Ausl (24) 1246/09

Sommario

1. IL FATTO E LA DECISIONE. – 2. IL PROBLEMA DEI CC.DD. MANDATI DI ARRESTO “SPROPORZIONATI”: UNA POSSIBILE SOLUZIONE RIMESSA ALLO STATO DI ESECUZIONE? – 3. PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E MANDATO DI CATTURA NAZIONALE: ORDINAMENTO ITALIANO E TEDESCO PIÙ VICINI. – 4. RECENTI SVILUPPI E CONCLUSIONI.

1

IL FATTO E LA DECISIONE

La pronuncia di cui si dà notizia è una decisione dell'*Oberlandesgericht Stuttgart* (*Higher Regional Court Stuttgart*), autorità giudiziaria che, negli ultimi anni, lo si ricorderà, si è segnalata a livello europeo per avere sollevato alcune importanti questioni pregiudiziali in tema di mandato d'arresto europeo¹, su cui la Corte di giustizia si è pronunciata con la nota sentenza *Kozłowski*², ricca di implicazioni anche per il nostro ordinamento³.

Con il provvedimento in epigrafe, il medesimo Tribunale viene a riproporsi sulla scena sovranazionale, con modalità ed in relazione a vicenda affatto differenti, autorevolmente risolvendo, perlomeno in prospettiva tedesca, un profilo problematico di eccezionale attualità, ovvero sia quello, diremo in linea di prima approssimazione, della eventuale sproporzione di un mandato d'arresto europeo⁴.

1. Le questioni pregiudiziali, sollevate nell'occasione dal Tribunale Superiore di Stoccarda, riguardavano le condizioni in presenza delle quali una persona possa dirsi risiedere e/o avere la propria dimora in uno Stato membro ai sensi e per gli effetti della Decisione quadro sul MAE e vertevano, in particolare, sulla possibilità o meno: 1) di considerare che una persona “risieda” o “dimori” in uno Stato membro, ai sensi dell'art. 4, punto 6, della predetta Decisione quadro, se tale persona: a) non dimora ininterrottamente nello Stato membro in questione; b) dimora in tale Stato senza rispettare le norme in materia di soggiorno degli stranieri; c) è ivi dedita alla commissione di reati in forma professionale, e/o d) si trova ivi reclusa a seguito di condanna penale; 2) di dare un'interpretazione del citato art. 4, punto 6, nel senso che l'estradizione di propri cittadini contro la propria volontà sia sempre inammissibile mentre possa essere autorizzata quella di cittadini di altri Stati membri anche senza il loro consenso.

2. Cfr. Corte giust. CE (Grande Sezione), 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*, in *Cass. pen.*, n. 11/2008, 4399 ss., con osservazioni di E. SELVAGGI, *Aporie nel m.a.e.: quale base giuridica per il trasferimento dell'esecuzione della pena nel caso del cittadino?*

3. La sentenza *Kozłowski* è stata infatti valorizzata dalla Corte costituzionale in sede di dichiarazione di illegittimità, per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., dell'art. 18, co. 1, lett. r), della legge italiana di attuazione della Decisione quadro sul MAE, limitatamente alla parte in cui non prevede il rifiuto di consegna (anche) del cittadino di un altro Paese membro dell'UE, che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno: cfr. Corte cost., 12 maggio-21 giugno 2010, n. 227, in cui, a prescindere dagli specifici profili attinenti al MAE, si evidenziano considerazioni degne di nota (anche, ma non solo) in tema di limiti circa l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, a cui, nel caso di specie, secondo la Consulta, sarebbe stata ostativa «la chiara ed univoca lettera del citato art. 18, comma 1, lettera r), e la sua comparazione con l'art. 19, comma 1, lettera c), della legge n. 69 del 2005» che «non permetterebbero una interpretazione diversa e meno restrittiva di quella offerta nella sentenza impugnata». Sulla pronuncia, cfr., per esempio, S. MELONI, *L'insostenibile disparità di trattamento tra cittadini e stranieri residenti*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2011, 191 ss.; F. FONTANELLI, *Il mandato di arresto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2011, 47 ss.; si vedano, inoltre, in diversa chiave prospettica, le riflessioni di E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. intern.*, n. 1/2011, 79 ss. In generale, sulla problematica affrontata dalla Corte nella menzionata sentenza, cfr. L. PULITO, *Destatualizzazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/2010, 891 ss.; e da ultimo, G. COLAIACOVO, *La consegna del cittadino e del residente nella giurisprudenza interna e sovranazionale*, ivi, n. 7/2012, 889 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Sul tema merita inoltre segnalare la recentissima sentenza della Corte giust. CE (Grande Sezione), 5 settembre 2012, C-42/11, *Da Silva Jorge*, con cui si è affermato, una volta di più, che uno Stato membro non può riservare soltanto ai propri cittadini il beneficio della non esecuzione di un mandato d'arresto europeo al fine di procedere all'esecuzione nel suo territorio di una pena detentiva irrogata in un altro Stato membro.

4. Per quanto riguarda i contributi più recenti sull'istituto del mandato d'arresto europeo, per lo più concernenti gli sviluppi giurisprudenziali avuti negli ultimi anni in Italia, si segnalano, in particolare, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo. Profili processuali*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Treccani, 2012, 789 ss.; Id., *Primi orientamenti della Corte di giustizia sul mandato d'arresto europeo: verso una nomofilachia «euorunitaria»?*, in *Dir.*

Prima di dare conto, tuttavia, della questione nei suoi termini generali e di soffermarsi sui passaggi più rilevanti della decisione, merita dare conto del fatto in riferimento al quale essa è stata adottata e dei suoi contenuti.

Il caso oggetto della pronuncia della Corte di Stoccarda⁵, dunque, è quello di un cittadino liberiano che, al momento della pronuncia in commento, stava scontando, in terra tedesca, una pena detentiva a carattere sostitutivo per non aver pagato delle sanzioni pecuniarie di natura penale a cui era stato in precedenza condannato, e a carico del quale, nel 2009, le Autorità spagnole emettono un mandato d'arresto europeo a fini cautelari.

Nel settembre dell'anno prima, infatti, il soggetto era stato sorpreso a vendere, in Spagna, una bustina di 0.199 gr. di cocaina (purezza 51.13%) e, di conseguenza, chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 368 del c.p. spagnolo, che contempla una pena detentiva dai tre ai nove anni, indipendentemente dalla quantità di droga oggetto della condotta⁶; nello specifico, il pubblico ministero iberico risultava orientato a chiedere una condanna a quattro anni.

In sede di esecuzione del predetto mandato d'arresto europeo ad opera delle competenti Autorità tedesche – in Germania, appunto, il liberiano si trovava detenuto per altra causa –, emergeva nondimeno un dubbio sulla proporzionalità dello stesso, dubbio che, sebbene fugato nel caso di specie da parte della *Oberlandesgericht Stuttgart*⁷, offre il destro alla Corte per considerazioni e conclusioni di sicuro interesse, in particolare in punto di non eseguibilità di un M.A.E. laddove se ne accerti il carattere sproporzionato.

Ad opinione della Corte tedesca, infatti, una persona non potrebbe essere estradata se l'extradizione violasse i diritti e principi fondamentali sanciti dall'art. 6 del TUE, che, come è noto, tanto nella precedente quanto nell'attuale versione, seguita all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si riferisce ai diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e così come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri,

pen. proc., n. 8/2011, 1021 ss.; R. CALÒ, In claris non fit interpretatio? Una pronuncia della Cassazione sul mandato d'arresto europeo, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2011, 711 ss.; V. MAIELLO, La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2011, 112 ss.; Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, *Orientamento di giurisprudenza. Rapporti giurisdizionali con Autorità Straniere-Mandato arresto europeo (M.A.E.)-Legge n. 69 del 2005*, Rel. n. 28/08 sexies, su www.cortedicassazione.it; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, 2010; M. MENNA, *Il mandato d'arresto europeo tra conflitti di sistemi normativi e valutazioni casistiche*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2010, 249 ss.; S. RICCI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Dig. Pen.*, Agg., V, Torino, 2010, 527 ss.; AA.VV., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Jovene, Napoli, 2007. Quanto a contributi in lingua inglese, si veda, ad esempio, E. GUILD-L. MARIN (eds.), *Still not Resolved? Constitutional Issues of the European Arrest Warrant*, Wolf, Nijmegen, 2009; M. JIMENO BULNES, *The application of the European Arrest Warrant in the European Union: a general assessment*, in C. FIJNAUT Y J. OUWERKERK (eds.), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff, Publishers, Leiden/Boston, 2010, 285 ss.; M. FICHERA, *The Implementation of the European Arrest Warrant in the European Union: law, policy and practice*, Intersentia, 2011; S. O. BARBOLLA, *The European Arrest in Law and Practice*, in AA.VV., *Liberty and security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, a cura di S. RUGGERI, V&R Unipress [u.a.], Göttingen, 2012, 47 ss.

5. È possibile leggere la sentenza in lingua originale su *NJW*, 22/2010, 1617 ss.; su *StV*, 5/2010, 262 ss.; in lingua inglese, nella traduzione del Prof. Joachim Vogel, membro della stessa Corte di Stoccarda ed estensore della pronuncia, su *New Journal of European Criminal Law*, n. 2/2010, 146 ss., con nota introduttiva di K. WEIS (*Introduction to the ruling of the Higher Regional Court of Stuttgart of 25 February 2010 – The proportionality of a European Arrest Warrant*) e su *Criminal Law Review*, n. 6/2010, 474 ss. Per un commento alla decisione, cfr. J.R. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant/Comment*, *ivi*, 480 ss.; P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La Orden europea de detención y entrega y el principio de proporcionalidad de las penas. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Stuttgart, de 25 de febrero de 2010 (asunto número 1246/09)*, in *Revista general de Derecho Penal*, n. 13 mayo 2010, su www.iustel.com.

6. L'art. 368 del codice penale spagnolo, differenziando il trattamento sanzionatorio a seconda della tipologia della condotta incriminata, nel caso di specie cocaina, recita, infatti, che: «*Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos*». Sul punto, nondimeno, risulta interessante notare quanto affermato dai giudici di Stoccarda, secondo cui: «Dato che il regolare abuso di cocaina causa grave danno alla salute, la Corte accetta che le Autorità spagnole abbiano deciso di applicare l'art. 368 c.p. ancorché sia dubbio che la dose in discorso possa causare un tale danno» (trad. nostra).

7. «Nella gerarchia 'quadri-livello', che connota l'ordinamento giudiziario tedesco (Suprema Corte federale-Superiori Corti regionali-Corti distrettuali-Corti locali), le Superiori Corti regionali si situano al secondo livello; esse sono più o meno le Corti supreme dei *Länder* tedeschi. I casi di estradizione sono loro assegnati in via esclusiva. Di conseguenza, la Superiore Corte regionale di Stoccarda è una delle Superiori Corti regionali tedesche che decidono sui casi di estradizione» (trad. nostra): così il Prof. Vogel, nella nota esplicativa pubblicata in testa alla pronuncia, in traduzione inglese, su *Criminal Law Review*, cit., 474, nella quale si afferma anche che: «Riteniamo che la nostra decisione rappresenti di certo un precedente in Germania ma forse anche in Europa. Alla fine, sarà naturalmente la Corte europea di giustizia ad avere l'ultima parola. Nondimeno, vorremmo sollecitare una discussione e spronare altresì ad un approccio più cauto e più orientato ai diritti umani in relazione al mutuo riconoscimento ed ai mandati di arresto europei» (trad. nostra).

statuendo che essi fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Tra di essi, è il principio di proporzionalità dei delitti e delle pene, ascrivibile a pieno titolo alle tradizioni comuni agli Stati membri e, pertanto, principio generale del diritto dell'Unione.

L'art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che, a sua volta, statuisce che «la severità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato», contemplerebbe dunque un diritto umano generalmente riconosciuto nell'Unione, circostanza, che, a dire della Corte, renderebbe la disposizione sostanzialmente applicabile in tutta l'Unione indipendentemente dal fatto che la Carta, come tale, sia entrata in vigore il 1° dicembre 2009.

Per le esposte ragioni, si legge nella sentenza, l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo non potrà non osservare il principio di proporzionalità.

I giudici tedeschi forniscono così le direttive alla luce delle quali condurre il *test* di proporzionalità, ai fini della verifica del rispetto, da parte di un mandato europeo, del principio di proporzionalità di cui, da ultimo, al menzionato art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, recuperando, a tal uopo, la giurisprudenza formata alla luce del prevalente sistema estradizionale. Ad opinione dei giudici tedeschi, in materia di estradizione basata su di un mandato d'arresto europeo, infatti, il (per quanto detto, doveroso) *test* di proporzionalità dovrebbe essere declinato in maniera analoga, tenendo conto di tutti gli aspetti del caso in oggetto.

Secondo la richiamata giurisprudenza, l'extradizione sarebbe (stata) ancora ammissibile se la condanna richiesta dallo Stato di emissione fosse (stata) giudicata «veramente severa» o «troppo severa secondo la sensibilità giuridica tedesca». Viceversa, l'extradizione sarebbe (stata) inammissibile laddove la pena fosse risultata «severa in modo intollerabile» o «certamente sproporzionata» od anche «in alcun modo giustificabile».

Ciò premesso, il caso del liberiano viene nondimeno giudicato dalla Corte diverso da quelli oggetto di esemplificazione⁸, tanto che essa si ritiene non dissuasa che quattro anni di reclusione – secondo quanto prospettato dal pubblico ministero spagnolo – risulterebbero una condanna “intollerabilmente” severa per l'uomo.

Da un lato, infatti, si ammette che il quantitativo di stupefacente sia veramente poco significativo: alla luce dell'ordinamento spagnolo, esso supererebbe a mala pena la quantità minima richiesta dalla più recente giurisprudenza del *Tribunal Supremo* perché possa reputarsi offensiva la condotta tipica di cui all'art. 368 c.p. (l'antigiuridicità materiale della stessa)⁹, mentre, alla luce dell'ordinamento tedesco, potrebbe integrare tanto gli estremi della piccola quantità ai sensi e per gli effetti del § 29(5) *BtMG* (*Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln – Betäubungsmittelgesetz*, ovvero sia la legge tedesca in materia di stupefacenti) quanto non essere classificata come una insignificante quantità ai sensi e per gli effetti del successivo § 29a(1) No. 2 *BtMG*.

Dall'altro lato, viene valorizzato un ventaglio di argomenti, che nella valutazione della Corte, risulteranno decisivi per l'esclusione della violazione del principio di proporzionalità. Si tratta, in particolare, della constatazione per cui il traffico di (ancorché)

8. Nella sentenza si legge che «A fronte di una verifica del tipo di quella poc'anzi indicata, le Corti tedesche hanno rifiutato di estradare una persona in un caso in cui il soggetto richiesto aveva venduto 0,05 gr. di una mistura di eroina-cocaina e lo Stato richiedente domandava una pena detentiva di dieci anni o più, ed in un caso in cui la persona richiesta aveva trasportato 0,05 gr. di eroina a fini di consumo personale e lo Stato richiedente domandava una pena detentiva di tre anni e quattro mesi senza riguardo alcuno al fatto che la persona in questione avesse confessato e contribuito all'indagine in qualità di collaboratore di giustizia/testimone dell'accusa» (trad. nostra).

9. «*Algunas de las ultimas sentencias de la Sala Segunda han puesto el acento en el llamado «principio de insignificancia», es decir, atienden a la cantidad y la pureza de la sustancia para considerar que tienen aptitud para dānar la salud publicad. Así las sentencias 901/2003, de 21 de junio [LA LEY JURIS 1432041/2003], y 1743/2003, de 22 diciembre [LA LEY JURIS 440/2004], que consideran que una papelina de heroína de 0,006 gramos con una pureza del 35,84%, es una cantidad insignificante incapaz de producir efecto nocivo en la salud. La sentencia 719/2003, de 25 junio [LA LEY JURIS 13297/2003] afirma que cuando la droga aprehendida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo en la salud, la acción carece de antijuridicidad penal aunque aparezca enmarcada en una acción de tráfico y cit alas sentencias que expresan la evolución jurisprudencial en tal sentido...» : così L. RODRIGUEZ RAMOS-P. COLINA OQUENDO, *Código penal comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2 ed., 2007, 841. Per ulteriori e più recenti riferimenti giurisprudenziali, cfr. L. RODRIGUEZ RAMOS-A. MARTINEZ GUERRA, *Código penal comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 3 ed., 2009, 1129 ss.*

piccole quantità non costituisce solitamente, così come ai sensi della stessa legge tedesca, oggetto di un più favorevole trattamento sanzionatorio, essendolo, semmai, le condotte di possesso e consumo di piccoli quantitativi¹⁰; dei precedenti penali del soggetto; della configurabilità di un probabile caso di recidiva specifica, tutto da accertare, ma che avrebbe potuto costituire un'aggravante ai sensi della legge spagnola; della non ricorrenza, nel caso di specie, di circostanze attenuanti, come, per esempio, la collaborazione dell'imputato con le Autorità; del fatto che, in Spagna, condanne a pene detentive fino a sei anni nei confronti di persone che non vi risiedono legalmente non sono in genere eseguite ma vengono sostituite con l'espulsione; della pendenza di un procedimento – che con ogni probabilità avrebbe avuto termine per il tempo della eventuale pronuncia di condanna – inteso ad emendare l'art. 368 del c.p. spagnolo nel senso di accordare rilievo attenuante agli eventuali piccoli quantitativi di stupefacente oggetto della condotta¹¹.

Da ultimo, si considera la guarentigia rappresentata dal principio di specialità, che avrebbe precluso alle Autorità spagnole di perseguire il liberiano, salvo che egli non prestasse il proprio consenso, per i reati di droga diversi da quelli a cui fa riferimento il mandato e commessi in precedenza; si menziona, ancora, il considerevole rischio che il soggetto potesse darsi alla fuga in assenza dell'emissione dell'euromandato.

Ma se un mandato d'arresto europeo deve rispettare il principio di proporzionalità dei delitti e delle pene, che è parte integrante del diritto dell'UE, potendosi delineare, in caso contrario, un motivo di non esecuzione del mandato medesimo¹², non è meno vero, secondo la Corte, che, a livello nazionale, è lo stesso ordine d'arresto, da emettere ad opera delle Autorità dello Stato di esecuzione a fini "estradizionali", che dovrà conformarsi al principio di proporzionalità dei delitti e delle pene, così come consacrato nella Costituzione tedesca.

L'ordine d'arresto emesso dalle Autorità tedesche al fine di dare esecuzione ad un MAE, infatti, rimane comunque «un atto sovrano di un'Autorità statale tedesca», e, come tale, dovrà conformarsi non solo ai §§ 15 e ss. dell'IRG (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Internationale Rechtshilfe Gesetz*, ovverosia la legge tedesca sull'assistenza giudiziaria internazionale in materia penale)¹³, ma, prima ancora, alle previsioni della Carta costituzionale tedesca.

La Corte sottolinea come il sindacato di proporzionalità di un mandato d'arresto "nazionale", pure emesso a fini estradizionali, non debba confondersi con il sindacato

10. Cfr., per l'appunto, il § 29(5) *BtMG*.

11. Non può non sottolinearsi come quest'ultimo argomento appaia, per alcuni versi, in antitesi con la valorizzazione della circostanza, immediatamente prima sottolineata dalla Corte, per cui le condotte di spaccio di piccoli quantitativi non costituiscono, generalmente, una "circostanza" attenuante. Peraltro, l'art. 368 del codice penale spagnolo è stato poi effettivamente modificato, con la legge LO 5/2010, del giugno 2010, a mezzo dell'inserzione di un secondo comma che prevede che: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370». La nuova versione dell'art. 368 c.p. è entrata in vigore alla fine del mese di dicembre 2010.

12. «L'art. 49, co. 3, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (principio di proporzionalità dei reati e delle pene) rappresenta un motivo di non esecuzione di un mandato d'arresto europeo se la pena richiesta dallo Stato membro emittente è intollerabilmente severa» (trad. nostra): così la Corte tedesca nel sintetizzare una dei due *key findings* a cui è giunta nella pronuncia in esame.

13. Come è noto, l'VIII titolo dell'IRG era stato modificato nel 2004 dall'*Europäisches Haftbefehlsgesetz*, la legge tedesca di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, poi annullata, nel 2005, dal *Bundesverfassungsgericht* con l'articolata sentenza relativa al caso *Darkanzali* (2BvR 2236/04), su cui cfr., per tutti, H. SATZGER-T. POHL, *The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant: 'Cryptic Signals' from Karlsruhe*, in *Journal of International Criminal Justice*, n. 4/2006, 686 ss.; J.P. PIERINI, *Il mandato di arresto europeo alla prova del Bundesverfassungsgericht tedesco: «schiaccio» all'Europa per cura negligente dei diritti del nazionale da parte del legislatore?*, in *Cass. pen.*, n. 1/2006, pp. 237 ss.; A. DI MARTINO, *La sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco sul mandato d'arresto europeo*, in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/estero/arresto_germania/index.html.

Il 2 agosto 2006 è poi entrata in vigore la *Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG)*, la nuova legge di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri della UE, con cui viene peraltro confermata la scelta di provvedere al recepimento della citata normativa di terzo pilastro a mezzo di una modifica delle disposizioni sulla cooperazione internazionale in materia penale (nuovamente incise nell'ottobre del 2010 al fine di dare attuazione alla Decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie).

di proporzionalità avente ad oggetto il mandato d'arresto europeo proveniente dalle Autorità dello Stato emittente.

Il primo sarebbe un sindacato avente ad oggetto un atto domestico ed assumerebbe a punto di fuga l'ordinamento interno, massimamente la Costituzione ed il principio di proporzionalità, parte integrante del principio di legalità, così come previsto dalla Carta fondamentale ed interpretato dagli stessi giudici costituzionali tedeschi.

Il secondo, al contrario, avrebbe ad oggetto un atto "europeo" e sarebbe declinato alla luce dell'ordinamento dell'UE, che, come si è visto, annovera tra i suoi principi generali quello di proporzionalità dei delitti e delle pene.

Rimarcata la suesposta differenziazione, la Corte fa seguire la griglia dei criteri a cui dovrebbe essere informato il *proportionality check* avente ad oggetto l'ordine di arresto "interno", che, a dire dei giudici di Stoccarda, dovrebbe includere, per lo meno, i seguenti aspetti dello specifico caso: il diritto alla libertà ed alla sicurezza della persona richiesta; i costi e sforzi connessi al procedimento di estradizione incluso l'arresto a fini estradizionali; il significato dell'addebito; la severità della possibile condanna; l'esistenza o meno di ragionevoli alternative per lo Stato membro emittente, del cui interesse a perseguire il soggetto, si precisa, si dovrà tenere conto nei limiti di cui all'art. 1(3) della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo ed al § 73, secondo periodo, dell'IRG. In particolare, l'ordine (nazionale) d'arresto a scopi estradizionali potrebbe risultare sproporzionato laddove gli addebiti si riferiscano a fatti di scarsa rilevanza e le previste sanzioni siano sproporzionate per l'arresto e l'extradizione tanto per la persona richiesta quanto per lo Stato membro di esecuzione.

Alla luce di tale ventaglio di criteri, tuttavia, l'ordine d'arresto nel caso di specie, non sarebbe stato, secondo la Corte tedesca, sproporzionato.

Avendo riguardo al diritto alla libertà e sicurezza del soggetto, i giudici di Stoccarda fanno notare come il soggetto si trovasse, all'epoca della pronuncia, in stato di detenzione e che vi sarebbe rimasto sino a quando non si fosse deciso sul merito dell'extradizione: ragione per la quale l'arresto a scopi estradizionali non avrebbe rappresentato un ulteriore carico per il soggetto, già in stato di privazione della libertà personale. Si ritiene, poi, che costi e sforzi del procedimento di estradizione avrebbero potuto essere mantenuti in limiti ragionevoli; che i fatti contestati non fossero qualificabili come fatti di scarso rilievo; che la pena a cui il soggetto poteva essere condannato sarebbe potuta essere rilevante. Unitamente a tali elementi, si considera l'interesse a perseguire da parte delle Autorità spagnole e l'inesistenza di ragionevoli alternative per queste ultime. I giudici di *Stuttgart* giudicano, infatti, nell'occasione, che, con ogni probabilità, formali citazioni in giudizio sarebbero risultate non sufficienti ad assicurare la presenza al processo del liberiano, processo che in Spagna, si ricorda, non potrebbe aver luogo *in absentia* dell'imputato, e, di conseguenza, inidonee ad assicurare l'esecuzione dell'eventuale condanna a pena detentiva.

A tale ultimo riguardo, peraltro, i giudici tedeschi non mancano di sottolineare come scopo fondamentale della più gran parte dei mandati d'arresto europei emessi in riferimento ad ipotesi fattuali di scarso rilievo sia, in effetti, quello di garantire la presenza della persona richiesta di fronte alle Corti dello Stato membro emittente, in specie quando l'ordinamento di detto Stato non consenta di procedere *in absentia* dell'imputato. Risultato che, tuttavia, ad opinione dei giudici tedeschi, potrebbe essere conseguito attraverso meno dispendiosi mezzi, segnatamente quelli della mutua assistenza giudiziaria¹⁴.

14. In merito, la Corte peraltro aggiunge che «Dal punto di vista politico, è deprecabile che, ad ora, non vi sia una vera e propria "citazione europea"; ad ogni modo tale lacuna non può essere colmata semplicemente a mezzo dell'emissione di mandati d'arresto europei» (trad. nostra).

2

IL PROBLEMA DEI CC.DD. MANDATI D'ARRESTO EUROPEO "SPROPORZIONATI": UNA POSSIBILE SOLUZIONE RIMESSA ALLO STATO DI ESECUZIONE?

La pronuncia della Corte di Stoccarda merita senz'altro attenzione.

Essa, come già si è avuto modo di anticipare, prende le mosse da una questione eminentemente pratica, di evidente rilevanza, vale a dire quella rappresentata dai cc.dd. mandati di arresto europei "sproporzionati", emessi cioè in riferimento a fatti di reato in definitiva di scarsissima rilevanza¹⁵.

La problematicità della vicenda è immediatamente apprezzabile laddove si consideri che essa rischia di inficiare il meccanismo estradizionale di nuovo conio, incardinato sulla *mutual recognition*, a motivo della non trascurabile quantità di mandati emessi in relazione a "trivial cases"¹⁶. Circostanza, quest'ultima, denunciata con forza anche dai *media* ed oggetto di attenzione, in particolare, nel Regno Unito¹⁷.

Quanto detto trova conferma nel fatto che una delle criticità rilevate in sede europea sul versante della implementazione della normativa sovranazionale sul mandato d'arresto europeo ed oggetto di consonanti valutazioni negative e persino di proposte emendative della stessa Decisione quadro¹⁸, è stata e continua ad essere rappresentata proprio dall'assenza di un obbligo (quantomeno esplicito), a carico dello Stato di volta in volta emittente un mandato d'arresto europeo, di verificarne preliminarmente la proporzionalità.

Sul punto, d'altronde, e per restare, almeno in prima battuta, alle determinazioni precedenti alla stessa decisione in commento, la relazione finale sul quarto ciclo di valutazioni reciproche riguardanti il mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri dell'UE¹⁹, rappresentava appunto, sottolineandola, la diversità di approcci alla questione del "proportionality check"²⁰, a cui faceva seguito una specifica raccomandazione, declinata sulla duplice esigenza di introdurre il requisito della proporzionalità ai fini dell'emissione di un mandato d'arresto europeo e di propiziare sul punto soluzioni omogenee nei diversi Stati membri²¹. E nella direzione da ultimo segnalata sarebbero andate le successive proposte di cui alle "Conclusioni del Consiglio sul seguito dato alle raccomandazioni contenute nella relazione finale sul quarto ciclo di valutazioni reciproche riguardanti il mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri dell'UE"²².

15. Cfr. *Final Report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States*, Doc. 8302/4/09, REV. 4, May 28, 2009, 13 e ss.

16. In tal senso e sulla cennata problematica, cfr., tra i contributi più recenti, quello di K. WEIS, *The European arrest warrant. A victim of its own success?*, in *New Journal of European Criminal Law*, no. 2/2011, 124 ss.

17. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, A. HIRSCH, *Door thief, piglet rustler, pudding snatcher: British courts despair at extradition requests*, *The Guardian*, 28 October 2008. Per gli ultimi sviluppi che vedono protagonista il Regno Unito, cfr. *infra* § 4, in fine e nt. 83.

18. Cfr., solo a titolo d'esempio, *Communiqué issued after the Fair Trials International Legal Experts Advisory Panel Meeting (5 February 2010)*, al cui punto 5 è dato leggere che «*At the European Commission's experts' meeting in November 2009, the consensus was that: a) the lack of a reliable proportionality check was the greatest defect in the EAW system; and b) any duty to conduct proportionality checks should fall on the issuing State. The Commission is considering which Framework Decisions need to be recast as Directives following the abolition of the "Third Pillar" under the Lisbon Treaty. This could provide an opportunity for reforming the EAW legislation.*» Per ulteriori proposte emendative e, più in generale, di soluzione al problema cfr. *infra*, in part. § 4.

19. Cfr. *Final Report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States*, cit., 13 e s.

20. «I risultati della valutazione evidenziano che il modo in cui la questione della proporzionalità è affrontata negli Stati membri varia sensibilmente. Taluni Stati effettuano un *test* di proporzionalità in ogni caso, mentre altri lo reputano superfluo. Persino negli Stati membri in cui il *test* di proporzionalità viene effettuato, è spesso riscontrabile una pratica non eterogenea quanto alle circostanze da prendere in considerazione ed in ordine ai criteri che debbono trovare applicazione» (trad. nostra): *ibidem*, 14.

21. «Raccomandazione 9: Il Consiglio fornisce indicazioni ai propri organi preparatori nel senso di continuare a discutere il problema della fissazione di un requisito di proporzionalità per l'emissione di un MAE al fine di raggiungere una coerente soluzione a livello di Unione Europea» (trad. nostra): *ibidem*, 14.

22. Cfr. «*Council conclusions on follow up to the recommendations in the final report on the fourth round of mutual evaluations concerning the European arrest warrant and surrender procedures among the member states of the EU*», Doc. 8436/2/10 REV 2, 28 May 2010, 3 e ss. In esse si legge, tra l'altro, che: «In relazione alla raccomandazione 9 della relazione finale e al fine di pervenire a una soluzione coerente a livello dell'Unione europea per quanto riguarda l'esigenza della proporzionalità per l'emissione di un MAE, nel punto 3 del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto europeo (criteri da applicare nell'emissione del mandato d'arresto europeo – principio di proporzionalità) dovrebbero essere introdotte le seguenti modifiche del primo, secondo e quarto capoverso, sopprimendo l'ultimo: "È ovvio che la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo non comporta l'obbligo per lo Stato membro emittente di effettuare un controllo di proporzionalità e che la legislazione degli Stati membri svolge un ruolo fondamentale al riguardo. Ciononostante, data la gravità delle conseguenze dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo per quanto riguarda le restrizioni relative alla libertà fisica e di circolazione della persona ricercata, le autorità competenti, prima di decidere l'emissione del mandato, dovrebbero prendere in considerazione la proporzionalità valutando una serie di importanti fattori, tra cui in particolare la gravità del reato, (...) la possibilità di arrestare la persona sospettata e

In un tale contesto, la sentenza della Corte di Stoccarda si segnala, da un lato, per il meritorio tentativo di rinvenire un espediente giuridico per la soluzione del problema degli euromandati sproporzionati, radicato sul rispetto del principio di proporzionalità dei delitti e delle pene di cui all'art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e del principio di proporzione di cui alla Costituzione tedesca, e dall'altro lato, per la circostanza che la soluzione proposta, come non sarà sfuggito, è soluzione che guarda, tuttavia, al momento ed allo Stato di *esecuzione*, non a quelli di *emissione*.

Va innanzitutto detto che, in punto di diritto, l'emissione di un MAE per casi di scarso rilievo, nonostante i limiti di pena contemplati dalla relativa Decisione quadro, si rende possibile a motivo del fatto che, com'è noto, la normativa europea (cfr. art. 2 della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, di seguito Decisione quadro) condiziona l'emissione di un MAE alla circostanza che il reato del quale trattasi:

1) sia reato punito nello Stato membro di emissione con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà di durata massima pari o superiore a tre anni, se rientrante nel novero dei reati che comportano la consegna senza verifica della doppia incriminazione del fatto;

2) sia reato punito nello Stato membro di emissione con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà di durata massima non inferiore a dodici mesi, se non rientrante nel novero dei reati che comportano la consegna senza verifica della doppia incriminazione del fatto; sia reato per il quale si sia avuta condanna, con sentenza definitiva, ad una pena o ad una misura di sicurezza privative della libertà di durata non inferiore a quattro mesi²³.

Eccettuato il caso in cui sia già intervenuta una sentenza di condanna, caso peraltro non incontrovertito²⁴, il riferimento è, pertanto, alla pena edittale massima, non alla pena in concreto. Cosicché non vi sarebbero ragioni giuridiche, almeno per quanto attiene ai limiti-soglia, per negare la possibilità di emissione di un mandato d'arresto europeo a carico di chi si sia reso protagonista di un fatto di reato che, benché di scarso rilievo nel caso di specie, sia sussumibile in una fattispecie criminosa a cui è ricollegata una pena edittale che soddisfa le previsioni della Decisione quadro²⁵.

la probabile sanzione imposta qualora la persona ricercata sia riconosciuta colpevole del reato di cui è accusata. Altri fattori includono inoltre la garanzia dell'effettiva protezione del pubblico e la presa in considerazione degli interessi delle vittime del reato». In merito ai successivi sviluppi avutisi sul punto, cfr. infra, § 4.

23. Come è risaputo, tuttavia, ben altri sono i limiti edittali contemplati dalla legge italiana di attuazione della Decisione quadro sul MAE, ancorché pur sempre diversi a seconda che il mandato d'arresto si basi su una misura cautelare ovvero sull'ordine di esecuzione della pena. Nel primo caso, infatti, «l'art. 28, co. 1, lett. a) L. 69/2005, rinvia implicitamente ai limiti di pena cui all'art. 280 c.p.p., con la conseguenza che la pena edittale per l'emissione del M.a.e. coincide di fatto con quella prevista per l'applicazione della custodia cautelare (quattro anni, per la custodia in carcere; tre, per gli arresti domiciliari). Nel secondo caso, la legge prevede il limite di un anno ma soprattutto subordina l'emissione del M.a.e. alla condizione che nel procedimento interno l'esecuzione della pena detentiva non sia stata sospesa (cfr. art. 656 c.p.p.). È a questi limiti di pena che devono attenersi il giudice e il pubblico ministero "di emissione" e non a quelli diversi e più bassi (rispettivamente un anno e quattro mesi) previsti nell'art. 2 della decisione quadro»: cfr. Ministero della Giustizia/Direzione generale della Giustizia panale, *Vademecum per l'emissione del mandato d'arresto europeo*, 3, su www.giustizia.lazio.it/appello.it/news/Vademecum.doc.

24. Cfr., in argomento, M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: alternative measures to the european arrest warrant*, cit., 219, nt. 21, che fa notare come, per esempio, le leggi austriaca ed olandese di recepimento della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo prevedano che, nei casi in cui si sia già avuta sentenza di condanna, non solo quest'ultima debba essere stata condanna a pena privativa della libertà di durata non inferiore a quattro mesi, ma, altresì, che il reato per il quale si sia avuta la condanna sia reato punito con pena privativa della libertà di almeno un anno. Di diverso avviso è la Commissione europea che, sul punto, ha affermato che: «*This is the system that was in place under the old extradition regime. However, under the Framework Decision, there is no longer a link between the length of the actual and potential punishment. This means that where a person has already been sentenced, and that sentence is 4 months of imprisonment or more, the maximum possible sentence is irrelevant. As a result, NL's and AT's implementations are contrary to the Framework Decision*» (cfr. *Council of European Union, Annex to the Report from the Commission on the implementation since 2005 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States*, doc. 11788/07, 12 July 2007, 6). Nel Rapporto della Commissione, accanto ad Austria ed Olanda, compare anche l'Italia: nel nostro ordinamento non solo non si terrebbe conto delle circostanze aggravanti ai fini della verifica circa il raggiungimento della soglia dei dodici mesi esatta per l'emissione di un MAE funzionale all'esercizio dell'azione penale, ma addirittura, in relazione all'aspetto in discorso, mancherebbe *tout court* il riferimento alla soglia dei quattro mesi esatta per l'emissione di un MAE funzionale all'esecuzione di una (già intervenuta) sentenza di condanna.

25. Sottolinea tale circostanza, nel suo commento alla decisione della Corte di Stoccarda, J. R. SPENCER, *Proportionality and the European Arrest Warrant/Comment*, cit., 480 s. In ordine alla suddetta possibilità, cfr. ancora M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: alternative measures to the european arrest warrant*, cit., 219, che rimarca come, d'altronde, con il MAE si sarebbe voluto semplicemente sostituire il tradizionale sistema estradizionale e non predisporre un meccanismo inteso esclusivamente al perseguimento dei (o a garantire l'esecuzione delle sentenze di condanna per i) reati più gravi e come

La casistica, d'altra parte, offre esempi di mandati di arresto europei emessi per ipotesi che vanno dal furto di generi alimentari del valore inferiore a £ 50 o dal furto di un piccione²⁶, all'acquisto di un cellulare rubato²⁷, dalla detenzione di 0,45 gr. di *cannabis* al furto di due pneumatici, dalla guida in stato d'ebbrezza (tasso alcolemico pari a 0,81 mg/l) al furto di un piccolo maiale²⁸.

Ed è a casi siffatti che ci si intende riferire parlando di mandati d'arresto europei "sproporzionati" per significare, per l'appunto, la distonia tra i fatti contestati e le implicazioni, varie, ma ad ogni modo pesanti o severe, connesse all'emissione ed eventuale esecuzione dei mandati medesimi. Distonia rinvenibile pure (e forse a maggior ragione) in ipotesi in cui, a quanto consta, la sanzione penale, in tesi ricollegabile al caso di specie, possa dirsi "proporzionata" al fatto di reato.

Tanto è vero che chi si è occupato dell'aspetto in discorso, ha ravvisato l'opportunità di precisare che, in relazione ad un mandato d'arresto europeo, «il riferimento al principio di proporzionalità dev'essere inteso come una comparazione tra la gravità del reato, da un lato e, dall'altro, le risorse umane e finanziarie impegnate, in particolare, tenendo conto che esso implica una privazione della libertà personale. Esso non dovrebbe essere giammai inteso come una valutazione nel merito della richiesta che implichi, per esempio, un giudizio in ordine alla sproporzione della condanna rispetto al reato»²⁹.

Ciò considerato, il principio di proporzionalità della pena invocato dai giudici tedeschi a parametro del controllo circa la proporzionalità del mandato d'arresto europeo reclamerebbe, nondimeno, proprio una corrispondenza, in termini di proporzionalità, tra fatto colpevole e sanzione penale. Se ne trae conferma dai criteri delineati dai giudici di Stoccarda come parametri alla stregua dei quali condurre la verifica in ordine al rispetto, da parte di un MAE, del principio di proporzionalità della pena: essi sarebbero in definitiva criteri che guardano al disvalore della condotta così come alla ricorrenza di eventuali circostanze (in specie personali) attenuanti e/o aggravanti³⁰, agganciati ad un termine di raffronto rappresentato dalla pena alla quale l'imputato sarebbe potuto essere condannato.

Non sfuggirà, tuttavia, che, così articolato, il vaglio in ordine al rispetto del principio di proporzionalità – vaglio particolarmente impervio³¹, dal momento che, tra le altre cose, assume a proprio parametro la pena, se del caso, solo ipotizzata dalle Autorità requirenti – potrebbe non riuscire risolutivo rispetto al problema dei cc.dd. mandati

la Decisione quadro non annoveri, tra i motivi di rifiuto alla esecuzione di un MAE, la non gravità (in concreto) del fatto di reato.

26. Cfr. R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European Arrest Warrant cases?*, in *Criminal Law Review*, n. 7/2009, 33.

27. Trattasi del recente caso *Zak v Regional Court in Bydgoszcz* [2008] EWCH 470, in relazione al quale ci si sarebbe chiesti, per l'appunto, se l'emissione di un MAE «for an offence of receiving a stolen mobile telephone was to use a sledgehammer to crack a nut»: *ibidem*, 31.

28. Per tali esemplificazioni, cfr., per esempio, HOUSE OF COMMONS, *The European arrest warrant in practice*, 23 February 2009, § 2, 3 ss., in cui si riportano anche le parole del *Detective Sergeant Gary Flood* dell'Unità-Estradizione di Scotland Yard: «In one case, according to Flood, a carpenter who fitted wardrobe doors and then removed them when the client refused to pay him, was subject to an extradition request by Poland so that they could try him for theft. In another case, the Polish authorities requested the extradition of a suspect for theft of a dessert. "The European arrest warrant contained a list of the ingredients", Flood said». In particolare, è la Polonia a registrare un alto tasso di mandati d'arresto europei emessi in relazione a casi che potrebbero essere definiti "trivial cases". Addirittura, «during the Portuguese evaluation visit and while visiting Interpol's National Central Bureau, the experts had the opportunity to see the arrival of a red notice from Poland for the surrender of a requested person for supplying 0,54 g of herbal cannabis»: così M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: alternative measures to the european arrest warrant*, cit., 220, nt. 24. In argomento, cfr. ancora AA.VV., *The European arrest warrant in law and in practice: a comparative study for the consolidation of the European law-Enforcement area*, B. DE SOUSA SANTOS (coord.), Coimbra, October 2010, consultabile su http://opj.ces.uc.pt/pdf/EAW_Final_Report_Nov_2010.pdf.

29. Così, testualmente, M. SOTTO MAIOR, *ibidem*, 219, nt. 22.

30. Peraltro, sulla difficoltà di distinguere tra vere e proprie «circostanze aggravanti» ed altri fattori di «aggravamento» del trattamento sanzionatorio, ancorché agli effetti della verifica delle condizioni esatte in fatto di limiti edittali di pena, cfr. A. A. SAMMARCO, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato di arresto europeo*, in AA.VV., *Mandato di arresto e procedure di consegna*, a cura di L. KALB, Giuffrè, 2005, 383 ss.

31. Cfr. ancora R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European Arrest Warrant cases?*, cit., 34, che, nel dirsi contraria ad un "bar of triviality", afferma, tra l'altro, che: «What may appear to be a trivial offence in the United Kingdom, may in fact not be trivial in the requesting state. A single offence of shoplifting, or indeed handling a mobile telephone, cannot be described as especially serious. Yet it may be aggravated by factors specific to the offender, such as his previous record and whether the offence was committed on licence or on bail, or by factors specific to the requesting state, such as whether such offences are endemic within that jurisdiction. Such information is not required to be included in the EAW and nor should it be. An investigation into the reasons for the inclusion of a particular offence in the EAW would undermine the purposes of speed and efficiency set out in the Framework Decision, and fly in the face of the mutual trust upon which the system is based».

d'arresto europei "sproporzionati", nella accezione comune e dianzi riferita, tenuto conto anche dell'elevato *standard* fissato dalla giurisprudenza tedesca, ovvero sia quello della pena "intollerabilmente severa"³².

L'istanza di proporzionalità sottesa al problema dei cc.dd. mandati di arresto sproporzionati, ci sembra, implicherebbe, piuttosto, una valutazione di congruità tra mezzi e scopi che, pur guardando alla gravità del fatto di reato ed alla relativa sanzione, si apra a ricomprendere innanzitutto le implicazioni immediate dello stesso mandato di arresto europeo (arresto della persona ricercata, suo mantenimento *in vinculis*, ecc.). Detto in altri termini, l'esigenza di proporzione emersa nei casi di mandati di arresto europei relativi alla *pettier criminality* e di cui si è poco sopra offerta un'esemplificazione, chiamerebbe in causa più esattamente quel principio di proporzionalità in senso ampio che proprio in Germania e nel diritto dell'Unione europea ha forse avuto la più compiuta teorizzazione e le più significative applicazioni. In tale ottica, sarebbe allora una criteriolgia simile a quella delineata dai giudici di Stoccarda ai fini del *proportionality check* circa l'ordine di arresto nazionale – e di cui diremo a breve – ad esibire probabilmente una maggiore pertinenza ed a promettere le migliori *performances*.

Peraltro, il riferimento al principio di proporzionalità dei delitti e delle pene, nonostante le differenti e più aggiornate versioni del medesimo³³, non riuscirebbe atto ad offrire una soluzione adeguata al problema affacciato sul proscenio europeo, anche laddove, con un qualche sforzo, si volesse considerare "pena" la consegna stessa della persona ricercata allo Stato membro richiedente³⁴.

Per le cennate ragioni, l'aggancio giuridico forte, che pure si sarebbe voluto offrire da parte dei giudici tedeschi a favore di un sindacato sulla proporzionalità di un mandato d'arresto europeo a mezzo del riferimento al principio di cui all'art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., rischia di palesarsi come decisamente debole. Ma sul punto si tornerà più avanti.

Ciò che merita notare sin da subito, viceversa, è che, in linea di principio, né l'una né l'altra opzione in ordine al concetto di proporzione o di proporzionalità di un mandato riuscirebbero a scalzare l'obiezione principale, che trova eco nella sentenza in commento³⁵, contro la possibilità di sindacare, sotto il relativo profilo, un mandato di arresto europeo, e cioè quella secondo cui l'eventuale riconoscimento in capo allo Stato di esecuzione del potere/dovere di sindacare, sul versante della proporzionalità, un MAE minerebbe il principio del mutuo riconoscimento e potrebbe in tal modo inficiare il più recente meccanismo estradizionale operante a livello europeo e su di esso facente perno.

In una tale prospettiva, risulta evidente la ragione per cui le soluzioni suggerite in sede europea al problema dei mandati d'arresto "sproporzionati" convergono nella

32. Non è c'è chi non veda come, a fronte della forte disomogeneità che connota il sistema sanzionatorio degli Stati membri, la valutazione non possa che essere nei termini di una indubitabile ed evidente sproporzione della pena.

33. Si vedano, ad esempio, A. LOVEGROVE, *Proportionality theory, personal mitigation, and the people's sense of justice*, in *Cambridge Law Journal*, July 2010, 321 ss.; I. NAVARRO FRÍAS, *El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?*, in *InDret*, n. 2/2010, 1 ss. Per un recente affresco sul principio di proporzionalità, in particolare alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana sul tema, cfr., peraltro, V. MANES, *Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità-Diritto penale e principi costituzionali-Principio di proporzionalità*, in *Il Libro dell'anno del Diritto 2013/Diritto penale*, Treccani, a cura di F. VIGANÒ-G. LEO, in corso di pubblicazione; M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in AA.VV., *Persona, pena, processo. Scritti in onore di Tommaso Sorrentino raccolti sotto la direzione di M. Gallo*, a cura di M. AMISANO-M. CATERINI, Edizioni Esi, 2012, 49 ss. ed in *La giust. pen.*, n. 2/2012, II, 91 ss.

34. A tale riguardo, noteremmo soltanto che la Corte di Strasburgo, nel caso *Monedero Angora c. Spagna*, relativo all'esecuzione di un MAE emesso in riferimento ad una violazione della normativa in materia di stupefacenti e nel quale il ricorrente invocava, tra gli altri, l'art. 7 CEDU, ha affermato che: «Per quanto riguarda la doglianza fondata sull'art. 7 della Convenzione, la Corte osserva che questa disposizione non è applicabile nella fattispecie, non essendo la consegna del ricorrente alle autorità francesi una pena inflitta al ricorrente per la commissione di un reato, bensì una procedura che consentirà di eseguire una sentenza emessa in Francia», ritenendo conseguentemente il ricorso, *in parte qua*, incompatibile *ratione materiae* con le disposizioni della Convenzione, ai sensi dell'art. 35 § 3, e da respingere in applicazione dell'art. 35 § 4» [cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. III, *José Monedero Angora c. Spagna*, ric. n. 41138/05, del 7 ottobre 2008].

35. Come si è già detto, nella sentenza si cerca di chiarire che «Il controllo di proporzionalità di un ordine di arresto tedesco emesso a scopi estradizionali non deve essere confuso con un controllo di proporzionalità del mandato di arresto europeo sulla cui base sia stato per avventura emesso. Diversi esperti affermano che, a motivo del principio del mutuo riconoscimento, non è possibile per lo Stato membro di esecuzione sindacare la proporzionalità di un mandato di arresto» (trad. nostra).

(im)posizione a carico dello Stato *emittente* di un *proportionality check* dell'emanando MAE: quest'ultima non sarebbe motivata esclusivamente dalla opportunità di rinvenire un rimedio che consenta di evitarne in radice l'emissione, ma anche dalla consapevolezza della incrinatura che il principio del mutuo riconoscimento subirebbe a seguito del riconoscimento della possibilità, per lo Stato membro dell'esecuzione, di sindacarne la proporzionalità in relazione al caso di specie³⁶.

D'altro canto, in linea di principio, non è detto che un preventivo *proportionality check* rimesso allo Stato emittente non possa sollevare delle perplessità laddove l'ordinamento di detto Stato sia informato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale piuttosto che al diverso principio della discrezionalità del suo esercizio, caso, quest'ultimo, in cui la valutazione in ordine alla proporzionalità di un eventuale mandato d'arresto europeo troverebbe senz'altro più agevole collocazione.

A ben guardare, tuttavia, non sembrerebbe esservi un'interconnessione necessaria tra discrezionalità o obbligatorietà dell'azione penale e possibilità o meno di valutazione della proporzionalità di un MAE in sede di sua emissione.

Se si afferma, peraltro non del tutto inopinatamente, che un tale collegamento non possa essere negato, in esso rinvenendovi anzi la autentica ragione giustificatrice alla emissione di mandati d'arresto europei anche in casi di scarso rilievo³⁷, è di sicuro interesse notare come, di fatto, nelle linee guida di Stati membri informati al principio di obbligatorietà dell'azione penale e formulate con l'intento di implementare uniformi approcci delle Autorità nazionali all'emissione dei mandati di arresto europei, siano contemplati suggerimenti sulla opportunità di dare corso ad una valutazione anche in ordine alla loro proporzionalità. Altrettanto si registra in Paesi informati all'opposto principio dell'esercizio discrezionale dell'azione penale³⁸.

36. Per una interessante carrellata dei profili implicati da un (eventuale) sindacato di proporzionalità di un MAE da parte dei giudici inglesi, tanto in qualità di autorità emittente quanto in qualità di autorità di esecuzione, cfr. P. CALDWELL, *Proportionality and the European Arrest Warrant – a UK perspective*, su www.dyerschambers.com.

37. Cfr. R. DAVIDSON, *A sledgehammer to crack a nut? Should there be a bar of triviality in European Arrest Warrant cases?*, cit., 34, che ritiene che «*The issue of EAWs for minor offences is not necessarily caused by inappropriate use of system. One reason for the issue of EAWs for less offences is the application in states such as Poland and the Czech Republic of the principle of compulsory prosecution. In those states where there is evidence of a crime it must be investigated and prosecuted, if necessary by the issue of an EAW.*» Sul punto, cfr. anche l'ampia ed interessante carrellata sui differenti approcci in relazione al principio di proporzionalità a livello di Unione europea rinvenibile in M. SOTTO MAIOR, *The principle of proportionality: alternative measures to the european arrest warrant*, cit., 221 ss., che fa notare come «*in some Member States where the principle of legality is the rule, the general opinion is that a European Arrest Warrant should always be issued whenever the thresholds of the Framework decision are met, and no margin of appreciation is given to the competent authorities to assess the proportionality of the measure. It is generally pointed out that there is an obligation to prosecute an offender, either domestically or in another country. Nevertheless, in some cases, even in these Member States, consideration is given to the fact it is preferable to explore alternative ways to address the issue, namely using mutual legal assistance requests.*»

38. Si pensi, ad esempio, al manuale messo a punto dall'Unità di Cooperazione giudiziaria internazionale dell'Ufficio del Procuratore Generale portoghese, dal titolo «*How to issue and send a European Arrest Warrant: a handbook*», su http://www.gddc.pt/MDE/Manual_MDE_EN.pdf, in cui si legge che «*Considering the severe consequences of the execution of an EAW as regards restrictions on physical freedom and free movement of the requested person, the competent authorities should, before deciding to issue a warrant, bear in mind considerations of proportionality, by weighing the usefulness of the EAW in the specific case*» (p. 24), dove più puntuali suggerimenti si rinvenivano, a proposito dell'ipotesi in cui il MAE sia funzionale allo stesso svolgimento del processo penale, quando si afferma che, fermo restando che il MAE potrebbe essere emesso per fatti punibili con una pena detentiva non inferiore nel massimo a dodici mesi, «*according to the proportionality principle that should apply when deciding to transmit an EAW, the latter should only be issued where there is an effective chance that the requested person will be submitted to preventive detention*» (p. 29). Parimenti, nel diverso caso in cui il MAE fosse inteso a consentire l'esecuzione della sentenza di condanna passata in giudicato, nonostante che si riconosca che la Decisione quadro sul MAE preveda, ai fini dell'emissione di un MAE, unicamente una soglia minima di pena detentiva a cui il soggetto sia stato condannato, e non anche una soglia di pena eventualmente ancora da scontare da parte di quest'ultimo, si invita a riflettere sul fatto che: «*However, on grounds of proportionality as referred above, the decision to issue a warrant should be carefully weighed where the remaining sentence is lower than 4 months and should be limited, namely, to situations where the specific circumstances of the case imply the need to issue a EAW. Shortly, an EAW should only be issued for sentences of at least 4 months or where the remaining sentence to be served is not lower than 4 months.*» Viceversa, a proposito dell'ordinamento svedese, è dato sapere che: «*In issuing an EAW the Swedish authorities apply a proportionality test; an EAW may only be issued if it is justified considering the nature and seriousness of the crime and the circumstances in general, thereby taking into account the harm to the individual and the estimated time and costs that may follow. If the requested person is under the age of 18, an EAW may only be issued if it concerns serious criminality or if the youth has a strong connection with Sweden, or if there are some other special reasons for requesting surrender to Sweden. In prosecution cases, it is the responsibility of the prosecutor to assess whether or not it is legal, appropriate and proportionate to issue an EAW. The EAW Manual of the Swedish Prosecutor General's Office (hereinafter referred to as "the Prosecutors' Manual") gives guidance on this issue. Prosecutors are also advised to contact the Legal Department at the Prosecutor-General's office (hereinafter referred to as PGO) if it is unclear whether or not an EAW should be issued*» (cfr. Council of European Union, *Evaluation report on the fourth round of mutual evaluations "the practical application of the European arrest warrant and corresponding surrender procedures between member states". Report on Sweden*, doc. 9927/2/08, October 2008, 10 s.).

3 PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ ED ORDINE DI CUSTODIA NAZIONALE: ORDINAMENTO TEDESCO ED ITALIANO PIÙ VICINI

Sul punto, in particolare per quanto attiene al nostro Paese, nel “*Vademecum per l’emissione del mandato d’arresto europeo*”, redatto a cura del Ministero della Giustizia/ Direzione generale della Giustizia penale, si afferma che «la valutazione sull’*an debeatur* non può prescindere dal fatto che l’emissione del MAE è soggetta a limiti di ragionevolezza e proporzionalità sui quali si fonda l’azione comune dell’Unione europea, nel settore della cooperazione giudiziaria (Trattato sull’Unione europea, art. 5)», reputandosi una valutazione siffatta non configgente con il principio di obbligatorietà dell’azione penale³⁹.

Veniamo ora al secondo profilo trattato nella sentenza in commento, che risulta senz’altro rilevante per quanto affermato in merito al necessario vaglio di proporzionalità di cui fare oggetto altresì l’ordine d’arresto nazionale (da emettere) “a scopi estradizionali”.

L’importanza della decisione si fa apprezzare sia alla luce della Decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, che ricollegherebbe, in via automatica, alla pura e semplice trasmissione di quest’ultimo la restrizione della libertà personale del ricercato⁴⁰, sia in riferimento alla relativa legge italiana di attuazione, informata, come è noto, ad una opzione, in linea di principio, diametralmente opposta⁴¹.

In particolare, per quanto attiene al primo versante, i giudici tedeschi, subordinando l’ordine di arresto nazionale al doveroso rispetto del principio di proporzione, (vieppiù) elidono l’automatismo, tra ricezione del mandato ed arresto del soggetto richiesto, contemplato dalla richiamata normativa europea di terzo pilastro, che esigerebbe semmai una specifica decisione dell’autorità giudiziaria dell’esecuzione ai soli fini del *mantenimento* in stato di detenzione della persona richiesta in consegna e da assumere conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione.

Dall’altro lato, per questa via, la Corte di Stoccarda abbraccia una soluzione che ricalca in qualche misura, come si è già accennato, quella adottata nella nostra legge n. 69 del 2005, la quale, perlomeno nelle ipotesi di trasmissione del mandato di arresto europeo “nelle forme ordinarie”⁴², impone all’autorità giudiziaria competente a riceverlo l’obbligo di attivare il procedimento cautelare e di pronunciarsi *de libertate* nel rispetto delle relative previsioni, e, per quanto qui maggiormente interessa, dell’art. 275 c.p.p., che rende doverosa una valutazione in merito alla adeguatezza e proporzione dell’adottanda misura⁴³.

Infatti, sebbene le disposizioni tedesche di attuazione della Decisione quadro sul MAE appaiano prefigurare un automatismo che, quantomeno sullo specifico punto, tendenzialmente rispecchia quello di cui alla Decisione⁴⁴ – non richiamando la previsio-

39. Nel succitato *Vademecum* può leggersi, al proposito, «che la mancata emissione del mandato d’arresto non vanifica l’esercizio dell’azione penale, né si traduce in impunità del condannato, posto che il provvedimento detentivo è valido ed eseguibile sul territorio nazionale» (cfr. Ministero della Giustizia/ Direzione generale della Giustizia penale, *Vademecum per l’emissione del mandato d’arresto europeo*, cit., 10). Sul ruolo giocato dal principio di proporzionalità in senso ampio nell’ambito della procedura italiana attiva di consegna, cfr. A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, cit., 341 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti; G. IUZZOLINO, *L’emissione del mandato d’arresto europeo tra ermeneutica e prassi*, in *Cass. pen.*, n. 5/2008, 2117 s.

40. Su tale precipuo aspetto cfr. P. TROISI, *L’arresto operato dalla polizia giudiziaria a seguito della segnalazione nel sistema di informazione Schengen*, in AA.VV., *Mandato di arresto e procedure di consegna*, cit., 200 ss.; M. BARGIS, *Il mandato d’arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Pol. dir.*, 2004, 88 ss.; A. SCALFATI, *Mandato d’arresto: contenuti dell’atto ed esercizio del potere coattivo nello stato di esecuzione*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo e l’extradizione*, a cura di R. ACUNA, Cedam, 2004, 236 ss.

41. In argomento, cfr. ancora P. TROISI, *L’arresto operato dalla polizia giudiziaria*, cit., 208 ss.; A. AITO, *La competenza della Corte di appello sulla richiesta di consegna della persona e sulle misure cautelari*, *ivi*, 142 s., 149 ss., 159 ss.; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo: a) la procedura passiva di consegna*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, vol. 6, *Esecuzione e rapporti con Autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. KALB, Utet, 2009, 446 ss.

42. E cioè nelle ipotesi di trasmissione del mandato d’arresto europeo in via diretta all’autorità giudiziaria italiana o per il tramite del Ministro della Giustizia. Diversamente, nel caso di segnalazione nel Sistema di informazione Schengen, vi sarebbe un obbligo di arresto in capo alla polizia giudiziaria, che, pure a fronte della doverosa convalida da parte del presidente della Corte di appello, solleverebbe tutta una serie di perplessità di ordine costituzionale, sulle quali si rinvia nuovamente a P. TROISI, *L’arresto operato dalla polizia giudiziaria*, cit., 210 ss.

43. Come è noto, ai sensi dell’art. 9, co. 4, 5 e 6, della l. n. 69 del 2005, rispettivamente, si procederà all’applicazione della misura coercitiva laddove ritenuta necessaria e nel rispetto, in quanto applicabili, delle disposizioni del titolo I del libro IV del c.p.p., in materia di misure cautelari personali, fatta eccezione per gli artt. 273, co. 1 e 1-bis, 274, co. 1, lett. a) e c), e 280. Le misure coercitive non potranno essere disposte se vi sono ragioni per ritenere che sussistano cause ostative alla consegna.

44. Per un quadro essenziale sulla normativa tedesca di recepimento della Decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, si veda A. SINN-L. WÖRNER, *The European Arrest Warrant and Its Implementation in Germany – Its constitutionality, Laws and Current Developments*, in *ZIS*, n. 5/2007, 204 ss.; per una

ne, pure contenuta nel codice di procedura penale tedesco⁴⁵, sul rispetto del principio di proporzione ed ancora meno statuendo *ex professo* una preventiva verifica sulla proporzionalità della coercizione –, i giudici di Stoccarda argomentano in merito all'esistenza di un necessario *proportionality check* del provvedimento privativo della libertà personale dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca sul principio di proporzione, quale distillato del principio di legalità⁴⁶.

L'ancoraggio costituzionale, formulato nei predetti termini, richiama evidentemente il principio di proporzionalità in senso ampio, di tipica ascendenza tedesca, comprensivo di idoneità, necessità e proporzione in senso stretto, ed attrae alla valutazione profili necessariamente ulteriori rispetto a quelli che vorrebbe raffrontati il principio di proporzione (in senso stretto) espressamente contemplato, in sede di disciplina delle misure cautelari personali, nei codici di rito italiano e tedesco⁴⁷.

Senonché, per come concretamente declinato dai giudici nella sentenza in commento, il giudizio sulla proporzionalità in senso ampio circa la misura coercitiva verrebbe ad attrarre non solo aspetti naturalmente diversi da quelli chiamati in causa dalla proporzione in senso stretto, ma altresì aspetti periferici e financo eccentrici rispetto a quello che, in tesi, dovrebbe essere, innanzitutto, un apprezzamento della necessità ed adeguatezza dell'eventuale coercizione in relazione all'(unica) esigenza cautelare che rileva nel procedimento estradizionale e di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, ovverosia il pericolo di fuga.

La criteriologia alla cui stregua, secondo la pronuncia in commento, dovrà essere condotto il *test* di proporzionalità circa l'ordine d'arresto interno, annovera, infatti, accanto alla ipotizzabile pena e alla gravità del fatto di reato contestato, il diritto alla libertà e sicurezza della persona ricercata⁴⁸, i costi e gli sforzi connessi al procedimento estradizionale, incluso l'ordine di cattura a tal fine, l'esistenza o meno di ragionevoli alternative per lo Stato *emittente* il mandato d'arresto europeo, l'interesse di quest'ultimo a perseguire il reato.

Si tratta, come si accennava, di criteri che, almeno in parte e ferma restando la

disamina approfondita si rinvia al commentario di W. SCHOMBURG-O. LAGODNY-S. GLESS-T. HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/International Cooperation in Criminal Matters*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2012. Viceversa, sullo specifico tema dell'adozione, ai sensi dell'ordinamento spagnolo, di misure cautelari di carattere personale motivate dall'esecuzione di un mandato europeo di arresto e consegna, cfr. M. JIMENO BULNES, *La adopción de medidas cautelares de carácter personal con motivo de la ejecución de una orden europea de detención y entrega*, in *Revista Penal*, n. 16/2005, 109 ss.

45. Ai sensi del § 112(1) del codice di procedura penale tedesco (*StPO*): «La carcerazione preventiva può essere ordinata nei confronti dell'indagato se egli sia fortemente sospettato del reato e se ricorra un motivo per l'arresto. Essa non potrà essere disposta se sia sproporzionata rispetto alla significatività del caso o rispetto alla pena o alla misura di sicurezza che è probabile che venga imposta». Sulla carcerazione preventiva in Germania, ed in particolare sul principio di proporzionalità quale principio che innerva il procedimento di adozione della misura cautelare custodiale e la sua esecuzione, cfr. C. MORGENSTERN, Germany, in A.M. VAN KALMTHOUT-M.M. KNAPEN-C. MORGENSTERN (eds.), *Pre-trial Detention in the European Union. An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU*, WLP, Nijmegen, 2009, 389 ss., spec. 390 s., 408.

46. L'affermazione secondo cui il principio di proporzionalità sarebbe implicito alla nozione di Stato di diritto o *Rechtsstaat* (art. 28 GG) è ricorrente nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Tra le numerose sentenze, si possono citare: *BVerfGE* 19, 342 (348 ss.); 23, 127 (133); 25, 44 (54); 25, 269 (292); 27, 344 (352); 76, 1 (50); 86, 288 (347); 90, 145(173); 92, 277 (317).

47. Nondimeno, com'è risaputo, il nostro codice di procedura penale, per quanto attiene alla scelta delle misure cautelari, contempla un giudizio di proporzionalità (che assume a coordinate la gravità del fatto addebitato ed il *quantum* di pena che possa in concreto essere irrogata) con funzione integrativa di un giudizio di adeguatezza, da formularsi alla luce della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso di specie. Peraltro, sul principio di proporzionalità *ex art. 275, co. 2, c.p.p.*, cfr., di recente, Cass., Sez. Un., 31 marzo-22 aprile 2011, n. 16085, che ha escluso, come è noto, l'automatica cessazione della misura cautelare in ipotesi di durata della custodia cautelare pari a due terzi della pena inflitta (in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 aprile 2011, con nota di G. ROMEO, e in *Processo penale e giustizia*, n. 5/2011, 93 ss., con nota di A. DIDDÌ, Il "fattore tempo" nella valutazione degli elementi necessari al mantenimento della misura cautelare/The "time element" in the appraisal of the factors essential to keep the preventive detention; sulla questione poi risolta dalle Sezioni Unite cfr. E. VALENTINI, *Principio di proporzionalità e durata della cautela*, in *Giur. merito*, n. 2/2010, 446 ss.).

48. Sul sistema CEDU di tutela della libertà personale, cfr. le riflessioni di E. MARZADURI, *The application of pre-trial precautionary measures*, in AA.VV., *Liberty and security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, cit., 17 ss.; per un commento all'art. 5, par. 1, CEDU, cfr. M. GIALUZ, sub *Art. 5*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE-P. DE SENA-V. ZAGREBELSKY, Cedam, 2012, 106 ss.; per una rassegna della più recente giurisprudenza della Corte EDU in materia si rinvia a L. BEDUSCHI, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU e art. 2 Prot. 4)*, in questa *Rivista*, n. 1, 2011, 255 ss. Per due recentissime accertate violazioni dell'art. 5 CEDU, peraltro in relazione a casi di carcerazione preventiva in vista dell'estradizione degli interessati, cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. III, *Toniolo v. San Marino and Italy*, ric. n. 44853/10, del 26 giugno 2012 e sez. II, *Ademovič c. Turchia*, ric. n. 28523/03, del 5 giugno 2012. Quanto ai (possibili) rapporti tra art. 5 CEDU e disciplina sul mandato d'arresto europeo, merita inoltre segnalare le questioni pregiudiziali proposte dalla Curte de Apel Constanța (Romania) il 27 luglio 2011 nel procedimento penale a carico del sig. Radu (Causa C-396/11), su cui a breve dovrebbero pronunciarsi la Corte di giustizia europea.

condivisibilità per l'opzione ermeneutica costituzionalmente orientata accolta nella decisione, non mancherebbero di sollevare delle perplessità se riguardati, come pare che debbano esserlo, nella prospettiva di un giudizio sull'ordine nazionale di cattura e sulla "funzionalità" di quest'ultimo a scongiurare il rischio di fuga del soggetto ricercato in attesa della (decisione sulla) sua consegna allo Stato richiedente.

In particolare, i costi e gli sforzi connessi al procedimento estradizionale, incluso il medesimo ordine di cattura, l'esistenza o meno di ragionevoli alternative per lo Stato *emittente*, da intendere evidentemente come alternative all'emissione di un MAE, così come, per alcuni versi, la stessa esemplificazione suggerita nel corpo della sentenza⁴⁹, apparirebbero in effetti più confacenti ad una valutazione di proporzionalità in senso ampio dello stesso mandato d'arresto europeo che non a quella dell'ordine interno di cattura⁵⁰.

Di più. La considerazione dei cennati criteri in sede di emissione dell'ordine di cattura nazionale avrebbe di certo un senso laddove gli stessi potessero rilevare (altresi) in sede di decisione sulla consegna della persona richiesta, potendo e probabilmente dovendo la verifica in ordine alla proporzionalità della adottanda misura privativa della libertà personale, in rapporto di strumentalità con la successiva consegna del soggetto, aprirsi ad abbracciare anche valutazioni di tipo prognostico in merito a quest'ultima.

Viceversa, il rilievo accordato, nella sentenza dei giudici tedeschi, agli aspetti poco sopra menzionati si esaurirebbe nell'ambito del *proportionality test* sull'atto interno, cosicché l'eventuale sproporzionalità del mandato d'arresto europeo non potrebbe in nessun caso integrare gli estremi di un motivo di rifiuto alla consegna del ricercato laddove, per avventura, apprezzata alla luce dei parametri a cui si vorrebbe subordinata l'emissione del provvedimento nazionale⁵¹.

In particolare dal riferimento all'esistenza di alternative per lo Stato richiedente ed al suo interesse a perseguire il reato, così come ai costi e sforzi connessi alla procedura estradizionale, nondimeno, verrebbe a trasparire la vera questione sottesa alla pronuncia, quella, come si è ormai più volte detto, dei cc.dd. mandati di arresto europei emessi in relazione a *petty offences*, appalesandosi, da un lato, la difficoltà probabilmente di rinvenire, nel diritto dell'Unione, argomenti giuridici su cui basare un'eventuale affermazione sulla necessità o possibilità di una verifica declinata alla loro stregua⁵² e dall'altro, più ancora e forse più fondatamente, il timore per valutazioni, in sede di decisione sulla consegna, capaci di attrarre profili suscettibili di giudizi tanto discrezionali ed in grado, in tesi, di moltiplicare le ipotesi di *refusals to surrender*, con implicazioni, in questo caso, non meramente o per la più gran parte, interne.

49. A dire dei giudici tedeschi un ordine di cattura potrebbe essere sproporzionato se riferito a reati bagatelari e le sanzioni previste siano sproporzionate per l'arresto e l'extradizione del ricercato, l'uno e l'altra riguardati come onere per il soggetto richiesto e per lo Stato membro di esecuzione.

50. L'esigenza di proporzionalità, laddove predicata nei confronti di un MAE, potrebbe forse rinvenire un aggancio nel principio di proporzionalità di cui all'art. 5 TUE, disposizione quest'ultima menzionata, come si è detto, nell'italiano "Vademecum per l'emissione di un mandato d'arresto europeo" e invocata a supporto dell'obbligo sussistente in capo alle nostre Autorità di vagliare, in sede di emissione di un MAE, l'*an debeat* di quest'ultimo (anche) con riferimento ai limiti di ragionevolezza e proporzionalità a cui è informata l'azione comune dell'UE. È evidente, ad ogni modo, che ogni considerazione in merito al carattere particolarmente gravoso dell'esecuzione di un MAE per lo Stato di esecuzione debba tenere in conto la rilevanza decisiva tradizionalmente riconosciuta all'obbligo dello Stato parte di onorare i trattati internazionali: sul punto, per quanto riguarda la giurisprudenza britannica, cfr. ancora P. CALDWELL, *Proportionality and the European Arrest Warrant – a UK perspective*, cit., 3 ss.

51. Nella stessa sentenza ci si richiama ad una precedente pronuncia della medesima Superiore Corte regionale di Stoccarda del 18 novembre 2009 (1 Ausl. 1302/99) con cui peraltro si sarebbe rifiutato di emettere un ordine di arresto, essendosi valutato sproporzionato, in quel caso, arrestare ed *extradare* la persona richiesta [cfr. n. 3, lett. a), della pronuncia in epigrafe].

52. Eppure, sul *côté* europeo, in tema di proporzionalità, impostazione e criteriologia, sono state tradizionalmente mutuare da quelle tedesche, atteso che, «come è generalmente riconosciuto, la giurisprudenza comunitaria ha tratto il principio di proporzionalità dall'ordinamento tedesco, che, tra gli ordinamenti europei, è quello che probabilmente ne ha offerto l'elaborazione più compiuta»: G. LIGUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 2/2011, 447, ancorché indagando altro settore dell'ordinamento. In relazione al diritto penale, cfr. V. MANES, *Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità*, cit. Interessanti riferimenti ai principi di necessità e proporzione nel diritto penale si leggono peraltro nella recente Risoluzione del Parlamento europeo su un approccio dell'UE in materia di diritto penale (2010/2310(INI)) del 22 maggio 2012 e nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011) 573 definitivo, del 20 settembre 2011.

Molte considerazioni potrebbero essere svolte, tanto sulla sentenza resa dai giudici di Stoccarda quanto sulla questione, in sé considerata, della proporzionalità di un MAE. Le presenti pagine si propongono unicamente di dare conto, in qualche misura, dell'una e dell'altra, in una segnalando talune perplessità sollevate dalla decisione in commento.

Merita, però, evidenziare, in sede di conclusioni, come il problema relativo alla (s) proporzione di mandati d'arresto europei continui a sussistere e semmai a diventare viepiù spinoso.

Sulla necessità di un controllo di proporzionalità prima dell'emissione di un MAE, infatti, si è ritornati, da ultimo, nella più recente Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sull'attuazione della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁵³, in cui, al paragrafo 5, intitolato a "Il problema della proporzionalità", gli Stati membri vengono esortati non solo a procedere con il *proportionality check*, ma anche a declinare tale verifica nei termini fissati nella "Versione riveduta del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto europeo"⁵⁴, con l'intento di favorire un'omogeneità di approcci anche in merito al *quomodo* del sollecitato *test*⁵⁵, sulla base di un'esigenza da tempo ravvisata⁵⁶.

Ed ancora, particolare rilevanza al tema della proporzionalità di un mandato d'arresto europeo è dedicata, ancorché in una prospettiva prettamente nazionale, nell'altrettanto recente relazione della Commissione congiunta sui diritti umani del Parlamento britannico, in cui, tra le altre cose, si giunge all'affermazione di ritenere opportuno emendare la Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo nel senso della previsione di un obbligo di verifica della proporzionalità di quest'ultimo prima della sua emissione⁵⁷.

L'attualità della questione tuttavia non è alimentata soltanto da asimmetrie riscontrabili in merito alla (eventuale) valutazione della proporzionalità di un MAE da parte delle Autorità dello Stato membro emittente, ma altresì dall'aspetto viepiù problematico – e rispetto al quale la sentenza in commento riveste certo un'inevitabile importanza – della "giustiziabilità" dell'esigenza o istanza di proporzionalità di un mandato d'arresto europeo, in particolare dinanzi alle Autorità dello Stato membro di esecuzione⁵⁸.

Su tale fronte, in particolare, nell'ambito della giurisprudenza sono da registrare sviluppi degni di nota, che, prevedibili e previste⁵⁹, connotano uno scenario, al momento, assolutamente *in fieri* e cangiante.

Ci si riferisce, nello specifico, ad alcune pronunce, successive a quella dei giudici di Stoccarda, che in una con quest'ultima, si sono confrontate con il tema della possibilità o meno, rinvenibile in capo allo Stato Membro di *esecuzione* di un MAE, di sindacarne la proporzionalità.

Nel noto *affaire Assange*, per esempio, si sono avute affermazioni nel senso della

53. Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento europeo sull'attuazione dal 2007 della Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri [SEC(2011) 430 definitivo], Bruxelles, 11.4.2011, COM(2011) 175 definitivo.

54. Consiglio dell'UE, *Versione riveduta del manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto europeo*, 17195/1/10, REV 1, COPEN 275 EJN 72 EUROJUST 139, Bruxelles, 17 dicembre 2010 (26.01.2011), 14 ss.

55. Particolarmente interessante risulta la lettura del *Commission Staff Working*, allegato alla predetta terza Relazione della Commissione, da cui, anche a seguito delle più recenti innovazioni che hanno interessato taluni singoli contesti ordinamentali, emerge un quadro estremamente variegato, tra l'altro, per quanto attiene al controllo di proporzionalità da effettuare in sede di emissione di un MAE, e ciò tanto sul versante dell'*an* quanto delle modalità, o meglio dei criteri, alla cui stregua procedervi.

56. Cfr. *retro* § 2, in part. note 17 e 18.

57. Cfr. *House of Lords-House of Commons-Joint Committee on Human Rights, The Human Rights Implications of UK Extradition Policy, Fifteenth Report of Session 2010-2012*, 40 ss., 44. Risalto al problema dei mandati d'arresto sproporzionati viene dato, da ultimo, in A. HINAREJOS-J.R. SPENCER-S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, *University of Cambridge-CELS Working Paper, New Series*, No.1, September 2012, su http://www.cels.law.cam.ac.uk/publications/working_papers.php.

58. Sulle intuibili difficoltà di far valere il carattere sproporzionato di un MAE dinanzi alle Autorità dello Stato membro emittente, cfr. ancora, nella prospettiva britannica, P. CALDWELL, *Proportionality and the European Arrest Warrant – a UK perspective*, cit., 1 s.

59. Secondo la Commissione europea l'emissione di mandati d'arresto europei sproporzionati in numero eccessivo «potrebbe anche condurre a una situazione in cui le autorità giurisdizionali di esecuzione (e non già le autorità emittenti) tendono a effettuare un controllo di proporzionalità, introducendo quindi un fondamento per il rigetto che non è conforme alla decisione quadro del Consiglio o al principio del mutuo riconoscimento sul quale la misura si fonda» (cfr. Relazione della Commissione al Parlamento europeo sull'attuazione dal 2007 della Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, cit.).

fondatezza della tesi del doveroso rispetto del principio di proporzionalità, sebbene, nel caso di specie, ad opinione della Corte, le circostanze fattuali non potessero far ritenere la consegna dell'imputato, così come il mandato d'arresto europeo emesso a tal fine, sproporzionati⁶⁰.

Straordinario interesse riveste, però⁶¹, una recente pronuncia dell'*High Court* irlandese⁶², che si segnala anche per il fatto che, nell'ipotesi di specie, relativa ad un caso di possesso di piccoli quantitativi di droga, la Corte, a dispetto di quanto verificatosi nel caso deciso dall'*Oberlandesgericht Stuttgart*, ha stimato il mandato d'arresto europeo sproporzionato e rifiutato la consegna dell'imputato alle Autorità polacche sulla base di tale motivo.

Peraltro, nella decisione irlandese si fa espresso riferimento alla sentenza dei giudici di Stoccarda, con l'intento, fra l'altro, di precisare e meglio dettagliare i criteri alla luce dei quali, ad opinione del giudice *Edwards*, sarebbe da compiersi la verifica in ordine alla proporzionalità di un mandato.

Nel procedere a tanto, nondimeno, il giudice irlandese, pretermettendo (o invertendo) quella che si è detto essere la dicotomica criteriologia individuata dai colleghi tedeschi a seconda che la verifica verta sulla proporzionalità di un MAE o su quella dell'arresto emesso a fini estradizionali, assume a parametro di sindacato della proporzionalità del primo, sebbene con le integrazioni e puntualizzazioni fatte, il ventaglio di criteri che, nella prospettiva della Corte di Stoccarda, dovrebbero valere agli effetti di una disamina circa la proporzionalità del secondo⁶³.

Nessuna menzione si fa, nella pronuncia irlandese, dell'art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o, più in generale, del principio di proporzionalità dei delitti e delle pene⁶⁴, circostanza che risulta perfettamente in linea con la versione "utilitaristica" della (esigenza di) proporzionalità di un MAE offerta dalla decisione e che, del resto, è quella che meglio coglie l'essenza della questione al centro dell'attenzione in Europa.

In consonanza con detta versione, peraltro, l'insieme delle componenti di giudizio vieppiù si amplia, tanto che nella valutazione grandangolare proposta dalla Corte

60. Cfr. *Julian Assange v. Swedish Prosecution Authority* [2011] EWHC 2849 (Admin), del 2 novembre 2011, consultabile su <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/assange-judgment.pdf>, §§ 155-160, in pt. § 157. In merito al problema che qui interessa, nondimeno, v'è da segnalare la successiva pronuncia della Suprema Corte del Regno Unito *Assange (Appellant) v The Swedish Prosecution Authority (Respondent)* [2012] UKSC 22 On appeal from [2012] EWHC Admin 2849, del 30 maggio 2012, §§ 87-90, in part. § 90, in cui si afferma che «*To permit proportionality to be raised at the stage of execution would result in delay that would run counter to the scheme [of the EAW]*». La decisione appena citata, tuttavia, riguarda principalmente l'altra questione di cui è stata investita la Corte inglese e da quest'ultima risolta optando per un'accezione ampia di "judicial authority" quale autorità competente ad emettere un MAE.

61. Ulteriori suggestioni possono venire dalla lettura dell'*Acórdão n. 644/2011, processo n° 802/11, della 3.ª Secção do Tribunal Constitucional* portoghese, del 21 dicembre 2011, consultabile su www.europeanrights.eu.

62. Cfr. *The Minister for Justice and Law Reform v. Ostrowski*, [2012] IEHC 57, dell'8 febbraio 2012.

63. In uno dei passaggi più significativi della pronuncia, infatti, è dato leggere che: «Nonostante la Corte debba presumere, ed agire in base alla presunzione, che l'autorità giudiziaria emittente abbia operato nel rispetto della legge ed avuto riguardo al principio di proporzionalità nel decidere in merito all'emissione del mandato d'arresto europeo, questa Corte, in qualità di autorità giudiziaria dell'esecuzione, ha autonomo titolo – invero è obbligata – a considerare nuovamente la questione della proporzionalità allorché la questione si ponga alla sua attenzione. Tuttavia, ciò deve essere fatto non nella prospettiva del se o meno l'emissione del mandato d'arresto europeo sia stata sproporzionata tenuto conto di tutte le circostanze del caso, ma piuttosto se l'esecuzione di quel mandato, ed in particolare una qualsivoglia decisione di estradare l'imputato, sia a quel punto proporzionata, considerate tutte le circostanze del caso. Le circostanze da considerare dovrebbero includere i profili verosimilmente tenuti in conto dall'autorità giudiziaria emittente ed ogni nuova ed ulteriore circostanza successiva all'emissione del mandato, attinente alla situazione personale dell'imputato, ed in specie le circostanze riferibili ai suoi diritti fondamentali ai sensi della Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali e della Convenzione europea dei diritti umani. Le circostanze di ciascun caso saranno inevitabilmente diverse, in maggior o minor grado, ma la Corte concorda che gli aspetti identificati dalla Alta Corte regionale di Stoccarda nel caso *General Prosecution Service v C.* debbano probabilmente essere tra quelli da tenere in conto, vale a dire «i diritti alla libertà e sicurezza della persona richiesta; i costi e gli sforzi di una formale procedura estradizionale incluso l'arresto a ciò inteso; il significato dell'addebito; la severità della possibile condanna», eccetto che per «i costi e gli sforzi di una formale procedura di estradizione, incluso l'arresto a scopo estradizionale» a cui la Corte sostituirebbe «il costo e il peso per coloro che siano interessati dall'effettuazione della consegna» nello specifico caso. Riguardo si dovrebbe altresì avere nei confronti dell'interesse dello Stato membro emittente a perseguire il reato, di qualsivoglia interferenza con i diritti fondamentali dell'imputato, oltre che dei diritti alla libertà e sicurezza già menzionati, e di ogni ulteriore circostanza che aumenti l'aggravio dell'imputato, come un ritardo o una proroga, eventuali insolite caratteristiche procedurali che ingenerino ansietà o aggiungano incertezza all'imputato quanto al suo destino, come per esempio un secondo o successivo mandato nel caso che l'extradizione sia stata già rifiutata, ed ogni altra relativa questione» (trad. e corsivi nostri).

64. A meno che non si ritenga, ma ci sembra francamente improbabile, che a tanto valga il richiamo alla Costituzione, alla Carta dei diritti fondamentali ed alla Convenzione europea dei diritti umani in "combinato disposto" con il richiamo della sentenza dei giudici di Stoccarda.

potrebbero riuscire attratti anche profili suscettibili di autonoma rilevanza, con pronosticabili intersezioni, in particolare, con quello della proporzionalità della interferenza, conseguente alla eventuale consegna in esecuzione di un mandato d'arresto europeo, con la vita privata e familiare dell'imputato, ex art. 8 CEDU, disposizione non a caso più volte invocata come motivo di rifiuto, sebbene con esito spesso non positivo⁶⁵. D'altro canto, in generale, il giudizio di proporzionalità elaborato dalla Corte di Strasburgo, come è stato fatto notare, esibisce forti affinità, sul piano del metodo, proprio con il principio europeo di proporzionalità c.d. materiale⁶⁶.

Ciò detto e provando a formulare un giudizio conclusivo sulla pronuncia dei giudici di Stoccarda, si ritiene che un deciso apprezzamento possa essere espresso in merito all'enucleato principio di diritto che vuole la violazione del principio di proporzionalità dei delitti e delle pene integrare gli estremi di un motivo di rifiuto della consegna del soggetto destinatario di un mandato di arresto europeo.

È evidente che l'implementazione delle più recenti disposizioni europee sulle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione non possa avere luogo con sacrificio delle irrinunciabili esigenze compendiate da quel principio, esigenze non pretermesse nell'ambito del 'classico' sistema estradizionale⁶⁷ e da tenere in conto anche nel nuovo "fast-track extradition system". In tale ottica, ci sembra che la decisione in commento rivesta una sicura rilevanza per un'analisi delle sollecitazioni a cui sono sottoposti i principi penalistici nel network multilivello⁶⁸, proiettandosi con significatività anche nei nuovi scenari della tutela penale dei diritti fondamentali in Europa⁶⁹.

Premesso ciò, merita ancora una volta ribadire come il richiamo al principio di proporzionalità tra delitti e pene, tuttavia, non possa riuscire idoneo a fornire una soluzione al problema dei mandati d'arresto europei cc.dd. sproporzionati per la congenita incapacità di detto principio di attrarre, nel novero degli elementi da valutare, profili altri ed ulteriori rispetto al fatto di reato ed alla pena⁷⁰.

65. Cfr. *The Minister for Justice and Law Reform v. Gorman*, [2010] IEHC 2010, del 24 aprile 2010, con cui i giudici irlandesi hanno rifiutato la consegna dell'imputato in esecuzione di un MAE per violazione dell'art. 8 CEDU ed in cui, in modo probabilmente significativo per la questione trattata in questa sede, è dato leggere che «it is important to keep in mind that it is the surrender of the respondent, rather than what may or may not happen on foot of any conviction for the offences, which must be considered in the context of Article 8». Cfr. altresì *Norris v Government of the United States of America* [2008] UKHL 16, par. 106, in cui è stato pure affermato che «the nature and seriousness of the alleged offence will be relevant to the strength of the case in favour of extradition' when considering a claim under Article 8»; *Zak v Poland* [2008] EWHC 470, par. 23, in cui il giudice ritiene di «see no reason why, in striking a balance under Article 8, the relative seriousness of the offence for which extradition is sought should not be taken into account»; *Oberlandesgericht Hamm 25-2-2010 (Az: 2) 4 Ausl A 163/08 and 89/09*. Si vedano, da ultimo, i seguenti casi trattati congiuntamente dalla Suprema Corte del Regno Unito e che hanno avuto esiti differenti: *HH v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa*; *PH v Deputy Prosecutor of the Italian Republic, Genoa* [2012] UKSC 2011/0128-UKSC 2011/0129; *F-K (FC) v Polish Judicial Authority*, del 20 giugno 2012.

66. Per tale terminologia ed in merito ai due principi di proporzionalità c.d. materiale e c.d. formale, rinvenibili nel diritto dell'U.E., cfr. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in questa *Rivista*, n. 1, 2012, pp. 111 ss.

67. Tant'è vero che gli stessi giudici di Stoccarda, come si è visto, ai fini della verifica del rispetto del principio di proporzionalità tra delitti e pene, richiamano la relativa giurisprudenza tedesca in materia estradizionale. Per quanto riguarda l'Italia, a quanto consta, la Corte di cassazione si è espressa nel senso di ritenere che: «Ai fini della concedibilità dell'estradizione per l'estero, non assume rilievo l'eventuale difformità del trattamento sanzionatorio previsto nello Stato richiedente, potendo l'aspetto sanzionatorio rientrare tra le condizioni ostative alla pronuncia favorevole all'estradizione solo qualora sia del tutto irragionevole e si ponga manifestamente in contrasto con il principio di legalità e di proporzionalità delle pene» (corsivo nostro; così Cass., sez. VI, 21 settembre 2004-10 gennaio 2005, n. 121; conforme, più di recente, Cass., sez. VI, 1 febbraio-3 luglio 2007, n. 25413).

68. Sulle dinamiche multilevel, sui diversi effetti connessi a queste ultime così come sulle possibili curvature antigarantistiche celate in qualche caso dalle istanze sovranazionali di tutela, cfr. le recenti riflessioni di V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *RIDPP*, n. 3/2012, 839 ss.

69. Si mutua il titolo di E. ANDOLINA, *Nuovi scenari della tutela penale dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6/2012, 764 ss.; d'altronde, per una carrellata delle problematiche emerse sul versante dei diritti umani in sede di applicazione della normativa sul MAE, traghettate in particolare dalla *flagship* del mutuo riconoscimento, cfr., di recente, C. HEARD-D. MANSELL, *The European Arrest Warrant: the Role of Judges when Human Rights are at risk*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 2/2011, 133 ss.

70. Significativi a tale riguardo appaiono i passaggi del documento "A Review of the United Kingdom's extradition arrangements (Following Written Ministerial Statement by Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010)", presentato all'Home Secretary il 30 settembre 2011 e consultabile su <http://www.homeoffice.gov.uk/>, in cui si afferma, in relazione alla decisione di Stoccarda ed agli argomenti in essa fatti valere, che: «On balance we believe that the arguments based on the Charter could be deployed in the United Kingdom courts. However, we should point out that any argument based on Article 49(3) is likely to fall within a very narrow focus: that Article is concerned only with the severity of penalties, not with proportionality generally» (§ 5.140) e, più in generale, che «the proportionality assessment required by Article 49(3) of the Charter is limited to the severity of penalties: "the severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence". In the vast majority of cases no issue of disproportionate penalty will arise» (§ 5.141), aggiungendosi che «The number of European arrest warrants issued in respect of relatively minor offences (that is, where the penalty is unlikely to be disproportionate and where

Per altro verso, risulta evidente che la sproporzionalità del carico sanzionatorio dovrà essere apprezzata comunque nei termini ampi di un irragionevole ed in alcun modo giustificabile disequilibrio rispetto al reato considerato, termini nei quali è tradizionalmente declinata la verifica di legittimità delle scelte sanzionatorie nazionali⁷¹ e che sono vieppiù comprensibili nel contesto “estradizionale”⁷².

In una tale prospettiva, peraltro, non sembra superfluo notare che, se il principio di proporzionalità in senso stretto viene invocato dai giudici di Stoccarda in qualità di principio dell’Unione europea⁷³, la verifica circa il suo rispetto è totalmente curvata su criteri di giudizio interni, declinata, com’è, sulla sola giurisprudenza domestica e ciò nonostante la circostanza che il caso di riferimento si prestasse, con ogni probabilità, ad una possibile valorizzazione del diritto dell’Unione in tema di traffico di sostanze stupefacenti⁷⁴.

Ancora, giudizio parimenti positivo può esprimersi in relazione alla ravvisata necessità di subordinare l’adozione della misura coercitiva ad un preventivo vaglio di proporzionalità in senso ampio.

Nondimeno, più di una perplessità suscita il ventaglio dei parametri alla luce dei quali dovrebbe avere corso il *proportionality check* sull’atto interno, che, riguardati nel loro insieme, rievocerebbero un’istanza di proporzionalità in senso ampio da predicarsi più pertinentemente nei confronti del mandato di arresto europeo che non della sola misura intesa a fronteggiare l’esigenza cautelare del pericolo di fuga del ricercato.

La questione della proporzionalità dei mandati di arresto europei, ad ogni modo, rimane al centro della riflessione in Europa e diverse sono le proposte formulate per la sua soluzione⁷⁵, talune delle quali affacciano la possibilità di valorizzare a tali fini anche l’EULOCs, ovverosia l’*EU Level Offence Classification System*⁷⁶.

Nel frattempo tuttavia, come si è accennato, va anche componendosi un quadro giurisprudenziale variegato non solo in merito all’an di un sindacato sulla proporzionalità di un MAE, ma anche in relazione ai criteri cui attenersi nell’eventuale scrutinio. Potrebbero andare delineandosi, lo si sarà intuito, le condizioni per un intervento della Corte di giustizia dell’Unione europea⁷⁷.

Article 49(3) of the Charter is unlikely to apply) is a matter of concern throughout the European Union» (§ 5.142).

71. Cfr. V. MANES, *Scelte sanzionatorie del legislatore e sindacato di legittimità*, cit., a cui si rinvia per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

72. Cfr. ancora *A Review of the United Kingdom’s extradition arrangements*, cit., in cui, in prospettiva britannica ed in merito alla ritenuta inopportunità di subordinare in via unilaterale al requisito della proporzionalità l’esecuzione di un mandato, si legge: «*Sentences in the United Kingdom tend to be more severe than in other Member States, particularly for offences of violence and drug trafficking. The unilateral adoption of a proportionality requirement in the United Kingdom might well be counter-productive in the sense that it may provoke similar responses from other Member States when dealing with requests from the United Kingdom. It would be unfortunate, to say the least, if the United Kingdom becoming unable to obtain the surrender of requested persons as a result of taking action designed to address difficulties created by other Member States*» (§ 5.145).

73. Cfr. P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La Orden europea de detención y entrega y el principio de proporcionalidad de las penas*, cit., 2, secondo la quale «*Pese al tenor de la Decisión Marco, Alemania, entendió implícitamente, como otro de dichos motivos a tener en cuenta para su admisión o no ejecución una eventual vulneración de los derechos fundamentales de la Unión Europea, creando por tanto un orden público europeo o comunitario, paralelo al orden público de los Estados Miembros de la Unión*».

74. Come è noto, infatti, il traffico di droga costituisce oggetto di regolamentazione da parte della vigente Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. In merito alle forbici edittali contemplate dalla menzionata Decisione quadro, segnatamente in rapporto alla (eccessiva) gravità dei livelli sanzionatori previsti dalla normativa italiana per le condotte aventi ad oggetto le droghe *ex leggere*, cfr. V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in AA.VV., *La disciplina penale degli stupefacenti*, a cura di V. MANES-G. INSOLERA, Giuffrè, 2012, 78 ss., segnalando peraltro il rigetto da parte della Cassazione italiana di una questione di legittimità sollevata sul punto (cfr. Cass, sez. III, 2 marzo-1 aprile 2010, n. 12635).

75. Cfr. *A Review of the United Kingdom’s extradition arrangements*, cit., 162 ss.; FAIR TRIALS INTERNATIONAL, *The European Arrest Warrant seven years on – the case for reform. Report*, May 2011, 4 ss., consultabile su <http://www.fairtrials.net>; Relazione della Commissione al Parlamento europeo sull’attuazione dal 2007 della Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, cit.; INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RESEARCH ON CRIMINAL POLICY (IRCP), G. VERMEULEN-W. DE BONDT-C. RYCKMAN (eds.), *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU. Moving beyond actors, bringing logic back, footed in reality*, Maklu, Antwerp-Apeldoorn-Portland Antwerp-Apeldoorn-Portland 2012, 206 ss., 213 ss., 442 ss.

76. Cfr. in tal senso *Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP)*, G. VERMEULEN-W. DE BONDT-C. RYCKMAN (eds.), *Rethinking international cooperation in criminal matters in the EU*, cit., 442 ss. Sul sistema EULOCs, cfr. G. VERMEULEN-W. DE BONDT (eds.), *EULOCs. The EU Level Offence Classification System. A bench-mark for enhanced internal coherence of the EU’s criminal policy*, Maklu, Antwerp-Apeldoorn-Portland Antwerp-Apeldoorn-Portland Antwerp-Apeldoorn-Portland, Antwerp-Apeldoorn-Portland 2009; W. D. BONDT- G. VERMEULEN (eds.), *Esperanto for EU crime statistics: towards common EU offence definitions in an EU-level offence classification system*, in *Governance of Security Research Paper Series*, n. 2/2009, 87 ss.

77. Talune indicazioni, in merito al tema che ci occupa, potranno forse arrivare già a breve dalla Corte di giustizia europea, che è stata chiamata a

D'altra parte, sulla scorta dei problemi evidenziati dall'abuso dei mandati di arresto europei, un espresso requisito di proporzionalità è stato contemplato in strumenti di terzo pilastro di più recente conio⁷⁸ e la rilevanza della questione, emersa anche in sede di elaborazione della proposta di direttiva sull'ordine di indagine europeo⁷⁹, potrebbe assumere i connotati di una incomprensibile dissimetria di disciplina dei diversi istituti "figli" dell'unico, proteiforme principio del mutuo riconoscimento⁸⁰, quantomeno nei limiti di un *obbligo* di verifica sussistente in capo alle Autorità dello Stato membro *emittente* e di un *dovere* dello Stato membro ricevente di improntare ad una proporzionalità in senso ampio le modalità di un'esecuzione in ogni caso non rifiutabile per ragioni di sproporzione e/o non necessità del mandato⁸¹.

Del resto, se è vero che il mutuo riconoscimento rappresenta il *cornerstone* della cooperazione penale nell'Unione europea⁸², in generale, per parte sua, la *proportionality analysis* è probabilmente uno dei «*the most successful legal transplant in the second half of the twentieth century*»⁸³ ed essa, invero per diversi motivi, pare esibire una irriducibile forza di resistenza anche al cospetto delle istanze (probabilmente non sempre giustificabili) del primo.

Rischi di prese di posizione ben più radicali, d'altronde, sono dietro l'angolo⁸⁴.

pronunciarsi, tra le altre, sulla questione pregiudiziale relativa al se l'ingerenza dello Stato di esecuzione di un mandato d'arresto europeo nei diritti e nelle garanzie previste dall'art. 5, n. 1, CEDU e dall'art. 6, in combinato disposto con gli artt. 48 e 52, CDFUE, anche con riferimento all'art. 5, nn. 3 e 4, e all'art. 6, nn. 2 e 3, della CEDU, debba soddisfare la condizione della necessità in una società democratica e quella della *proporzionalità* rispetto all'obiettivo concretamente perseguito (cfr. la già citata causa C-396/11, Radu) (corsivo nostro).

78. Cfr. l'art. 7 ed il *considerandum* 11 della Decisione quadro 2008/978 del Consiglio del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, che, tra l'altro, subordinano l'emissione di un MERP alla necessità ed alla proporzionalità di quest'ultimo rispetto ai fini dei procedimenti di cui al precedente art. 5. Per un quadro esaustivo sulla Decisione in discorso si rinvia a G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 5 aprile 2011; sul tema cfr. altresì i riferimenti contenuti in M. M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di indagine*, in *Archivio penale*, n. 3/2011, 925 ss.

79. Il riferimento è alla versione della proposta di Direttiva quale risulta dal documento del Consiglio del 19 aprile 2011, 8474/11 "Documento di follow-up delle riunioni del Gruppo del 7-8 febbraio 2011, dell'8 marzo 2011 e del 1° aprile 2011", consultabile in lingua italiana su www.dirittopenaleeuropeo.it. Il Documento è stato successivamente aggiornato e parzialmente modificato nel documento n. 10749/2/11 dell'8 giugno 2011 "Text submitted for partial general approach", consultabile in lingua inglese su <http://www.statewatch.org/news/2011/jun/eu-council-eio-10749-rev2-11.pdf>. Alla luce delle più recenti modifiche, risultano interessanti, tra l'altro, la lettura dell'art. 5a, che annovera tra le condizioni di emissione di un OEI la necessità e il carattere proporzionato di quest'ultimo rispetto alle finalità dei procedimenti per i quali sarebbe consentito ricorrere ad un *European investigation order* ai sensi del precedente art. 4 e la lettura del *considerandum* 10a, in virtù del quale «*The EIO should be chosen where the execution of an investigative measure seems proportionate, adequate and applicable to the case in hand. The issuing authority should therefore ascertain whether the evidence sought is necessary and proportionate for the purpose of proceedings, whether the measure chosen is necessary and proportionate for the gathering of this evidence, and whether, by means of issuing the EIO, another MS should be involved in the gathering of this evidence. The execution of an EIO should not be refused on grounds other than those stated in this Directive, however the executing authority is entitled to opt for a less intrusive measure than the one indicated in an EIO if it makes it possible to achieve similar results*». In generale, sulla proposta di Direttiva sull'Ordine europeo di indagine, si rinvia ai contributi segnalati nella precedente nota.

80. Definito come un nuovo "ordine categoriale" suscettibile di essere applicato a tutti i settori della cooperazione giudiziaria penale da G. IUZZOLINO, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Aggiornamento, XV, 2007, 1 ss.

81. In effetti, la vigente Decisione quadro sul mandato di ricerca delle prove, nello stesso *considerandum* 11, prevede espressamente che la valutazione in ordine ai profili di necessità e proporzionalità del MERP sia prerogativa del solo Stato di emissione, con la conseguenza che «i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione non dovrebbero pertanto avere attinenza con queste materie»; nel medesimo senso, anche l'art. 7 (2), ai sensi del quale le condizioni di emissione del MERP «sono valutate soltanto nello Stato di emissione per ogni caso». Negli stessi termini, per quanto attiene alla Proposta di Direttiva sull'OEI, in definitiva, i già citati *considerandum* 10a ed art. 5, che al § 2, precisa che le condizioni di emissione di un OEI, tra cui quelle, come si è detto, della sua necessità e proporzionalità, «shall be assessed by the issuing authority in each case». Anche alla luce della pronuncia dei giudici di Stoccarda, non può sfuggire tuttavia l'importanza di quanto affermato nei *consideranda* della Decisione quadro sul MERP e della Proposta di Decisione sull'OEI in merito alla legittimazione, da un lato, ed al dovere, dall'altro, sussistenti in capo allo Stato ricevente di procedere all'esecuzione del mandato ricorrendo ai mezzi meno intrusivi possibili.

82. Cfr. A. ERBEŽNIK, *The Principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward*, in *European Criminal Law Review*, n. 1/2012, 3 ss.; V. MITSILEGAS, *The Constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, n. 5/2006, 1277 ss.

83. Cfr. M. KLATT-M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, 2012, 2, citando M. KUMM, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on a Theory of Constitutional Rights*, in *International Journal of constitutional Law*, n. 3/2004, 574 ss.; al tema risultano dedicati anche diversi contributi comparsi nell'ultimo numero (n. 3/2012) dell'*International Journal of constitutional Law*.

84. Sono di questi giorni le notizie circa la volontà espressa da parte del Segretario di Stato per gli Affari interni britannico e prima ancora dallo stesso David Cameron di esercitare la facoltà di *opting-out* rispetto a mandato d'arresto europeo e molte altre misure relative al settore di polizia e cooperazione giudiziaria: cfr., solo a titolo d'esempio, D. MACSHANE, *Opting out of EU policing would be Tory Euroscepticism gone mad*, 15 October 2012, su guardian.co.uk; A. TRAVIS, *Why does Theresa May want to opt out of 130 European justice measures?*, 15 October 2012, *ivi*; J. BOOTH-R. WATSON, *Britain 'to opt out of the European arrest warrant'*, 15 October 2012, su www.thetimes.co.uk. Sulla fattibilità e le implicazioni di una tale scelta, cfr. A. HINAREJOS-J.R. SPENCER-S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, cit.